

**MÉLANGES**  
OFFERTS AU PROFESSEUR  
**FRANÇOIS**  
**FRENETTE**

ÉTUDES PORTANT  
SUR LE  
DROIT PATRIMONIAL



UNIVERSITÉ  
**LAVAL**

Faculté de droit

*pul*





**MÉLANGES OFFERTS  
AU PROFESSEUR  
FRANÇOIS FRENETTE :  
ÉTUDES PORTANT SUR  
LE DROIT PATRIMONIAL**



MÉLANGES OFFERTS  
AU PROFESSEUR  
FRANÇOIS FRENETTE:  
ÉTUDES PORTANT SUR  
LE DROIT PATRIMONIAL



LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL  
2006

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société d'aide au développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise de son Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Directeur de la publication : Sylvio Normand

Comité scientifique : François Brochu  
Charlaine Bouchard  
Sylvio Normand

Mise en pages et maquette de couverture : Hélène Saillant

ISBN 2-7637-8295-7

© Les Presses de l'Université Laval 2006

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 2<sup>e</sup> trimestre 2006

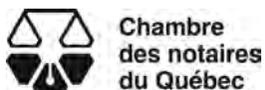
Distribution de livres Univers  
845, rue Marie-Victorin  
Saint-Nicolas (Québec)  
Canada G7A 3S8  
Tél. (418) 831-7474 ou 1 800 859-7474  
Télec. (418) 831-4021  
<http://www.ulaval.ca/pul>

**Le présent ouvrage a bénéficié du soutien financier  
des organismes suivants à qui nous exprimons notre vive gratitude**

La Chaire du notariat de l'Université de Montréal

La Chambre des notaires du Québec

La Faculté de droit de l'Université Laval





## LISTE DES ABRÉVIATIONS

BDI: *Bulletin de droit immobilier*  
B.E. : Banque Express  
B.R.E.F. : Décisions du Bureau de révision de l'évaluation foncière  
C.c.B.C. : *Code civil du Bas Canada*  
C.C.L.C. : *Civil Code of Lower Canada*  
C.c.Q. : *Code civil du Québec*  
C.C.Q. : *Civil Code of Québec*  
C. de D. : *Les Cahiers de droit*  
Can. Bus. L. J. : *Canadian Business Law Journal*  
Can J. L. and Juris. : *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*  
Colo. Law Review: *Colorado Law Review*  
C.P. : *Recueil de jurisprudence du Québec: Cour provinciale*  
C.P. du N. : *Cours de perfectionnement du Notariat*  
D. : *Recueil Dalloz*  
Harv. L. Rev. : *Harvard Law Review*  
I.C.L.Q. : *International and Comparative Law Quarterly*  
J.E. : *Jurisprudence Express*  
McGill L.J. : *McGill Law Journal*  
Minn. L. R. : *Minnesota Law Review*  
N.J.C.L. : *National Journal of Constitutional Law*  
N.R.H.D.F.E. : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*  
Osgoode Hall L. J. : *Osgoode Hall Law Journal*  
O.U.C.L.J. : *Oxford University Commonwealth Law Journal*  
par.: paragraphe  
Queen's L. J. : *Queen's Law Journal*  
R.C.S. : *Recueil de la Cour suprême du Canada*  
R.D. McGill: *Revue de droit de McGill*  
R.D.F.Q. : *Recueil de droit fiscal québécois*  
R.D.I. : *Recueil en droit immobilier*  
R.D.U.S. : *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*  
R. du B. : *La Revue du Barreau*  
R. du B. can. : *La Revue du Barreau canadien*  
R. du N. : *La Revue du Notariat*  
REJB: Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau  
Rev. dr. unif. : *Revue de droit uniforme*

*R.G.D. : Revue générale de droit*

*R.J.Q. : Recueil de jurisprudence du Québec*

*R.J.T. : Revue juridique Thémis*

*R.L. : Revue légale*

*R.P.R. : Real Property Reports*

*R.T.D. civ. : Revue trimestrielle de droit civil*

*Santa Clara L.R. : Santa Clara Law Review*

*Sask. L. Rev. : Saskatchewan Law Review*

*sq.* : suivante

*sqq.* : suivantes

*U.B.C. L. R. : University of British Columbia Law Review*

*U.T.L.J. : University of Toronto Law Journal*

## TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	vii
Liste des abréviations.....	ix
Présentation .....	1
Bibliographie du professeur François Frenette.....	5
1 • The Dance is One.....	13
<i>Nicholas Kasirer</i>	
2 • Exercer sa liberté de tester : pas toujours sur la valeur totale de son patrimoine.....	33
<i>Christine Morin</i>	
3 • « Je lègue l'universalité de mes biens meubles et immeubles à mon compagnon bien-aimé... Fido ». Les libéralités consenties aux animaux ou l'amorce d'un virage anthropomorphique du droit.....	57
<i>Alain Roy</i>	
4 • Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone?.....	79
<i>Ghislain Otis</i>	
5 • La notion de biens .....	127
<i>Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn</i>	
6 • Rewarding Ownership, Valuing Possessors : Making Sense of Articles 957-962 of the CCQ.....	151
<i>David Lametti et Audrey E. Boctor</i>	
7 • La genèse de la délimitation des domaines en milieu hydrique.....	195
<i>Berthier Beaulieu</i>	
8 • Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation <i>propter rem</i> .....	229
<i>Lucie Laflamme</i>	

9 • La notion de modalité de la propriété .....	255
<i>Sylvio Normand</i>	
10 • La garantie de qualité en matière de sols contaminés.....	283
<i>Jeffrey Edwards</i>	
11 • Le caractère contractuel, de l'essence de la société de personnes .....	297
<i>Charlaine Bouchard</i>	
12 • Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles .....	309
<i>Roderick A. Macdonald et Jean-Frédéric Ménard</i>	
13 • Arrêt <i>Val-Brillant</i> : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? .....	361
<i>Pierre Ciotola et Antoine Leduc</i>	
14 • L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante.....	421
<i>Denise Pratte</i>	
15 • La représentation sur le cadastre des immeubles dans toutes leurs dimensions .....	445
<i>François Brochu</i>	
16 • Accords relatifs à la prescription extinctive en vertu des Principes du droit européen du contrat : originalité et ambiguïté.....	487
<i>Sylvette Guillemard</i>	

## PRÉSENTATION

François Frenette est né à Grand-Mère, en Mauricie. Après ses études classiques, il choisit le droit. Il fréquente la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, où il obtient, en 1969, une licence en droit (LL.L.) et, l'année suivante, un diplôme d'études supérieures (Dipl. E.S.D.). Il pratique le droit quelques mois à Shawinigan, puis, à l'automne 1970, il entreprend des études doctorales. Il séjourne à Nice durant deux ans et, en 1976, il soutient une thèse intitulée *L'institution d'emphytéose* à l'Université d'Ottawa qui lui décerne le grade de docteur en droit (LL.D.). La thèse paraît, en 1983, sous forme de monographie, sous le titre *De l'emphytéose*.

Attiré par l'enseignement universitaire, François Frenette commence sa carrière à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, où il enseigne de 1972 à 1975. Cette même année, il joint la Faculté de droit de l'Université Laval où il sera actif jusqu'à sa retraite, en 2000. Professeur de droit civil, il donne des enseignements liés au droit patrimonial, tels les biens, les sûretés, les libéralités, les successions et plusieurs cours liés à la formation professionnelle du notariat. Sa présence est fréquente au programme de maîtrise, où ses enseignements portent sur des thèmes tels l'emphytéose, la propriété superficielle et les servitudes *in faciendo*. Tout au long de sa carrière, il assume, à plusieurs reprises, des tâches administratives. Ainsi, il est directeur du programme de droit notarial de 1977 à 1980, de 1985 à 1987 et de 1994 à 2000. Sous le décanat de Ivan Bernier, il occupe, de 1983 à 1985, les fonctions de vice-doyen à la recherche. La revue *Les Cahiers de Droit* bénéficie de ses services à titre de directeur adjoint de 1976 à 1977, de 1981 à 1983 et de 1988 à 1994. Il est professeur invité aux universités McGill, de Montréal, de Sherbrooke et d'Aix-en-Provence.

Durant toute sa carrière de professeur et à la suite de sa retraite, François Frenette a pratiqué le droit notarial. Sa compétence professionnelle explique qu'il ait été appelé, à plusieurs reprises, à agir à titre de conseiller juridique pour des projets immobiliers d'envergure qui présentaient souvent un haut degré de complexité. Sa connaissance approfondie

du droit patrimonial a aussi fait de lui un expert dont l'opinion a été souvent recherchée lorsque les gouvernements ont voulu apporter des réformes à la législation, notamment lors de la recodification du droit civil québécois. À cet égard, il a participé activement à titre de conseiller aux travaux de la Sous-commission des institutions de l'Assemblée nationale chargée de l'étude du projet de code.

À titre de professeur, François Frenette a contribué à la formation de nombreux notaires. Il a ainsi participé activement à la vie professionnelle du notariat. Il a, en outre, eu l'occasion, à plusieurs reprises, de siéger à diverses instances de la Chambre des notaires. Il est encore très présent aux instances du notariat. Depuis 1999, il agit à titre de codirecteur puis de directeur de *La Revue du Notariat*.

Les mérites exceptionnels de François Frenette ont été reconnus par la Chambre des notaires qui lui a remis un prix d'excellence en 2000. L'Université Laval a, elle aussi, reconnu ses réalisations en le proclamant professeur émérite, lors de la collation des grades, en juin 2005.

La production intellectuelle de François Frenette est exceptionnelle, et ce, tant par la qualité de ses publications que par leur nombre. Elle comprend la monographie, tirée de sa thèse de doctorat<sup>1</sup>, qui demeure une œuvre maîtresse sur l'emphytéose, et de nombreux articles parus dans différents périodiques et ouvrages collectifs.

Pénétrer dans l'œuvre de François Frenette, c'est d'abord se familiariser avec un style qui marque profondément son écriture et révèle la finesse de sa pensée. Le propos est linéaire, il est marqué par un sens inné de la concision. D'emblée, le sujet qu'il aborde est clairement défini et traité sans détour. Dans l'étude approfondie qu'il fait des sources, il met souvent en lumière un angle d'analyse jusque-là ignoré. L'attrait indéniable du professeur Frenette pour une approche synthétique explique qu'il ait souvent réussi à présenter en quelques pages des problèmes juridiques complexes, sans sacrifier pour autant la qualité de la démonstration. Ce style si particulier m'a depuis longtemps convaincu que quelque part chez François Frenette se cache un orfèvre de la Renaissance.

Au-delà du style, il n'est pas aisé de présenter cette œuvre en lui rendant vraiment justice, tant ses facettes sont nombreuses. Au risque d'en trahir la richesse, je m'efforcerai d'en faire ressortir les caractères distinctifs. L'œuvre scientifique de François Frenette me semble remarquable en ce qu'elle est cohérente, originale et didactique.

---

1. *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée/Sorej, 1983, xviii, 270 p.

Pour qui est familier avec l'œuvre du professeur Frenette, la cohérence de sa production est vite perçue comme un trait distinctif. Ce qui est plus surprenant, c'est de considérer que son œuvre a très tôt présenté ce caractère. Dès ses premiers articles ou dans la monographie qu'il consacre à l'emphytéose, il avance des idées maîtresses auxquelles il restera fidèle par la suite. Il ne faut certes pas conclure de mes propos que son œuvre fut rapidement achevée. Ce qui ressort, c'est plutôt que sa pensée a rapidement acquis une très grande maturité. Cette qualité s'explique sans doute par l'étendue d'une culture juridique développée au cours de ses études universitaires et par une capacité d'analyse hors du commun. Son approche particulière des questions juridiques est en lien étroit avec cette cohérence. En effet, le professeur Frenette a toujours placé son lieu d'observation à bonne distance de son objet d'étude. Ceci l'a amené à privilégier une perspective plutôt théorique que technique du droit patrimonial. Sa critique de certains concepts fondamentaux l'a ainsi obligé à développer une approche globale qui a, par la suite, fortement marqué sa pensée. Son fameux article sur les dimensions méconnues du droit de propriété témoigne avec éloquence d'une telle approche<sup>2</sup>.

Le caractère original de l'œuvre de François Frenette est aussi manifeste que sa cohérence. Sa production scientifique, qui s'inscrit dans une quête de rationalisation et de systématisation du droit, est novatrice et même audacieuse, et ce, dans un domaine du droit généralement perçu comme conservateur. Il sait évaluer la production de ses devanciers, identifier les faiblesses conceptuelles et proposer des solutions nouvelles. Dans son abondante production, il n'y a guère de place pour la banalité et les idées reçues. Tout sujet retenu mérite un traitement à la hauteur de l'intérêt qu'il lui manifeste. La simple chronique de jurisprudence est chez lui prétexte à avancer des solutions inédites ou à examiner une question sous un angle négligé. Ainsi dans un article paru en 1976, où il critique un jugement de la Cour supérieure<sup>3</sup>, le professeur Frenette expose très clairement les modes d'établissement de la propriété superficière. Cette note, d'à peine quelques pages, introduit une idée qui fera son chemin et sera retenue lors de la recodification du droit civil. De même, l'hypothèse du possible assujettissement de l'immeuble bâti par l'emphytéote aux règles de la copropriété divise demeure une solution originale qu'il saura défendre avec conviction. Sa pensée novatrice l'amène parfois à proposer des idées qui tranchent totalement par rapport à la pensée juridique classique. Son article où il qualifie l'hypothèque de démembrement de la propriété en est un bon exemple<sup>4</sup>.

---

2. «Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues», (1979) 20 *C. de D.* 439-447.

3. «L'illusion de propriété superficière», (1976) 17 *C. de D.* 229-234.

4. «De l'hypothèque: réalité du droit et métamorphose de l'objet», (1998) 39 *C. de D.* 803-822.

À titre d'auteur, François Frenette a souvent fait œuvre didactique. Toute sa production est là pour illustrer ce trait. Même s'il privilégie dans ses écrits une approche synthétique, il prend le temps d'expliquer le cheminement complet d'une idée. Par ailleurs, sa production compte plusieurs textes qui font le point sur des institutions et permettent aux membres de la communauté juridique de mieux les comprendre. À cet égard, les études qu'il a consacrées à l'emphytéose<sup>5</sup> ou à la propriété superficielle<sup>6</sup>, parues dans le *Répertoire de droit*, sont admirables. Le caractère didactique de sa production ressort aussi de l'intérêt qu'il a toujours manifesté pour la définition des notions juridiques. Ses travaux ont permis la clarification du vocabulaire, notamment en droit des biens<sup>7</sup>. L'œuvre du professeur Frenette a également contribué à la formation des futurs juristes et au perfectionnement des professionnels déjà engagés dans la pratique du droit. De plus, les énergies qu'il a toujours déployées pour diffuser son savoir expliquent l'influence que ses travaux ont exercée auprès des praticiens du droit et du législateur.

Cet homme, ce savant, est, à mon sens, une des incarnations les plus achevées de la devise de l'Université Laval : *Deo favente haud pluribus impar*.

*Sylvio Normand*

- 
5. «L'emphytéose», dans Chambre des notaires, *Répertoire de droit / nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 1, Montréal, 1995, 41 p. ; 1997, 37 p. ; 2005, 37 p.
  6. «La propriété superficielle», dans Chambre des notaires, *Répertoire de droit / nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 5, Montréal, 1997, 23 p. ; 2005, 25 p.
  7. À titre d'exemples, voir : «Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens», (1976) 17 *C. de D.* 991-1012 et «Des biens», dans : André Poupart (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1979, p. 361-372.

# BIBLIOGRAPHIE DU PROFESSEUR FRANÇOIS FRENETTE

## 1. MONOGRAPHIES

*De l'emphytéose*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée/Sorej, 1983. xviii, 270 p.

*L'influence de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution de la législation québécoise*. Montréal: Les éditions Thémis, 2005. x, 44 p. (Coll. Conférences Roger-Comtois).

## 2. ARTICLES DANS DES PÉRIODIQUES OU DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS

«Chronique de droit des biens», (1973) 4 *R.G.D.* 91-102.

«L'illusion de propriété superficière», (1976) 17 *C. de D.* 229-234.

«Droit d'habitation et "dévaluation" des mots», (1976) 17 *C. de D.* 539-543.

«Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens», (1976) 17 *C. de D.* 991-1012.

«De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute», (1977) 18 *C. de D.* 557-565.

«La responsabilité civile des professionnels réunis en société de droit ou de fait», (1977) 18 *C. de D.* 617-626.

«Des biens», dans André Poupart (dir.). *Les enjeux de la révision du Code civil*. Montréal: Université de Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1979, p. 361-372.

«Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues», (1979) 20 *C. de D.* 439-447.

«La responsabilité civile des professionnels réunis en société de droit ou de fait», dans Office des professions du Québec. *La responsabilité des professionnels exerçant en équipe ou réunis en société*. Québec: Éditeur officiel, 1979, p. 51-65.

- « Des améliorations à l'immeuble d'autrui », (1980) 1 *C.P. du N.* 1-42.
- « Le droit de rétention », dans Chambre des notaires. *Répertoire de droit notarial – Sûreté – Biens*, document 5. Montréal : 1980, 16 p.
- « Le jeu de l'accession dans les rapports patrimoniaux entre époux », (1981) 22 *C. de D.* 857-862.
- « L'accès à la propriété du logement », (1982) 13 *R.G.D.* 269-284, paru aussi sous le titre « L'accès à la propriété du logement au Québec et au Canada », dans : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. *Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XXXIII. Le droit au logement (Journées mexicaines)*. Paris : Economica, 1982, p. 76-88.
- « L'affaire Weissbourd : une interprétation des intentions du législateur qui suscite sa réaction », (1984-1985) 87 *R. du N.* 580-589.
- « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *C. de D.* 727-737.
- « Prescription acquisitive et rétroactivité », (1985-1986) 88 *R. du N.* 367-378.
- « De l'emphytéose », dans Chambre des notaires. *Répertoire de droit - Biens - Doctrine*, document 1, 1986. 90 p.
- « Les empiètements sur l'héritage d'autrui », (1986) *R.D.I.* 181-191.
- « Emphytéose et copropriété par déclaration : la démystification d'une impossible coexistence », (1987-1988) 90 *R. du N.* 145-162.
- « Les démembrements du droit de propriété : traits saillants d'une réforme », (1988) 3 *C.P. du N.* 215-239.
- « Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété », (1988) 5 *C.P. du N.* 469-490.
- « Note sur la copropriété par phases », (1988-1989) 91 *R. du N.* 200-204.
- « Le temps partagé : un nouveau bien de consommation à la recherche d'une image de marque en droit civil québécois », dans Canadian Comparative Law Association / Association canadienne de droit comparé / Association québécoise de droit comparé. *Contemporary law: Canadian reports to the 1990 International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990 / Droit contemporain: rapports canadiens au Congrès international de droit comparé. Montréal, 1990*. Cowansville: Les éditions Yvon Blais inc., 1992, p. 234-248.
- « Le Code civil du Québec offre-t-il de nouveaux marchés aux notaires? », (1992-1993) 95 *R. du N.* 190-201.
- « De la prescription », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. *La réforme du Code civil*. Québec : P.U.L., 1993. Tome 3, p. 565-587.

- «De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. *La réforme du Code civil*. Québec: P.U.L., 1993. Tome 1, p. 669-709.
- «Propos et considérations en droit des biens six mois après la mise à l'épreuve du nouveau code», (1993-1994) 96 *R. du N.* 492-502.
- «De l'usufruit et de l'usage», dans Chambre des notaires. *Répertoire de droit / nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 10. Montréal: 1997, 20 p.; 2005, 19 p.
- «L'emphytéose», dans Chambre des notaires. *Répertoire de droit / nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 1. Montréal: 1995, 41 p.; 1997, 37 p.; 2005, 37 p.
- «La propriété superficière», dans Chambre des notaires. *Répertoire de droit / nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 5. Montréal: 1997, 23 p.; 2005, 25 p.
- «La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration», dans Barreau du Québec – Service de la formation permanente. *Congrès annuel du Barreau du Québec (1998)*. Montréal: Barreau du Québec, 1998, p. 71-82.
- «La copropriété par indivision: souplesse et déficience de la réglementation d'un état désormais durable», dans Barreau du Québec – Service de la formation permanente. *Développements récents en droit immobilier*. Vol. 103. Cowansville: Les éditions Yvon Blais inc., 1998, p. 87-111 et (1998) 77 *R. du B. can.* 428-449.
- «L'état du droit des biens au cinquième anniversaire du Code civil du Québec», dans Barreau du Québec – Service de la formation permanente. *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*. Vol. 113. Cowansville: Les éditions Yvon Blais inc., 1998, p. 81-93.
- «De l'hypothèque: réalité du droit et métamorphose de l'objet», (1998) 39 *C. de D.* 803-822.
- «L'expérience du Québec cinq ans après la réforme de son Code civil», dans *Dies Luby Jurisprudentiae Nr 5*, Bratislava: Pravnicka Faculta Univerzity Lomenského V. Bratislava, 1999, p. 81-89.
- «La problématique de l'empiètement», (1999) 101 *R. du N.* 97-113.
- «La responsabilité du notaire et le défaut de contenance», (1999) 101 *R. du N.* 229-237.
- «L'indivision conventionnelle: applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas», (1999) 2 *C.P. du N.* 349-375 (en collaboration avec Lucie Laflamme et Marie-Pier Cajolet).

- « Les troubles de voisinage », dans Barreau du Québec – Service de la formation permanente. *Développements récents en droit immobilier*. Vol. 121. Cowansville : Les éditions Yvon Blais inc., 1999, p. 145-153.
- « La propriété superposée : aspects nouveaux », dans Barreau du Québec – Service de la formation permanente. *Développements récents en droit immobilier*. Vol. 135. Cowansville : Les éditions Yvon Blais inc., 2000, p. 143-156.
- « La triple destination requise dans la copropriété divise d'un immeuble », (2000) 102 *R. du N.* 139-149.
- « La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale », (2001) 103 *R. du N.* 213-252.
- « Copropriété divise et contributions à un ou plus d'un fonds de prévoyance », (2001) 103 *R. du N.* 457-461.
- « Propriété superficière : une décision qui étonne tant elle détonne », (2002) 104 *R. du N.* 331-337.
- « Bilan décennal de la réforme du droit des biens », (2003) 105 *R. du N.* 309-364.
- « Emphytéose sur un terrain du domaine public, hypothèque légale de la construction et restriction partielle au droit de disposer », (2004) 106 *R. du N.* 127-135.
- « L'hypothèque des "chalets" situés sur les terres du domaine de l'État : problèmes et solutions », (2004) 106 *R. du N.* 159-175.
- « Les coopératives d'habitation à capitalisation individuelle », (2004) 106 *R. du N.* 205-225 (en collaboration avec François Brochu).
- « La protection du patrimoine religieux au Québec », (2005) 107 *R. du N.* 387-398.
- « La *Loi sur la conservation du patrimoine naturel* : un simple aperçu des mesures de protection édictées et de leur impact sur la pratique notariale », (2005) 107 *R. du N.* 413-439.
- « La responsabilité des notaires », dans Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. *Travaux de l'Association Henri Capitant*. Tome L. *La responsabilité professionnelle*. Paris : LGDJ (à paraître).

### 3. DOCUMENTS PÉDAGOGIQUES

*Les sûretés*. Notes de cours. Québec : Université Laval, 1976. xviii, 303 p. (en collaboration avec Jacques Deslauriers et Louise Poudrier-LeBel).

*De la disposition à titre onéreux des modifications de la propriété*. Montréal : Chambre des notaires du Québec, 1978.

- Contrats à titre onéreux*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1979-1980. 172 p. (Coll. Diplôme de droit notarial) (en collaboration avec Jacques Auger, Ghislain Dugal, Jean-Claude Marcotte et Jacques Taschereau).
- L'enregistrement des droits*, Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1980. 69 p.; 1983. 71 p.; 1984. 69 p.; 1988. 85 p.; 1990. 76 p. (Coll. Diplôme de droit notarial).
- Théorie générale des biens*. Recueil de notes. Québec: Université Laval, 1986. 143 p.
- Des démembrements de la propriété au bénéfice de la personne*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1995. Env. 68 p.; 1996. Env. 90 p. (Coll. Pédagogique).
- La propriété superficielle*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1996. 33 p. (Coll. Pédagogique).

#### 4. CHRONIQUE DOCTRINALE

- «Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada», *Entracte*, vol. 7, n° 11 (15 novembre 1998), p. 7; vol. 8, n° 11 (15 novembre 1999), p. 6; vol. 9, n° 12 (15 décembre 2000), p. 5.
- «Revue sélective de jurisprudence en matière de biens [Janvier - décembre 2000]», *Entracte*, vol. 10, n° 2 (15 février 2001), p. 8 (3).
- «Revue sélective de jurisprudence en matière de biens [1<sup>er</sup> janvier - 30 juin 2001]», *Entracte*, vol. 10, n° 10 (15 octobre 2001), p. 8-9.
- «Revue sélective de jurisprudence en matière de biens, 1<sup>er</sup> juillet - 31 décembre 2001», *Entracte*, vol. 11, n° 5 (15 mai 2002), p. 14.
- «L'hypothèque des chalets situés en territoire public», *Entracte*, vol. 12, n° 5 (15 mai 2003), p. 13.
- «Revue sélective de jurisprudence en matière de biens, 1<sup>er</sup> janvier - 31 décembre 2002», *Entracte*, vol. 12, n° 4 (15 avril 2003), p. 13.
- «Journée vietnamienne de l'Association Henri-Capitant», *Entracte*, vol. 13, n° 3 (15 mars 2004), p. 10.
- «Revue sélective de jurisprudence en matière de biens, 1<sup>er</sup> janvier - 31 décembre 2003», *Entracte*, vol. 13, n° 5 (15 mai 2004), p. 21.
- «Biens», (2005) 107 *R. du N.* 97-120.

## 5. CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

« La copropriété en France et à l'étranger – Chronique bibliographique », (1978)  
19 *C. de D.* 843-844.

## 6. COMMUNICATIONS

« L'accès à la propriété du logement au Québec et au Canada », Communication prononcée aux Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées mexicaines). Mexico : 1982.

« Le processus de réforme du *Code civil du Bas-Canada* », Communication prononcée au colloque Le Code civil et son héritage. Lotz (Pologne) : 14 septembre 1989.

« Le temps partagé : un nouveau bien de consommation à la recherche d'une image de marque en droit civil québécois », Communication prononcée à l'International Congress of Comparative Law / Congrès international de droit comparé. Montréal : 1990.

« L'opposition entre le fiduciaire et le syndic dans la liquidation des biens du failli », Communication prononcée lors de la Conférence des juges du Québec. Québec, novembre 1990.

« Les points saillants de la réforme du Code civil dans la perspective de la pratique notariale : de la fiducie et de la publicité des droits », Communication prononcée aux Cours de perfectionnement du notariat. 1992.

« Le nouveau Code civil du Québec offre-t-il de nouveaux marchés aux notaires? », Communication prononcée au Congrès du Jeune Notariat du Québec. Mont-Sainte-Anne : 5 septembre 1992.

« Aspects théoriques de la réalisation des créances », Communication prononcée au 22<sup>e</sup> atelier annuel en droit commercial et en droit de la consommation. Montréal : Université McGill, 17 octobre 1992.

« La réforme du code civil. Droit des biens », Enregistrement vidéo réalisé par Pixcom. Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. S.l. : 1993.

« La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », Communication prononcée au Congrès annuel du Barreau du Québec. Montréal : 1998.

« L'expérience du Québec cinq ans après la réforme de son Code civil », Communication prononcée au Colloque sur La recodification du Code civil de la République slovaque. Bratislava : 4 septembre 1998.

« La responsabilité des notaires », Communication prononcée aux Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Panama City : 18 mars 1998.

- «L'indivision conventionnelle: applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas», Communication prononcée aux Cours de perfectionnement du notariat. 1999 (en collaboration avec Lucie Laflamme et Marie-Pier Cajolet).
- «La formation des notaires québécois», Communication prononcée à la Faculté de droit de l'Université Shevchenko. Kyiv (Ukraine): octobre 1999 (en collaboration avec François Brochu).
- «La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale», Communication prononcée au Congrès de l'Union internationale du notariat latin. Athènes: septembre 2001.
- «La propriété des sols au Québec», Communication prononcée aux Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées vietnamiennes). Hanoi: 18 novembre 2003 (en collaboration avec François Brochu).
- «Le notariat et sa contribution à l'évolution de la législation québécoise», Communication prononcée à la 3<sup>e</sup> Conférence Roger-Comtois. Montréal: Université de Montréal, 23 novembre 2004.

## 7. DIRECTION DE TRAVAUX DE DEUXIÈME ET DE TROISIÈME CYCLE

### Essai :

Brigitte Roy. *L'affectation des biens en droit civil québécois*. 2000. ii, 69 p.

### Mémoires :

Éloi Poulin. *L'hypothèque de la chose d'autrui*. 1983. 202 p.

Jean-François Fournier. *Droit des sûretés: d'hier à demain par le biais de l'acte de fiducie*. 1983. iv, 115 p.

Sylvio Normand. *La propriété spatio-temporelle*. 1986. iv, 124 p.

Alexandro Calderone. *Une méthodologie automatisée de la logique juridique*. 1987. 82 p., ill. et 1 disquette dans une pochette.

François Brochu. *Mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits à la lumière du projet de Code civil du Québec et le rôle des principaux intervenants*. 1992. 147 p.

France Fradette. *Du changement de nature des biens et de son impact sur l'hypothèque*. 1993. v, 104, 13, p.

Lucie Gosselin. *Étude comparative de l'ancien et du nouveau régime du droit des biens en regard des divers types d'impenses et de la théorie de l'accession*. 1996. iv, 108 p.

**Thèses :**

Jeffrey Edwards. *La garantie de qualité du vendeur dans le Code civil du Québec : la mise en œuvre et le dépassement de son double fondement juridique*. 1996. 409 p.

Lucie Laflamme. *Droit au partage et partage*. 1998. 331 p.

## THE DANCE IS ONE

*Nicholas Kasirer\**

In a poetic register not generally that of the law, jurists occasionally invoke body language to describe the nature and intensity of legal relationships. The absence of a connection recognized by law, for example, places legal actors “at arm’s length”; elsewhere they are “bound up” in obligation; elsewhere still they find themselves to be “close”<sup>1</sup> to a person in a way that gives special rights, powers or duties. This essay raises one example of how the law understands and represents obligations between people who care for one another in the language of physical proximity. In particular, it fixes on law’s ambition to regulate the space between those who owe duties to one another not as friends or as relatives, but as lovers. Elsewhere, jurists speak of duties of care and of relationships of degree in the direct and collateral line. But as law moves from *agapè* to *filia* to that other love its language becomes increasingly and self-consciously erotic. The biblical injunction that man and wife should be “one flesh” in marriage has exercised a powerful effect on the legal imagination. The metaphorical language of oneness is suggestive of a legal idea for conjugality, whether pursued inside or outside marriage, which would exclude all space for others and leave none for the lovers outside their identity within the union.

---

\* Faculty of Law & Institute of Comparative Law, McGill University. This paper is offered in respectful homage to Professor François Frenette whose scholarship has had such a happy influence on work undertaken by colleagues at McGill in the civil law of property, in particular the *Dictionnaire de droit privé des biens* and the *Private Law Dictionary of Property*, currently in preparation at the Quebec Research Centre of Private and Comparative Law.

1. See, e.g., art. 206 C.C.Q. which provides that “close relatives” of a minor may apply to the court for the establishment of a dative tutorship. The rule is unusual in that it is unclear whether proximity is measured by generational degree of relationship (as is more customary in the civil law) or on some more arbitrary affective calculus. Are the French and English texts of art. 206 insufficiently close? The adjective “proches” seems to apply to both “parents” and “alliés du mineur” which is not the obvious suggestion of “close” in the English text: see *Code civil du Québec: Édition critique/Civil Code of Québec: A Critical Edition 2005-2006*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.74.

Certainly the image from Genesis echoes through Blackstone's famous account according to which "By marriage, the husband and wife are one person in law"<sup>2</sup> as it does in the classical civil law's celebration of marriage as a *communauté de vie*<sup>3</sup>. Pressed like the rest of us to give right expression to the "commitments"<sup>4</sup> inherent in marriage and like relationships, Quebec jurists refer to a "vie commune" to describe that which binds certain lovers together in law<sup>5</sup>. The physicality suggested by the *vinculum juris* that is the civil obligation provides a starting image for describing these "close personal adult relationships"<sup>6</sup>. But the obligational "bond" of marriage (to take the example that is, for better or worse, paradigmatic) is an affair of even closer proximity in law's lexicon, as it is in more ordinary parlance. While it is unclear that Blackstone<sup>7</sup> saw the joining together of husband and wife as a metaphor, others most certainly did<sup>8</sup>. The common law's marital unity and the civil law's shared life both take the fleeting moment of *copula carnalis* and expand it into a permanent regime for joining the spouses together in their legal lives.

Taken literally or figuratively, the image of oneness or of unity has had longstanding currency in both legal traditions; prior to a sort of half-

2. William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Bk I, chap. 15 (1765), Philadelphia, G.W. Childs, 1864, p. 355.
3. Generally connected to Pothier's *Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale*, the *communauté de vie* or *vie commune* was carefully analyzed against its canonical connections for Quebec civil law by Bruneau J. who concluded "c'est sous l'influence du christianisme que le devoir [de communauté de vie et d'habitation] revêtit une forme véritablement juridique": *Lafontaine v. Poulin*, (1912) 18 R.L. 378, 383 (Sup. Ct.).
4. The word "commitment" in art. 521.1, para 1, C.C.Q. (and its slightly less lyrical French counterpart *engagement*) is Quebec civil law's newest entry in the legislative vocabulary of the *vie commune* (enacted by S.Q. 2002, c.6). It is used in respect of persons who enter a "civil union", an institution tantamount to spousal which, by its very name, emphasizes the erotic ideal of love through the obligational "union" of the persons who enter into it (see arts 521.1, para 2, and 521.6 C.C.Q.).
5. Art. 392 C.C.Q. provides that in marriage spouses are bound to "live together" rather than to pursue a "shared life". In French the text says that they are "tenus de faire vie commune". On the dissonance between the French and English expressions, see, by the present author, "What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?" in *Mélanges presented by McGill colleagues to Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 487.
6. The spatial imagery of "closeness" has been used recently by the LAW COMMISSION OF CANADA to describe a range of love relationships: *Beyond Conjugalilty: Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships*, Ottawa, Public Works, 2001. (In the French-language version of the same report, the word "proche" is omitted and the less telling expression "rapports de nature personnelle" is used).
7. While the unity of the spouses in law was offered prosaically by Blackstone to describe the powers of the husband in marriage, he did use more poetic language to describe the coverture of the wife by her husband, "under whose wing, protection and *cover*, she performs every thing", *op. cit.*, note 2, p. 355.
8. For one English judge writing in criminal law, the failure to see it as a metaphor has been the cause of legal mischief. "In the eyes of the law, no doubt, man and wife are for many purposes one; but that is a strong figurative expression, and cannot be so dealt with that all consequences must follow which would result from its being literally true": *Wenman v. Ash* (1853) quoted by Fauteux J., dissenting, in *Kowbel v. The Queen*, [1954] S.C.R. 498, 508.

hearted divorce from their religious origins, both operated under the sway of the canonical idea that marriage itself was a metaphor for the mystical union between Christ and his Church<sup>9</sup>. But if a figure of speech is supposed to bring understanding that ordinary language cannot, it must be said that the marital “union” has failed the law as a literary device. Indeed the notion that marriage carries with it an inherent mystery has in fact bedevilled the law insofar as the juridical content of the oneness between husband and wife<sup>10</sup> – and by extension same-sex couples or the unmarried, for whom the marriage union serves as a point of reference to define their bond<sup>11</sup> – leaves so much to the imagination. Marital unity partakes at once of the language of euphemism and spirituality – a “union des corps et des âmes”<sup>12</sup> that is easier to speak to as a figure of speech than in concrete language either flatly sexual or spiritual, from which lawyers have shied away<sup>13</sup>. Famous debates have confounded jurists who have tried to discern whether the *vie commune* includes anything legal beyond the obligation for spouses to share a dwelling place<sup>14</sup>. The question as to whether “communauté de lit” accompanies the “communauté de vie” has been the object of scholarly speculation and disagreements<sup>15</sup>. One recent study has even proposed to de-eroticize conjugality, on the theory that

- 
9. On the phenomenon of the interaction of religious and state law, see A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs: Étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, doctoral thesis, Faculty of Law, McGill University, 2005, with specific reference to non-consummation and absence of cohabitation as grounds for legal remedies in marriage under the *Civil Code of Lower Canada*, as influenced by religious legal ideas (p. 816). The Supreme Court has recently declared that in a pluralistic society, the religious ideal of marriage in “Christendom” and its legal definition in Canadian law are “no longer inseparable”: *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, par. 22.
  10. Jean Hauser said of legal scholarship in this area in France that “c’est une dépense étonnante d’énergie et de matière grise qu’a suscité ce mystérieux lien”: “Préface” in M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 10.
  11. It has been argued compellingly that the Christian imagery of one flesh, as a source of “représentations juridiques relatives à la bonne et à la mauvaise sexualité”, cannot or will not be used by many jurists to accommodate same-sex relationships in law: see D. BORRILLO, “Liberté érotique et ‘exception sexuelle’” in D. BORRILLO and D. LOCHAK, (eds), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, 38, p. 41.
  12. D. MOURALIS, *Le sort du conjoint survivant en France et en Ontario*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 2.
  13. Erotic body language, it has been observed, was not part of French private law in its classical nineteenth-century expression: “le corps est absent des dispositions de la loi; les relations charnelles mais aussi sentimentales ne sont pas évoquées, par pudeur peut-être, par mépris de la femme sûrement” – J. POUSSON and A. POUSSON, *L’affection et le droit*, Paris, Éditions CNRS, 1990, p. 34. The explicit reference to a “communauté de vie” came to art. 215 *C. civ.* in 1970, just as the *vie commune* was made explicit late in Quebec law (art. 441 *C.C.Q.*, enacted by S.Q., 1980, c. 39).
  14. A literal understanding of the obligation to pursue *vie commune* (i.e. the obligation to live physically in the same place), is not always seen as its dominant trait. On the content of the *vie commune*, see M. D.-CASTELLI and D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>th</sup> ed., Quebec City, PUL, 2005, p. 100.
  15. G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 8<sup>th</sup> ed., Paris, Montchrestien, 2003, n° 25.

love by any other name is juridically as sweet<sup>16</sup>. Is it that this part of the obligational content of the conjugal union, in law, passeth understanding? Or is it possible that the ordinary language of the law, however figurative, lacks the resources to speak to the great mystery and leaves part of the legal idea unspoken?

Looking beyond the law books for an understanding of marital unity seems to be a fair exercise. This notion of a physical oneness in law's idea of marriage resembles that announced in the 1973 poem "Dancing", written by the great law professor F.R. Scott<sup>17</sup> for his wife, from which the title of this essay is taken. And the effort to describe erotic love regulated by law as a *vie commune* is comparable to the image that artist Marian Dale Scott<sup>18</sup> offered to her husband as a "Portrait of the Marriage" in 1954. Where law ultimately fails to speak to the obligations inherent in *eros* with candour and intelligibility, the jurist-poet Frank Scott did better. And his wife, painter Marian Dale Scott, did better still in expressing, as an artist, a felt obligation to pursue a shared life.

With its suggestion of an absence of space between the spouses, imagery connected to one flesh seems to deny that the spouses have two bodies, and precludes the possibility that conjugality allows for distance between them. The oneness of the *vie commune* is challenged by the autonomy and equality of the conjugal "partners" in an age of fundamental rights for individuals, as the Supreme Court recalled recently<sup>19</sup>. And while the language of the marital "union" has survived, asserting formal equality in the common law in light of full legal rights for married women has meant partially abandoning the Blackstonian imagery<sup>20</sup>. In the civil

- 
16. B. COSSMAN and B. RYDER, "What is Marriage-like Like? The Irrelevance of Conjugality" (2001) 18 *C.J.F.L.* 269, 272 *et seq.*
  17. Francis Reginald Scott (1899-1985) was a professor in the Faculty of Law, McGill University for more than forty years. He was an accomplished man of letters and social advocate as well as an expert in constitutional law and civil liberties. See, for a short tribute, J.E.C. BRIERLEY, "F.R. Scott" (1981) 27 *McGill L.J.* [xiii] and for a notice published on his death, R.A. MACDONALD, (1985) 30 *McGill L. J.* 635, followed by a partial list of his publications, L. Piatti, "Bibliography of F.R. Scott", at 636 *et seq.*
  18. Marian Dale Scott (1906-1993) was an accomplished visual artist and art teacher. For an account of her life and work published after her death, see E. TRÉPANIÉ, "Hommage à Marian Dale Scott 1906-1993/Hommage to Marian Dale Scott" (1993) 45 *Journal of Canadian Art History* 68.
  19. According to the majority opinion of Bastarache J., "[l]imitations imposed by this Court that serve to restrict this freedom of choice among persons in conjugal relationships would be contrary to our notions of liberty" (in French, referring to "personnes vivant en union conjugale"): *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2004] 4 S.C.R. 325, par. 63.
  20. Speaking to the rule against the compellability of spouses in the law of evidence, Iacobucci J. stated in *R. v. Salito*, [1991] 3 S.C.R. 654, 674 that "[t]o give paramountcy to the marriage bond over the right of individual choice in cases of irreconcilable separation may have been appropriate in Lord Coke's time, when a woman's legal personality was incorporated in that of her husband, but it is inappropriate in the age of the Charter". Justice Iacobucci's comments leave open his views on the balance between the marriage bond and individual choice in the absence of separation.

law, the cohabitation of duality and unity under the aegis of a shared life has required reconfiguring the notion of conjugality in Quebec in line with the increasing recognition of formal equality in marriage, in fits and starts, since 1964. The difficulty of squaring equality with the *vie commune* is critical to the success of the legal regulation of conjugality, which values unity and autonomy at once. Plainly this failure to recognize the spouse only as part of one flesh and not simultaneously as an individual sets the stage for a glorious wedding day and a rather dismal marriage. Taken alone, law's metaphor of physical oneness seems then to falter when called upon to accommodate the central development of twentieth-century Western family law that marriage entails both formal and substantive equality for the spouses. "Dancing" and "Portrait of the Marriage", however, manage in different ways to convey how the unity and solidarity inherent in the shared life do not defeat the competing ideals of duality and independence connected to modern conceptions of formal equality. Holding these two ideas together in a single juridical thought is one of the principal challenges for family law. Yet the Scotts convincingly expressed, visually and in verse, how their own difficult marriage pointed to the aspiration that equality and unity can coexist in marriage. Their successes in conveying at once unity and duality provide a welcome reminder that the law needs the full range of the human imagination to give voice and image to its fundamental ideas.

If the physical imagery of oneness is a feature of the law's symbolic language for marriage, it is certainly a recurring motif in F.R. Scott's love poems<sup>21</sup>. Written self-critically, "Dancing" is an account of how he had stumbled in his relationship with Marian over the years. The poem is a sort of confession that he had dominated the marriage early and only lately come to understand how, between Marian and himself as spouses and artists, "the dance/ is one"<sup>22</sup>. But more than a narrative of the travails of one marriage, "Dancing" is an extraordinary example of what fellow poet A.J.M. Smith called F.R. Scott's "'defining' poems that reflected a

---

21. In F.R. SCOTT, *The Collected Poems of F.R. Scott*, Toronto, McClelland & Stewart, 1982, the author organized his poetry into thematic sections, placing "Dancing" (p. 166) among "Insights", which gathers together many others bearing on his emotional life. (The whole book is dedicated to Marian and in memory of fellow poet A.J.M. Smith). For other examples of Scott's corporeal imagery in his love poems, see "Dialogue" (*ibid.*, p. 139), "To -" (p. 140) and "Union" (p. 137). Biographer Sandra Dwja discusses these works and points also to "Question", published at the same time as "Dancing" and speaking about Frank and Marian's courtship, which connects the essence of marriage with a representation of one flesh: "when we held/as only lovers hold/all anti-time within our clasping palms": DJWA, *The Politics of Imagination: A Life of F.R. Scott*, Vancouver/Toronto, Douglas & McIntyre, 1987, p. 449-450.

22. Published in 1973, the centrality of the theme of "Dancing" and its importance as a work is signalled by the title of the book in which it appears: F.R. SCOTT, *The Dance is One*, Toronto, McClelland & Stewart, 1973, p. 20. The book contains some works with more explicitly legal themes, notably "This is the Law" (p.13).

taste for word-play rooted in his training as a lawyer<sup>23</sup>. Scott was of course best known as a constitutional lawyer, and this field was the principal locus for his overtly legal and political poems, be they serious or satirical or both<sup>24</sup>. He had little interest in family law<sup>25</sup>. And though he often insisted on the vocation of private law as a source of protection of civil liberties, his focus was not typically the rights of women<sup>26</sup>. But as a jurist he was mindful of the plight of women under Quebec law<sup>27</sup> – indeed his great friend Thérèse Casgrain brought it to the attention of jurists during the very years that the Scotts' own marriage was suffering the consequences of unity without equality in marriage<sup>28</sup>. And the careful language in “Dancing” follows so clearly the development of women's rights in marriage that the parallel between the path of the law and of his own marriage would have been obvious to him, and perhaps even to most of his readers, including Marian. “Dancing” seems to be, as F.R. Scott said of his literary work generally, an example of a poem as a “mini-biography”<sup>29</sup>. It is also a poem about the legalities of marriage.

“Dancing” describes stages in their marriage. It starts with the time that Frank Scott, as husband invested with marital authority, led the dance on which their marriage was founded: “Long ago/ when I first danced/ I danced/ holding her/ back and arm/ making her move/ as I moved.” Here Scott evoked a Blackstonian understanding of his own

23. A.J.M. SMITH, “F.R. Scott and Some of his Poems” (1967) 31 *Canadian Literature* 25, p. 34.

24. See F.R. SCOTT and A.J.M. SMITH, “Introduction” in F.R. SCOTT and A.J.M. SMITH (eds), *The Blasted Pine*, Toronto, Macmillan, 1957, xv, p. xvii where the authors, writing on satire, explained how legal and political poetry can operate as a motor for social change. (In that collection, Scott's “Lest We Forget” (p. 107) is such an example).

25. As one of a handful of full-time law teachers at McGill University, Scott was called upon from time to time to teach courses in private law, including matrimonial property law, but his scholarship and public life as a law professor reflected his main interests in constitutional law and civil liberties: see generally G.E. Le DAIN, “F.R. Scott and Legal Education” (1981) 27 *McGill L.J.* 1, p. 7-9 (who also noted a connection between Scott's “scholarly vocation and his literary vocation” (p. 6)).

26. Scott had an important hand in recognizing private law as a source of civil liberties over the years, although the law of obligations rather than family law was typically his chosen field: see generally P.-A. CRÉPEAU, “F.R. Scott et la réforme du Code civil” in S. DWJA and R. StJ. MACDONALD, (eds), *On F.R. Scott: Essays on his Contributions to Law, Literature and Politics*, Kingston/Montreal, McGill-Queen's University Press, 1983, 153, p. 157.

27. He did write one little-known article that raised the unfair treatment of married women in the law of successions, but his criticism was not cast in the language of equality rights: F.R. SCOTT, “The Law of Successions in the Quebec and French Civil Codes” in BARREAU DE MONTRÉAL (ed.), *Le droit civil français. Livre-souvenir des Journées du droit civil français (1934)*, Paris/Montreal, Sirey/Barreau de Montréal, 1936, 177, p. 181.

28. T. CASGRAIN, “Les droits civils de la femme” (1942) 2 *R. du B.* 6. This very measured call for capacity for married women in Quebec law was written by Casgrain (not of course a lawyer, but writing in a lawyers' periodical that would have been on Frank's shelf) at a time when she was close to the Scotts: see generally CASGRAIN, “F.R. Scott. The Achievements of F.R. Scott” in DJWA and StJ. MACDONALD, *op. cit.*, note 26, 3.

29. Scott cited by DJWA, *op. cit.*, note 21, p. 255 (note 28).

marriage whereby the movement of dance was set by the husband and in which the wife's "legal existence is suspended during the marriage, or at least incorporated and consolidated into that of the husband"<sup>30</sup>. Under Quebec law when they married, this unity would have been asserted through the husband's role as *chef de famille*, in service of which the wife was incapable of exercising certain rights and subordinated to her husband under much of matrimonial property law<sup>31</sup>. This period was certainly one in which unity suggested a necessary oneness, if not of legal personality, unquestionably of household governance, as apologists for marital unity were quick to point out. Beyond the incapacity of married women, the *vie commune* imagined as one flesh explained much of the law, from the symbolic value of the wife adopting the husband's name<sup>32</sup>, to the justification of community of property as a legal regime whereby the husband exercised nearly unrestricted powers<sup>33</sup>, as well as rules on prescription, evidence, obligations and even criminal responsibility. The full force of the metaphor was apparent when taken literally – the maxim *qui prend mari, prend pays* encouraged the view, sustained by the Code, that the husband chose the dwelling place come hell or high water<sup>34</sup> and, more literally still, pointed to a single *pays* for the couple under the laws of citizenship<sup>35</sup>.

- 
30. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 2, p. 355. Blackstone's image of the protective "wing" of the husband coincidentally mirrors the protective "arm" alluded to by Scott in "Dancing".
31. They married in 1928, just prior to a tepid reform to matrimonial law that recognized the reserved property of married women in community. That reform (S.Q. 1930-31, c. 101) was viewed as founded upon, rather than contradicting, the unity of husband and wife under the direction of the husband. The commissioners described the policy as respectful of "l'inéluctable nature et à nos moeurs chrétiennes" and representing "des règles d'hygiène sociale dont la femme elle-même sais la valeur bienfaisante": Quebec [C.E. DORION *et al.*], "Premier rapport de la Commission des droits civils de la femme" (1930) 32 *R. du N.* 229, p. 239 and 241.
32. By customary practice understood to have force of law, married women would, as a symbolic gesture to marital unity, adopt the family name of the husband, see J. BEETZ, "Attribution et changement du nom patronymique" (1956) 16 *R. du B.* 56, p. 58-9.
33. The connection between the *communauté de vie* and the convention of sharing property under the authority of the husband was made by Pothier: "Cette convention entre l'homme et la femme, que le mariage renferme, de vivre en commun pendant toute leur vie, fait présumer celle de mettre en commun leur mobilier, leurs revenus, les fruits de leurs épargnes et de leur commune collaboration" (cited with approval in *M.N.R. v. Sura*, [1960] Ex. C.R. 83, 87).
34. As one judge noted – figuratively one presumes – the wife had to accompany the husband "en exil, en prison, à l'armée": *Lafontaine v. Poulin*, *supra*, note 3, 385. Art. 175 C.C.L.C. was generally considered to be replaced by the obligation to "live together" in art. 441 C.C.Q. (as enacted by S.Q. 1980, c. 39) such that the obligation was not just that of the wife, but "devient celle des deux conjoints" (G. TRUDEL and R. DesROSIERS de LANAUZE, *Code civil du Québec compare et coordonné au Code civil du Bas-Canada – Livre II La famille*, Montreal, SOQUIJ, 1981, 40) as if to say "we are two/ not one/ the dance/ is one".
35. Art. 23 C.C.L.C., repealed by S.Q. 1971, c. 84, provided that "an alien woman is naturalized by the mere fact of the marriage she contracts with a British subject".

“Dancing” continues by acknowledging how this oneness came at the expense of Marian’s dignity and autonomy, which would have otherwise been assured had the dance and the marriage been lived together by the spouses as equals. Ironically and, again, self-critically, he wrote “she was best” in this subordinated role “when she was/ least herself/ lost herself”: here was an admission by the husband that the old *vie commune* silenced her as an artist and a person. The end of the poem evokes the dance’s unity – “the dance/ is one” – from a different perspective. At this later stage in his life, Scott recognized that he no longer led but that they both danced, as formal equals: “I no longer dance/ with myself/ we are two/ not one/ the dance/ is one”.

Marian and Frank Scott’s biographers have chosen to link this poem to a crisis in the Scott marriage that is important to understanding the imagery in “Dancing”<sup>36</sup>. In 1950, Frank Scott is said to have had a serious extra-marital affair that rocked the marriage. Marian Scott moved out of the family home on Clarke Avenue in Westmount to a studio downtown on Peel Street, away from the domestic life with Frank, closer to her art and to herself, but oddly closer still to the Law Faculty at McGill University where he was teaching. Frank Scott wrote a different poem at the time he “chose” to end the love affair and return to Marian<sup>37</sup>. Written twenty years later, “Dancing” is a more mature, more measured view of the way he conducted himself through the course of their marriage. The image of the dance originated in a shared reading of Havelock Ellis’ *The Dance of Life* that dated back to their courtship pact to pursue a life together as artists. The dance is a plain allusion to the shared artistic or creative instinct upon which he and Marian Scott founded their relationship. This idea of the “dance” was so fundamental to their marriage that in the poem it stands too for the marriage itself, although the impossibility for Marian to live up to the exigencies of her own art and to the unity of the marriage under Frank represented great a challenge to the relationship. The shared life that Frank Scott saw for that marriage changed over time from one based on the marital authority of the husband, leading the dance, to one based on his recognition that husband and wife should pursue life together as formal equals. This mirrored the development of the law over the period. The advent of capacity for married women and, in particular, changes to the powers of women in the legal matrimonial regime in the

---

36. DJWA, *op. cit.*, note 21, p. 249 and p. 50; E. TRÉPANIÉRIER, *Marian Dale Scott: Pionnière de l’art moderne*, Québec City, Musée du Québec, 2000, p. 199 *et seq.* Because the purpose of this note is not strictly speaking biographical, I have relied on these two accounts in what follows, which themselves rely on primary materials and interviews with the Scotts.

37. See “Message”, in SCOTT, *op. cit.*, note 21, p. 141, connected by DJWA, *op. cit.*, note 21, p. 249 to their marital problems. Like the later “Dancing”, the poem “Message” invokes images of unity in erotic love (he and his lover being mere “tenants in one room”).

years just preceding “Dancing”<sup>38</sup> led to a more general understanding in the law of marriage that “we are two/ not one”. The poem signals a recognition by the law, and by the poet, that unity without formal equality threatens the *vie commune* and forces the spouses apart: “Now I dance/ seeing her/ dance away from/me she/ looks at me/ dancing ...”.

But the duality of formal equality remains accompanied by the fundamental unity of marriage in Scott’s poem – a substantive equality traditionally associated, in Quebec law, with the sharing of matrimonial property – that complements the formal equality also necessary to the dance. Scott’s poem signals, remarkably, how the dance of the modern law must aspire to embody these two strands: formal equality through the late abandonment of incapacity in 1964, mixed with the modern expression of substantive equality in a legal matrimonial regime, not with the husband as *maître et seigneur de la communauté conjugale*, but with the sharing inherent in the partnership of acquests enacted in 1969, which completed the thought – “we are two/ not one/ the dance/is one”<sup>39</sup>. The two-ness comes with the full powers of administration of property during the life of the new legal regime; the oneness comes at dissolution when the acquests of each spouse are partitioned to the advantage of the other, carrying with it a full recognition of the economic value of each spouse’s contribution to the dance.

The powerful idea, so well expressed by Scott, that the nature of the dance can bring with it both substantive and formal equality remains at the centre of the ideal of *vie commune* in the modern law. Article 392 C.C.Q. does what was once thought impossible. It asserts, on the one hand, the obligation to pursue a shared life, which has always been thought to import a recognition that the spouses are substantive equals notwithstanding their different roles in marriage. On the other, article 392 raises the once unthinkable idea that the spouses “have the same rights and obligations in marriage” to the level of a rule of public order. The modern law has advanced an ideal of the *vie commune* that reflects both formal and substantive equality that was pursued with and following the reforms to the Code in 1969. This balance is reflected in the rules on economic equality during the marriage (for example, protection of the family residence and regulation of the expenses of the marriage) and rules

---

38. The code was amended by S.Q. 1964, c. 66 which abolished the incapacity of married women and by S.Q. 1969, c. 77, which established the partnership of acquests as the legal regime.

Determining whether the Scotts took advantage of the new possibility to change their own matrimonial regime to the partnership of acquests, which guaranteed formal and substantive equality, would be a test of whether Frank really thought their matrimonial statut had changed.

39. See QUEBEC, “Bill 10, An Act respecting matrimonial regimes (first reading) – Explanatory Notes”, Quebec City, Editeur officiel, 1969, p. I-III.

guaranteeing equality at dissolution (the compensatory allowance and, later, the family patrimony) enacted through the 1980s and extended to civil unions in 2002<sup>40</sup>. It is in this same coincidence of unity and duality that the Scotts' marriage found an equilibrium that allowed both spouses to fulfill themselves simultaneously as lovers and as individuals: "... we/ are closer/ held in the movement of the dance/ I no longer dance/ with myself/ we are two/ not one/ the dance/ is one". Importantly, Scott saw this as a source of more heightened fulfillment for the couple in married life than if they remained unequal or, perhaps more importantly, if as autonomous individuals they did not pursue a shared life at all. In this sense, the *obligation de faire vie commune* is not a constraint on individual freedom, as a negative liberty is generally imagined to be in law's liberal philosophical tradition. Bowing to the strictures of the *vie commune* is thus a source of freedom rather than a limitation on the spouses: "dancing we/ are closer/ held in the movement of the dance". Projected onto article 392 which consecrates both equality and a shared life in rules of public order, the idea that the "dance is one" invites jurists to imagine the rights and duties of the conjugal union outside the scheme for corrective justice usually pursued by private law. That obligations of conjugality are to be aligned with a philosophy of distributive justice receives plainer voice in F.R. Scott's account of the dance than it does in Book II of the Civil Code.

It is not surprising, then, that his partner Marian gave expression to these same themes in her own understanding of their marriage in her work as a visual artist. The pencil drawing she did of Frank and herself in 1954<sup>41</sup> was suggestive of legal ideas associated with marital unity and the *vie commune*. The drawing was a gift to Frank: it appears on the back cover of a book of Scott's poems that was published in the period immediately following this great crisis in their marriage<sup>42</sup>. It is hard to imagine this drawing, mindful of the moment at which it was created and the place where it was originally reproduced, as anything less than an immensely saddened depiction by Marian of their relationship as against an idealized sense of what marriage could or could not be. It is right to see

40. See, for an overview of these developments, B. LEFEBVRE "L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois" in P.-C. LAFOND and B. LEFEBVRE (eds), *Union civile: nouveaux modèles de conjugnalité et de parenté au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 3, p. 15 *et seq.*

41. The original of this drawing (or a nearly identical sketch thereof) hangs in the office of a judge of the Supreme Court of Canada as part of the judge's private collection. I am grateful for the opportunity to have consulted the drawing there and to have tested, on the polite judge in that particularly charged setting, my sense of its iconic value in law. (His Lordship took the matter under deliberation).

42. F.R. SCOTT, *Events and Signals*, Toronto, Ryerson Press, 1954. Another version of this drawing is in the collection of the Musée des beaux-arts du Québec in Quebec City [catalogued as n° 97.28], reproduced in TRÉPANIÉ, *op. cit.*, note 36, p. 198 ("Portrait de Frank R. Scott et autoportrait, 1954").

the drawing as Marian's view of the state of the marriage. On the strength of her reading of Marian Scott's diary, art historian Esther Trépanier wrote that in the period leading up to the 1954 drawing Marian was evaluating "sa dépendance émotive, les liens qui l'unissent à un mari dont elle se demande s'il n'a pas eu plus de considération pour l'artiste que pour la femme en elle"<sup>43</sup>.

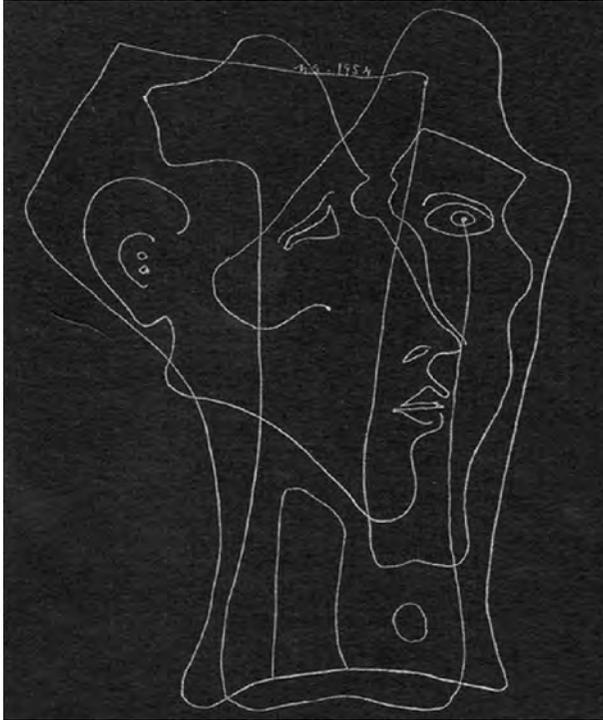


Fig. i. Marian Dale Scott, untitled pencil drawing, 1954 (designated here as "Portrait of the Marriage"), reproduced from dust jacket of F.R. Scott, *Events and Signals*, Toronto, Ryerson Press, 1954.

The drawing is, at first glance, a portrait of Frank whose unmistakable profile greets the viewer in the foreground. But merged with the image of Frank, as one flesh, is a portrait of the artist, in the background, but looking directly at the viewer. Marian and Frank are drawn in a single pencil line, sharing a life on the page, but somehow radically separate too, looking in opposite directions. It is hard to ignore the pencil mark

43. E. TRÉPANIÉ, *ibid.*, p. 199.

extending down from her eye, as if to signal the tear shed as a result of the pain caused by their separation and Frank's infidelity<sup>44</sup>. Foreground and background can, on closer study, be interchanged, as Frank's eye becomes that of Marian, and Frank's nose and mouth and ear complete her physiognomy, as if to presage the sentiment of the poem Frank would publish twenty years later: "we are two/ not one/ the dance/ is one". The triumph of the drawing is that it signals at once the unity and duality of marriage through the alternatively single and twin pictures of the spouses presented in the same image – here is, pictorially, the aspiration of article 392 of the Code which embraces equality and a shared life on the same page too. By the same token, there is a sadness, even an anger in the image of Marian, at once part of the *vie commune* and seemingly behind her husband, as if the promise of unity and of independence had been one in books rather than one in action. Equality in marriage and in that marriage had not taken proper form.

An argument might be made that the drawing is itself a legal artifact; this is not the thought pursued here<sup>45</sup>. It is a representation of one person's understanding of marriage, and in particular her own marriage, but as such it certainly resonates in legal culture. The picture appeared at an auspicious moment in the history of Quebec family law. In 1954, the Quebec legislature repealed the infamous rule that set different standards for adultery as grounds for legal separation in marriage for husbands and wives<sup>46</sup>. While at that precise moment there may have been a strong sense of the anachronism of the incapacity of married woman<sup>47</sup>, the disabilities would continue to characterize the *vie commune* for the next ten years. Marian Dale Scott's drawing has a interpretative rich potential for lawyers: not only does it evoke the physical unity of marriage in a manner more

---

44. E. TRÉPANIÉ, *ibid.*, p. 200 *et seq.*, offers an arresting account of Marian Scott's unhappiness in this period, drawn from the artist's unpublished diaries. With great wit and considerable irony, Marian compared the conception of marriage of her constitutional-lawyer partner to the constitutional division of powers under which Ottawa dominated Quebec (p. 200). The comment is made even more personal given that during the period Marian found artistic affinities with French-speaking Quebec artists outside the Scotts ordinary social and political circle.

45. But see, on how family portraits can convey legal ideas (notably the distance between relatives as defined by law), J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 1994, p. 184.

46. S.Q. 1954-1955, c. 48, which abolished the rule that the husband's adultery was only actionable "if he keep his concubine in their [the spouses'] common habitation". It bears mentioning that for the husband's adultery to offend *vie commune* that he so dominated, it had to take place under what one apologist called – no doubt moved to metaphor by the drama of the text – the "toit conjugal": G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montreal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 593.

47. For a critical view of the law as both anachronistic and out of step with informal legal practices, published the same year as Marian's drawing, see W. M. HOLMES and J. GILCHRIST, *You and Your Family Under Quebec Law*, Toronto, McClelland & Stewart, 1954, p. 5 and *passim* (by F.R. Scott's former students who were members of Quebec's first all-woman law firm).

articulate than do Blackstone and the Civil Code, it also gives expression to the idea of a shared life, with its ambiguous and conflicting understanding of formal and substantive equality both caught up in the oneness of marriage. Marian's drawing also gives the juridical ideal a woman's perspective – rare for the time, of course – that suggests to today's viewer that even the textual promises of equality cannot completely prevent the shared life from being lived out to the disadvantage of women.

If both “Dancing” and “Portrait of the Marriage” announce the aspiration for the pursuit of the *vie commune* under the twin themes of unity and independence, to what extent does the law carry forward that aspiration today? Certainly both themes are represented in the formal expression of the law. Conjugal unity is still rhetorically alluded to in the language of solidarity and union (referred to variously as *de facto* union, *union légitime*, marital union, *union conjugale*, civil union, *pacte civil de solidarité*, and the like) for good reason – the law continues to represent, in part, the shared life as something that transcends the individual lives of the partners. Cut free from the idea that the spouses form one person in law, the *vie commune* suggests that the value of conjugal unity is an overarching one. Declared “united in marriage” by the officiant, under article 374 C.C.Q., after having been read the text of the obligation to share a life, the spouses are constantly reminded of the one flesh ideal by the language of the law<sup>48</sup>. Not only does the “family” have a single residence (regulated without regard to individual title in section II of the Effects of Marriage in the Code), it is chosen by them “together” (article 395). The “family” has a “patrimony” – a metaphor on a metaphor that contradicts the traditional premise that the patrimony is tied to the individual legal subject and suggests, albeit maladroitly, the notion of conjugal unity. “Together”, says article 395, the spouses take in hand the moral and material direction of the family, which has a controlling “interest”, distinct from their two views, in settling disputes over effects of the union under article 400. Furniture serves the use of the “household” in article 401 and, in deference to that great locus of conjugal togetherness of the late twentieth century, the cars are for “family” travel in article 415. The unity of the couple as a matter of fact is reflected in a single “possession of status” to prove either marriage or civil union (articles 379 and 521.5). The spouses stand liable, together, to third parties when either of them

---

48. Although the legislature might be thought of as occasionally confusing the *erotic* (foundational for the conjugal union) with the *procreative* (which is not). See, e.g., the quizzical rule at art. 368, paragraph 2, C.C.Q. on informing the spouses of the advisability of a premarital medical examination (Examine for what? a jurisdctor might ask!). The presumption of paternity, in art. 525, which serves as a reminder of the procreative control that the husband exercised over the body of his wife, is a further example of an anachronistic rule without proper policy foundation beyond its loose tie to the obligation of fidelity in art. 392.

enters into a contract for the current needs of the “family” (article 397). The date at which the spouses cease to share a life, however measured, is a benchmark, at least potentially, for the beginning and end of the relationship as a joint economic endeavour (articles 417 and 466, for example). The driving theme of the *vie commune* in the patrimonial lives of the spouses is substantive equality sustained by this unity – the same ideal represented in the moral foundation of community of property – which itself is the stuff of conjugality, understood as the dance as one rather than two. Even the matrimonial regime of separation of property has the unity of the spouses as a presumptive interest (article 487).

But the counterpoint ideal of spousal independence as formal equals also finds bold expression in the law. The duality alluded to by Frank Scott, like the separateness of the two faces in Marian Scott’s portrait, echoes through the texts. One of Quebec’s leading experts on the law of conjugality prefers to see the couple as “la somme des individus qui le composent” in presenting his compelling argument for the place of contractual justice in matrimonial law<sup>49</sup>. Professor Roy rightly points to the powerful symbol of the family name, now retained by the spouses notwithstanding the union under article 393 C.C.Q., as if to say that in marriage or civil union, the husband and wife (or husband and husband, or wife and wife, as the case may be) are two, not one. Duality seems to be an incontrovertible value given the essential role of formal equality in the law’s understanding of human dignity, and it is not easily dislodged (*pace*, for the purposes of this argument, polygamy). Despite the heightened presence of rules asserting the common interest of the spouses, many fundamental institutions of the modern law defer the full expression of that interest until after the end of the *vie commune*. Thus during the life of the partnership of acquests the spouses are nearly unfettered in the administration of all their property under article 461, including their acquests, the guiding values being formal equality and spousal autonomy. Similarly the partition of family patrimony, which carries the promise of substantive equality that would express the *vie commune* as a joint economic endeavour, is deferred until the end of the union under article 416. Moreover there is generous recognition that the portions of property held by each spouse are not to be shared under the rules for calculating acquest property (article 450 for example), or the net value of family property (articles 417 and 418, for example). These articles are predicated on full recognition of the spouses’ economic identity *qua* individuals, as opposed to *qua* spouses, during the union.

---

49. A. ROY, *Le contrat de mariage réinventé*, Montreal, Éditions Thémis, 2002, p. 238.

Ideally, family law should speak to both a “principe associatif” and a “principe des dissociations” because, like in the Scott-Dale household, they are both simultaneously important to regulating conjugal union<sup>50</sup>. One might well argue that the law has done less well at speaking to unity and duality at once, in part because, as the Supreme Court pointed out in *Walsh*, the values are often in genuine conflict such that they cannot easily be asserted at the same time in an age of fundamental individual rights. The conflict between sharing and independence has occasionally forced jurists – according to judicial body language – to resort to “pirouettes”<sup>51</sup> to strike a balance between commonality and independence for the *vie commune*. Famously in common law, the genius of Equity has allowed for the juridically original characterization of certain property as “family assets”<sup>52</sup>, belonging at the same time to one spouse at Law and to the other in Equity. In that spirit, the Ontario *Family Law Act*, in its preamble, expresses the Scotts’ idea of duality and unity in a single sentence<sup>53</sup>. This same coexistence of duality and unity finds expression in certain problem institutions that sit on the cusp of the two values. The compensatory allowance in Quebec law has caused discomfort for this reason; connected to that, article 396 C.C.Q. carries in it that same ambiguity borne of saying two apparently incompatible things at the same time<sup>54</sup>. Other legal institutions seem to express both values at once, thereby proving to be a source of disquiet for those charged with their application. Does article 421 recognize in the family patrimony some kind of eventual right, wedged between the unity and duality of marriage, that is created before dissolution? Isn’t this mix of values the policy basis for prohibition of the disposal of acquests *inter vivos* by gratuitous title, to the benefit of the non-owner spouse, under article 461 of the partnership of acquests? Yet only rarely do jurists identify these two competing strands inherent in conjugality, and more rarely still do they propose as subtle a balance as one finds in “Dancing” and the “Portrait of

---

50. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10<sup>th</sup> ed., Paris, L.G.D.J., p. 277 used these expressions to describe the tension inherent in the regulation of “one flesh” in marriage.

51. These “pirouettes juridiques” refer to the elaborate efforts, in family property law, that courts have made to recognize at once spousal independence and the shared life as a joint economic endeavour: *Droit de la famille – 67*, [1985] C.A. 135, 146.

52. This expression, insufficiently juridical for some in that it does not specifically refer to a title holder recognized by law, was used by Lord Denning in an influential judgment in *Gissing v. Gissing*, [1969] All E.R. 1043, 1046 (C.A.).

53. The preamble states that the purpose of the Act is in part “to recognize the equal position of the spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership”: R.S.O. 1990, c. F.3.

54. How are the “respective means” in art. 395, para. 1, C.C.Q. to be measured? Presumably with due regard to formal equality and autonomy, on the one hand, and substantive equality and unity, on the other.

the Marriage”. A classic case in point comes from the effort to try to make sense of the values of unity and autonomy implicit in the expression *union libre*. Are the de facto partners free, as formal equals, to avoid sharing property without offending equality rights? Are they bound by the conjugal union between them to share even if one or both have declined to marry? In *Walsh*, the Supreme Court arrived at a decision that places formal equality before substantive equality for the de facto union, at the expense (for the minority judge) of economically vulnerable spouses<sup>55</sup>. In a brilliant response to the divided Supreme Court, three colleagues at Université Laval argued for “une nouvelle approche en matière de droit patrimonial de la famille qui permettrait de mieux articuler les valeurs d’autonomie de la volonté et solidarité au sein de la famille contemporaine”<sup>56</sup>. However one views their proposal, it has the merit of speaking to values – as did the Scotts – of duality and unity in conjugality at once, which the Court declined to do.

\* \* \*

Love relationships may elicit poetical enthusiasms elsewhere, but lawyers seem to sense that order in the family depends in part on their own dispassionate use of language to explain law’s discipline over sentiment. Occasionally does body language get invoked to speak to law’s affective side – Roman law’s marriage *in manu* is an example, as is the joining of hands in the solemnization of marriage<sup>57</sup>. Professor Cornu has explained that the role of imagery in legal vocabulary “est de lancer un message plus direct and souvent plus attrayant (par son pittoresque et sa couleur), globalement plus facile à percevoir et à retenir, et donc accessible à leur plus grand nombre”<sup>58</sup>. *Vie commune* certainly started as metaphor, although the lawyerly instinct for literalism has drained some of the colour from the expression. In this relatively rare circumstance where the law chooses a figure of speech to render the legal idea more comprehensible, the shared life has arguably been reconfigured by legal usage to render the legal idea more distant. The expression “the dance is one”, cast

55. *Walsh*, *supra*, note 19.

56. D. GOUBAU, G. OTIS and D. ROBITAILLE, “La spécificité patrimoniale de l’union de fait: le libre choix et ses ‘dommages collatéraux’”(2003) 44 *C. de D.* 3, 8. The authors argued for a limit to an unmarried couple’s freedom to avoid the effects of a conjugal union when the couple has children.

57. On the former, see B. NICHOLAS, *Introduction to Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 81-2 (comparing marriage *in manu* with doctrine of marital unity in English law); on the latter, *Rules on the solemnization of marriage or of civil union*, A.M. 2152, (2003) G.O.Q. II, 1506, Schedule VI, (where it is directed that the spouses join hands as part of the ceremony).

58. *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3<sup>rd</sup> ed., 2005, n° 25,

as it was by Frank Scott in a poem that recognized the unity and duality of his relationship with Marian Dale Scott, brings some of the colour back to the metaphor in article 392. The unity and difference of the spouses in marriage is a central message of Marian Dale Scott's pictorial depiction of her shared life with her husband from 1954. The distance from literalism of artistic expression helps save the metaphor of *vie commune* from the legislature, judges and spouses who would press it into narrower service<sup>59</sup>.

Do jurists reach for poetic language often enough given how helpful the imagery can be? Certainly Jean Carbonnier's soaring explanation of the shared life in French law – "même lit, rêves différents"<sup>60</sup> – can be thought of as a near perfect depiction, in the mixed language of law and art, of one of society's most complicated ideas. But there are not many with Jean Carbonnier's command of the voices and colour of the law, and the rest of us need help looking beyond the law library for legal ideas. To what extent can we look into the private lives of others for lessons on the everyday law of the family? The question of the value of the Scotts' individual, artistic expressions relating to their own marriage as statements of principle on the nature of the legal relationship generally is a complicated one. On the one hand, there is something intensely personal in "Dancing" and "Portrait" that makes sense only in the domestic sphere of their own private lives. On the other hand, both works were publicly addressed to the other spouse and self-consciously given a broad exposure as message-bearing artistic works<sup>61</sup>. At the very least they recount, in language more telling than that of the legislature, what law's marriage aspires to attain as a social good. Frank and Marian Scott may or may not have had this ambition, but the enduring value of the images of "the dance is one" and the "Portrait of the Marriage" should not be lost on the jurist<sup>62</sup>. Whether

59. Marian Scott's shift to non-figurative art, announced in "Portrait of the Marriage", ultimately put her on an anti-literalist path that her poet husband – too tied to law's conventional view of interpretation and conception of text? – would never fully take to in his poetry. For a reading that sees Scott's poetry as restrained by "emotional discipline", see R. SKELTON, "A Poet of the Middle Slopes" (1967) 31 *Canadian Literature* 41, 44.

60. J. CARBONNIER, *Droit civil 2/ La famille*, 20<sup>th</sup> ed., Paris, PUF, 1999, p. 456. In his account of how the unity of the household depends on a measure of individual freedom for the spouses, Professor Carbonnier wrote "[l]e mariage n'emporte pas absorption d'une personnalité par l'autre: même lit, rêves différents".

61. On the connection between poetry and law in Frank Scott's public life, see Michiel HORN, "Editors Note" in F.R. SCOTT, *A New Endeavour: Selected Political Essays, Letters and Addresses*, Toronto, University of Toronto Press, 1986, p. vii. Scott certainly believed in the "poet as an instrument of social change", although the 'Insights' poems such as "Dancing" may have fallen outside this category: F.R. SCOTT, "A Note on Canadian War Poetry" (1942) in L. DUDEK and M. GNAROWSKI, (eds), *The Making of Modern Poetry in Canada*, Toronto, Ryerson Press, 1967, p. 97.

62. The question of the dominance of the public life over the domestic sphere in Frank Scott's life as a poet, with reference to Marian and "Dancing" specifically, is considered in D.G. JONES, "Private Space and Public Space" in S. DWJA and R. StJ. MACDONALD, *op. cit.*, note 26, p. 44, p. 53-54.

or not it is right to imagine the casting of the expression in stone as partaking of the legal, the fact that the image is the last common expression of their shared life. Inscribed on their tombstone in the Mount Royal Cemetery, “the dance is one” tells of the importance of this message in the lives of Frank Scott and Marian Dale Scott. The epitaph was engraved at Frank Scott’s death in 1985. Marian Dale Scott was buried under the same stone, and the same expression for their shared life, in 1993<sup>63</sup>.



Fig. ii. Tombstone, F.R. Scott and Marian Dale Scott, Mount Royal Cemetery, Outremont, Quebec. Reproduced from Brian Young, *Respectable Burial. Montreal's Mount Royal Cemetery*, Kingston/Montreal, McGill/Queen's Press, 2003, p. 188. Photograph © Geoffrey James.

63. An earlier version of this paper was presented at the International Round Table for the Semiotics of Law on “Legal Spaces” in Montreal on April 15, 2005. I am grateful to Desmond Manderson for his invitation and to participants, especially Alexandra Popovici, for their comments. Daniel Boyer, John Durnford and Rod Macdonald kindly helped with some background on F.R. Scott.

## DANCING

Long ago  
when I first danced  
I danced  
holding her  
back and arm  
making her move  
as I moved

she was best  
when she was  
least herself  
lost herself

Now I dance  
seeing her  
dance away from  
me she  
looks at me  
dancing we  
are closer  
held in the movement of the dance  
I no longer dance  
with myself  
we are two  
not one  
the dance  
is one

– *F.R. Scott*



# EXERCER SA LIBERTÉ DE TESTER : PAS TOUJOURS SUR LA VALEUR TOTALE DE SON PATRIMOINE...

*Christine Morin\**

## 1. RESTRICTIONS QUI DÉPENDENT DE L'ÉTAT CIVIL

### 1.1. Le patrimoine familial

*1.1.1 Augmentation ou diminution de la valeur du patrimoine successoral*

*1.1.2 Impact sur la composition du patrimoine successoral?*

### 1.2 La prestation compensatoire

*1.2.1 Diminution potentielle de la valeur du patrimoine successoral*

*1.2.2 Impact sur la composition du patrimoine successoral?*

## 2. RESTRICTIONS LIÉES À LA SITUATION FAMILIALE : LA SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

### 2.1 Droit alimentaire et non pas droit à l'héritage

### 2.2 Créanciers d'aliments

### 2.3 Fixation de la contribution

### 2.4 Paiement de la contribution

## CONCLUSION

\* \* \*

---

\* Professeure à l'Université Laval. Ce texte constitue, en quelque sorte, un « pont » entre mes travaux à la maîtrise et mes travaux en cours au doctorat. Après m'être intéressée à l'augmentation des droits patrimoniaux du conjoint marié – ou uni civilement – à la suite du décès de son conjoint, ma réflexion s'est naturellement portée sur la diminution de l'étendue de la liberté de tester. C'est avec un plaisir immense que j'ai accepté de publier mes premières réflexions à ce sujet dans un ouvrage en l'honneur de François Frenette, un professeur d'une grande rigueur qui a su influencer mon parcours universitaire. Je remercie le professeur Alain Roy qui a accepté de commenter une première version de ce texte.

On a souvent pu lire que les Québécois avaient la liberté « illimitée » de tester. Cette liberté était déjà reconnue avant même la codification du *Code civil du Bas Canada* et elle a, depuis, été réaffirmée à plusieurs reprises tant dans la jurisprudence que dans la doctrine<sup>1</sup>.

Avec le temps, la liberté absolue du testateur a toutefois été remise en question, particulièrement par des groupes de femmes et par la doctrine. Certains auteurs ont même suggéré que la liberté testamentaire soit limitée afin de protéger certains membres de la famille du testateur<sup>2</sup>. Lors des travaux de révision du Code civil, l'Office de révision a aussi proposé de limiter la liberté de tester au moyen d'une réserve en faveur du conjoint survivant et d'un prolongement de l'obligation alimentaire après le décès pour les créanciers d'aliments<sup>3</sup>. Pourtant, quelques années plus tard, le projet de loi 107 ayant pour but de réformer le droit des successions ne contenait toujours aucune disposition législative limitant l'étendue de la liberté du testateur<sup>4</sup>.

1. *Godon c. Héritiers de Laurent Labelle*, [1985] C.S. 1054, 1056; *Gosselin c. Gosselin*, [1993] R.L. 485, 486 (C.A.); *Meinke c. Brown*, [1958] C.S. 293, 302; *Van Pachterbeke c. Cormier*, [1975] C.S. 25, 30; J.É. BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, « Donations et testaments », Montréal, Excelsior, 1933, par. 27, p. 19; G. BRIÈRE, *Les Libéralités*, 8<sup>e</sup> éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, par. 24, p. 29; L. MARCEAU, « Le contrat de société entre mari et femme », (1959) 19 *R. du B.* 153, p. 170; A. MAYRAND, *Traité élémentaire de droit civil : Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, par. 3 et 4, p. 4 et 5; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théorêt, 1899, p. 236; A. MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 1; J. PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, p. 336; L. PRATTE, « L'intervention législative et la liberté de tester : la leçon du droit comparé », dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. 119; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 272-273.
2. E. FABRE-SURVEYER, « Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil », (1953) 13 *R. du B.* 245. Voir également E. FABRE-SURVEYER, *Le Code civil canadien et le droit anglais en matière de testament*, Québec, s. éd. 1953, 11 p.; A. MOREL, « De la permanence des textes légaux et de la relativité de leur interprétation », (1958) 60 *R. du N.* 483; A. MOREL, *op. cit.*, note 1; H. TURGEON, « Quelques problèmes pratiques de succession légitime », (1958-1959) 61 *R. du N.* 401; H. TURGEON, *La succession légitime de la province de Québec*, Montréal, Imprimerie St-Joseph, 1959, 170 p.; J. TURGEON, « Exposé de M. Jean Turgeon » et « Évolution de la condition des époux », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT POUR LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956, 65 et 136; J. TURGEON, « Rétablissement de la légitime sous une forme moderne », (1955) 15 *R. du B.* 204; G. WASSERMAN, « Case and Comment », (1952) 30 *R. du B. can.* 189; G. WASSERMAN, « Le pragmatisme en droit civil québécois », dans PUBLICATIONS DU CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, 93; G. WASSERMAN, « Les donations entre vifs et par disposition testamentaire », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT POUR LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, 430.
3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 138-142.
4. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, Assemblée nationale du Québec, 3<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, 1982 (*Projet de loi 107*).

Le projet de loi 107 est mort au feuilleton et un nouveau projet a été déposé à l'Assemblée nationale en 1984<sup>5</sup>. Celui-ci contenait un chapitre intitulé « De la survie de l'obligation alimentaire », mais ne prévoyait aucune réserve successorale. En 1985, ce projet était discuté en commission parlementaire où l'on suggérait d'introduire de nouvelles dispositions relativement à la réserve héréditaire<sup>6</sup>. Deux ans plus tard, tant les dispositions sur la réserve que celles sur la survie de l'obligation alimentaire étaient retirées du projet de loi avant son adoption. On souhaitait alors créer un comité sur les droits économiques des conjoints afin de resituer la question de la liberté de tester dans le contexte du « partage de la richesse familiale<sup>7</sup> ». Le ministre soulignait que cette façon de faire aurait l'avantage de faire en sorte que la politique qui sous-tend le Code civil soit « pleinement cohérente et tienne compte de tous les droits, intérêts et obligations des parties en présence, conjoint et enfants<sup>8</sup> ».

Ce n'est donc qu'en 1989, avec l'introduction des règles sur le patrimoine familial et celles sur la survie de l'obligation alimentaire que le législateur québécois a restreint l'étendue de la liberté testamentaire<sup>9</sup>. On peut aussi voir une autre restriction à la liberté du testateur dans la prestation compensatoire puisque celle-ci peut s'appliquer en cas de décès<sup>10</sup>.

Il est vrai que, sur le plan des principes, la liberté du testateur québécois n'est pas limitée. En effet, celui-ci peut toujours déterminer de quelle façon seront dévolus ses biens à son décès, et ce, sans être limité par une réserve héréditaire qui l'empêcherait de disposer d'une portion de ses biens « au nom de la solidarité familiale et de l'égalité<sup>11</sup> ». Par contre, dans les faits, certaines dispositions du Code civil peuvent désormais avoir un impact considérable sur la valeur totale du patrimoine dont le testateur peut disposer.

- 
5. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Assemblée nationale du Québec, 5<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, 1984 (*Projet de loi 20*).
  6. Amendements proposés au *Projet de loi 20*, voir ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, sous-commission des institutions, 5<sup>e</sup> session, 32<sup>e</sup> législature, p. S-CI-1025 à 1036 (document annexé le 29-08-1985).
  7. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, sous-commission des institutions, 1<sup>re</sup> session, 33<sup>e</sup> législature, p. S-CI-1 (17-12-1986).
  8. *Id.*, p. S-CI-1 à 5 (17-12-1986).
  9. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (*Projet de loi 146*).
  10. Les dispositions législatives qui traitent de la prestation compensatoire ont été introduites au Code civil en 1980 et elles sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1982 (*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). Elles ont été modifiées en 1989 (*Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55).
  11. M. GRIMALDI, *Droit civil: Successions*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Litec, 2001, par. 16, p. 13.

Qu'on soit en accord ou non avec les dispositions législatives adoptées, on ne peut ignorer leurs effets en matière de droit successoral où ces règles sont venues bouleverser le principe de la liberté maximale du testateur, principe reconnu dans le Code civil depuis plus de deux cents ans. Les restrictions imposées au testateur quant à la valeur du patrimoine dont il peut disposer dépendent, d'une part, de son état civil (Partie 1 : Patrimoine familial et prestation compensatoire) et, d'autre part, de sa situation familiale en général (Partie 2 : Survie de l'obligation alimentaire).

Comme la valeur exacte de ces différents droits ne peut être connue qu'à la suite du décès du testateur, celui-ci ne peut que difficilement en évaluer l'impact concret lors de la rédaction de son testament. Il demeure néanmoins impératif que le testateur réalise les répercussions possibles de ces dispositions législatives sur la valeur du patrimoine qu'il laisse à son décès. Autrement, non seulement sa liberté de tester pourrait être restreinte, mais ses dernières volontés pourraient même être dénaturées...

## 1. RESTRICTIONS QUI DÉPENDENT DE L'ÉTAT CIVIL

Lorsque le *de cuius* est marié ou uni civilement, son décès a pour effet de dissoudre son union<sup>12</sup>. De la même façon que lorsqu'il y a dissolution du mariage ou de l'union civile du vivant des conjoints, on doit procéder au partage de la valeur du patrimoine familial, à la liquidation du régime matrimonial ou d'union civile et, s'il y a lieu, au paiement d'une prestation compensatoire.

Nous avons choisi de ne pas discuter des effets de la liquidation du régime matrimonial ou d'union civile parce que ce régime a été *choisi* par le *de cuius* et son conjoint<sup>13</sup>. Même si la liberté de tester du *de cuius* peut être restreinte par les règles de son régime matrimonial ou d'union civile, ces restrictions ne sont pas *imposées par la loi*, mais bien choisies par le couple, indirectement<sup>14</sup>. Si un couple désire que les biens de chacun des conjoints ou que leur valeur ne soient pas partagés à la suite de la dissolution de leur union, il peut choisir de se marier ou de s'unir civilement sous le régime de la séparation de biens et ainsi éviter cette forme de restriction à la liberté de tester<sup>15</sup>. Ce n'est toutefois pas le cas pour le

12. Art. 516 et 521.12 C.c.Q.

13. La liberté de tester est alors restreinte à la suite du choix fait par le *de cuius* pendant sa vie. Le régime matrimonial ou d'union civile du *de cuius* n'aura un impact sur la valeur de son patrimoine successoral que s'il a opté pour un régime de partage (art. 465, 467, 473 et 521.8 C.c.Q. et 1310, 1338 C.c.B.C.).

14. Même lorsqu'une personne est soumise aux règles du régime légal, cette soumission résulte du non-exercice du choix d'un régime matrimonial ou d'union civile dont elle disposait.

15. Art. 485-487 et 521.8 C.c.Q.

patrimoine familial et pour la prestation compensatoire dont on ne peut, au moment du mariage ou de l'union civile, empêcher l'application future<sup>16</sup>.

S'il est possible qu'aucune prestation compensatoire ne soit réclamée ou octroyée à la suite du décès puisque son octroi dépend de la situation particulière des conjoints<sup>17</sup>, au contraire, il y a automatiquement partage de la valeur du patrimoine familial<sup>18</sup>.

### 1.1. Le patrimoine familial

Tout mariage et toute union civile entraînent la constitution d'un patrimoine familial qui est formé de biens qui appartiennent aux conjoints, sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens<sup>19</sup>. Les dispositions législatives sur le patrimoine familial s'appliquent impérativement à tous les gens qui sont mariés ou unis civilement<sup>20</sup>. Même les conjoints mariés avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives sur le patrimoine familial sont soumis à ces règles qui peuvent avoir pour effet de modifier les conventions matrimoniales auxquelles ils avaient pu consentir auparavant, à moins que ceux-ci aient renoncé à l'application des règles du patrimoine familial à l'intérieur du délai prévu par le législateur<sup>21</sup>.

En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage ou de l'union civile, la valeur du patrimoine familial doit être partagée à parts égales entre les conjoints – ou entre le conjoint survivant et les héritiers<sup>22</sup> – à moins que le créancier du droit au partage ne choisisse de renoncer au partage ou que le conjoint débiteur démontre qu'une injustice résulterait d'un partage à parts égales<sup>23</sup>.

Bien que les règles du patrimoine familial ne confèrent aucun droit de propriété à celui des conjoints qui n'est pas le propriétaire des biens qui

---

16. On ne peut déroger à ces dispositions législatives, art. 391 et 521.6 C.c.Q.

17. *Infra*, art. 427-430 C.c.Q.

18. Art. 416 et 521.6 C.c.Q., à moins que le créancier du droit au partage choisisse de renoncer ou que le conjoint débiteur démontre qu'une injustice résulterait d'un partage à parts égales de la valeur du patrimoine familial (art. 422 et 423 C.c.Q.).

19. Art. 414 et 521.6 C.c.Q.

20. Art. 391 et 521.6 C.c.Q.

21. Les conjoints mariés avant le 1<sup>er</sup> juillet 1989 avaient jusqu'au 31 décembre 1990 pour renoncer à l'application du patrimoine familial, selon certaines conditions et modalités. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, précitée, note 10, art. 42.

22. Art. 416, al. 1 et 521.6 C.c.Q. Sur la question de la transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial, voir *infra*.

23. Art. 422, 423 et 521.6 C.c.Q. Le partage a lieu après avoir fait certaines déductions prévues par la loi, art. 416 et 418 C.c.Q.

le composent, chaque conjoint a droit à la moitié de la valeur de ce patrimoine en vertu de l'article 416 C.c.Q. Les règles sur le partage du patrimoine familial restreignent donc indirectement la liberté testamentaire des personnes qui y sont soumises en obligeant ces personnes à partager la *valeur* de certains biens qui faisaient partie de leur patrimoine de leur vivant, avec une personne déterminée par la loi – leur conjoint marié ou uni civilement ou ses héritiers –, au moment de leur décès.

### ***1.1.1 Augmentation ou diminution de la valeur du patrimoine successoral***

La valeur du patrimoine familial est partagée entre le conjoint survivant et les héritiers, que le défunt soit le créancier ou le débiteur du droit au partage. En effet, la Cour d'appel a mis un terme à une longue controverse jurisprudentielle et doctrinale au sujet de la transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial en 2002, en statuant que ce droit au partage est transmissible aux héritiers<sup>24</sup>.

Si le défunt est créancier du droit au partage du patrimoine familial, le partage a pour effet d'augmenter la valeur du patrimoine successoral. Dans un tel cas, les règles sur le patrimoine familial n'ont pas pour effet de restreindre sa liberté de disposer de ses biens à son décès. Bien au contraire, le partage de la valeur du patrimoine familial a alors pour effet d'augmenter la valeur totale du patrimoine successoral sur lequel s'exerce sa liberté de tester. Comme le conjoint survivant doit verser la somme due à la suite du partage de la valeur du patrimoine familial à la succession, cette somme ajoutée au contenu du patrimoine du défunt profite à ses légataires et à ses héritiers, selon ce que celui-ci a prévu dans son testament, dans son contrat de mariage ou d'union civile ou, si le défunt n'a rien prévu, selon les règles de dévolution légale<sup>25</sup>.

Par contre, si le défunt est débiteur à la suite du partage du patrimoine familial, la créance due au conjoint survivant doit être soustraite de la

24. *Banque nationale du Canada c. Trapani (Succession de)*, C.A., n° 500-09-009712-001, 29 avril 2002, jj. Delisle, Biron et Beaugard (diss.), Désistement de la requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême (C.S. Can., 2002-12-19), 29243; *Lamarche c. Olé-Widholm*, [2002] R.D.F. 219 (C.A.). Pour une étude de ces décisions, voir C. MORIN, « Les droits patrimoniaux du conjoint survivant résultant de la dissolution du mariage », (2002) 104 *R. du N.* 349, 389-402. Rappelons que la communauté juridique s'est longtemps interrogée sur la transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial. Certains étaient d'avis que le droit au partage est un droit personnel des conjoints qui ne peut être transmis à leurs héritiers, alors que d'autres croyaient plutôt qu'il s'agit d'un droit transmissible aux héritiers comme tout autre droit. Sur la thèse de l'intransmissibilité, voir J. BEAULNE, *La liquidation des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, par. 334, p. 172.

25. Art. 613, 1819 et 521.8 C.c.Q.

valeur du patrimoine du défunt<sup>26</sup>. Comme la valeur du patrimoine successoral est réduite, l'étendue du patrimoine sur lequel s'exerce la liberté testamentaire du *de cuius* s'en trouve diminuée<sup>27</sup>. En cas d'insuffisance de l'actif de la succession pour payer à la fois toutes les dettes et tous les legs, ces derniers risquent de ne pas être payés car les créanciers ont priorité sur les légataires, et ce, peu importe ce que le testateur a pu prévoir à l'intérieur de son testament<sup>28</sup>. Le conjoint survivant a aussi droit à sa part du patrimoine familial avant le paiement des créanciers alimentaires<sup>29</sup>.

Qui plus est, rappelons que la majorité des auteurs – ainsi qu'un jugement – croient que le conjoint survivant peut invoquer, pour un même bien, sa situation de copartageant du patrimoine familial et d'héritier ou de légataire<sup>30</sup>. Ainsi, lorsqu'un bien qui fait partie du patrimoine familial est légué au conjoint survivant, ce dernier a droit à l'équivalent de la moitié de la valeur du bien par l'intermédiaire de son inclusion dans le patrimoine familial, en plus de pouvoir réclamer le bien en vertu du legs. Étant donné que le paiement de la créance et la remise de l'objet du legs proviennent de deux sources distinctes, soit le droit matrimonial et le

---

26. Art. 809 C.c.Q.

27. La doctrine considère qu'il s'agit d'une des limitations à la liberté de tester: J. BEAULNE, S. BINETTE, N. GAGNON et Y. PÉPIN (dir.), « Le contrat de partage en matière de patrimoine familial », (1991) 14 (n° 1A) *Les Cahiers* 555, p. 579; G. BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. revue et mise à jour par J. BEAULNE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, par. 14, p. 13, par. 295, p. 165 et 166 et par. 299, p. 169; P. CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 1, par. 29, 31 et 181; L. M. DIONNE, « La survie de l'obligation alimentaire », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit familial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 25, p. 32, 36 et 54; J. PINEAU et D. BURMAN, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, par. 5, p. 10; A. POPOVICI et M. PARIZEAU-POPOVICI, *Le patrimoine familial – la révolution dans votre mariage et vos biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 95; M. PICCINI ROY, « Les atteintes législatives au principe de la liberté de tester », dans Collection de droit 2003-2004, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 411, p. 411.

28. Art. 808, 809 et 812 C.c.Q.

29. Art. 812, al. 2 C.c.Q.

30. *Roy c. Bédard*, [2001] R.J.Q. 644 (C.S.); J. BEAULNE, S. BINETTE, N. GAGNON et Y. PÉPIN (dir.), *loc. cit.*, note 27, p. 579; M.-A. LAMONTAGNE, « Pot-pourri sur la liquidation de succession », [1996] 2 *C.P. du N.* 115, p. 123; M.-A. LAMONTAGNE et G. COUPAL, « Autopsie, à deux têtes et à quatre mains, d'une liquidation », [2002] 1 *C.P. du N.* 53, p. 68; L. SAMOISSETTE, « Du mariage à la rupture: quelques problématiques en matière de partage de biens », (1996) 1 *C.P. du N.* 177, par. 9 et 12. *Contra*: M. DESROSIERS, « Conséquences de la réforme des pensions et de la loi sur le patrimoine au niveau de la planification testamentaire », dans *A.P.F.F. Congrès 90*, 1 067, p. 1 076 et 1 077; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 27, par. 51, p. 75-77.

droit successoral<sup>31</sup>, rien ne s'oppose à ce que le conjoint survivant puisse cumuler ces deux avantages<sup>32</sup>.

On comprend donc que les règles du patrimoine familial n'empêchent pas une personne de régler la dévolution des biens qui lui appartiennent et qui font partie du patrimoine familial puisque le propriétaire demeure libre de disposer de ses biens<sup>33</sup>. Toutefois, lorsque le testateur est débiteur à la suite du partage du patrimoine familial, le résultat du partage est de poser une restriction indirecte à sa liberté de tester, en diminuant la *valeur* du patrimoine dont il peut disposer à son décès. Étant donné que le patrimoine familial regroupe souvent la plus grande partie des biens possédés par un couple, cette limitation en valeur peut s'avérer importante par rapport à la valeur de l'ensemble de la succession.

### 1.1.2 Impact sur la composition du patrimoine successoral?

Si le patrimoine familial a pour effet de restreindre la liberté du testateur en valeur, nous ne croyons toutefois pas que cette restriction soit également en nature.

L'article 420 C.c.Q. dispose que lors du partage du patrimoine familial, le tribunal peut attribuer des biens à l'un des conjoints<sup>34</sup>. Selon

31. M.-A. LAMONTAGNE, *loc. cit.*, note 30, p. 123.

32. D'ailleurs, l'abrogation de l'article 624c C.c.B.C. et l'adoption de l'article 654 C.c.Q. qui dispose que la vocation successorale du conjoint survivant n'est pas subordonnée à la renonciation à ses droits et avantages matrimoniaux constituent des arguments supplémentaires en ce sens (J. BEAULNE, S. BINETTE, N. GAGNON et Y. PÉPIN (dir.), *loc. cit.*, note 27, p. 579). Pour ce qui est des décisions rendues sur cette question, mentionnons qu'en 1996, la Cour supérieure a jugé que le legs d'un bien faisant partie du patrimoine familial au conjoint survivant a pour effet d'acquitter la dette qui résulte du partage du patrimoine familial et que, pour cette raison, ce bien doit être exclu lors du calcul de la valeur partageable (*Brault c. Charade*, C.S. Terrebonne (Saint-Jérôme), n° 700-05-002369-936, 18 juillet 1996, j. Trudeau, J.E. 96-1691). Par contre, en 2001, la Cour a plutôt conclu qu'il y a lieu de permettre le cumul des droits résultant du patrimoine familial et ceux provenant du testament (*Roy c. Bédard*, précité, note 30). La Cour en est venue à cette conclusion après avoir fait remarquer que la liberté de tester ne peut avoir pour effet de modifier le résultat du calcul de la valeur partageable du patrimoine familial à moins d'une renonciation expresse et que contrairement au legs, le partage du patrimoine familial ne donne aucun droit dans la chose, mais bien un droit de créance. Cette dernière décision nous semble plus juste.

33. *Droit de la famille-977*, [1991] R.J.Q. 904, 908 (C.A.).

34. Soulignons que les auteurs sont d'avis que l'attribution de biens prévue à l'article 420 C.c.Q. n'est pas limitée aux biens inclus dans le patrimoine familial. J. BEAULNE, « Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession : droits irréconciliables? », (1989) 20 *R.G.D.* 669, p. 687; M. BOUDREAULT, « Le patrimoine familial : principes et commentaires », (1990) 21 *R.G.D.* 415, p. 469; P. CIOTOLA, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *R.D./N.S.*, « Famille », Doctrine-Document 2, Montréal, 2001, par. 148; C. LABONTÉ, « Le patrimoine familial », dans J.-P. SENÉCAL et comité de rédaction, *Droit de la famille québécois*, vol. 2, Québec, Farnham : C.C.H./F.M., (mis à jour), par. 96-530, p. 8940; N. GAGNON, « Les effets patrimoniaux de la rupture », dans C. BERNARD et D. SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, tome 2, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Adage, 1995, m. 8, p. 16; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 27, par. 97, p. 175. Soulignons toutefois qu'il ne semble pas possible que des biens du conjoint survivant

l'interprétation qui est faite de cet article, la liberté de tester des personnes mariées ou unies civilement pourrait, selon certains auteurs, être limitée *en nature* en raison de cette attribution possible<sup>35</sup>.

Si, à la lecture de cette disposition on comprend que le tribunal peut attribuer la propriété de biens du défunt au conjoint survivant lorsqu'on est en présence d'une succession légale, d'un legs universel ou de legs à titre universel, cette attribution de biens en paiement de la dette résultant du partage ne pose pas de problème particulier<sup>36</sup>. Comme les héritiers continuent la personne du défunt, il est logique qu'ils répondent des obligations de ce dernier<sup>37</sup>. Les biens attribués au conjoint survivant sont soustraits du patrimoine du défunt, ce qui a pour effet de réduire la valeur du patrimoine dont la personne décédée peut disposer librement.

Si on soutient plutôt que le pouvoir d'attribution conféré au tribunal prime la liberté du testateur et que le tribunal peut aussi attribuer des biens qui avaient été l'objet de legs à titre particulier<sup>38</sup>, on est alors en présence d'une véritable restriction à la liberté testamentaire *en nature*. Dans la mesure où le tribunal peut empêcher le paiement de legs à titre particulier en faveur de tiers en attribuant l'objet de ce legs au conjoint survivant, il y a une restriction directe à la liberté de tester du conjoint décédé<sup>39</sup>.

---

soient attribués à la succession, voir G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 27, par. 299, p. 169. Rappelons également que : « L'attribution de la propriété de biens n'est pas la règle. L'objectif n'est pas de déposséder un époux de ses biens, mais de faire bénéficier l'autre de leur valeur partageable ». Lire H.A. c. B.B., [2002] R.D.F. 733 (rés.), C.S. Frontenac (Thetford Mines), n° 235-12-003048-029, 21 mai 2002, j. Allard, par. 40.

35. G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 27, par. 299, p. 169.

36. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 34, p. 688 et 689.

37. *Id.*, p. 688.

38. C'est la position du professeur Ciotola qui s'appuie, en partie, sur les arguments invoqués par Jacques Auger en matière de paiement de la prestation compensatoire pour en arriver à cette conclusion (J. AUGER, « La réforme du droit de la famille : seconde étape », (1982) 5 *Les Cahiers, Supplément* 1, 37), P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 27, par. 213. Voir aussi M. JOLIN, « Droits matrimoniaux au Québec et planification successorale », dans Faculté de droit de l'Université McGill, *Planification successorale, Estate Planning*, Conférences Meredith Lectures 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 47, p. 85 ; Cette opinion semble partagée par le professeur Brière : G. BRIÈRE, *Précis du droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, par. 653, p. 432. Quant au comité de la Chambre des notaires du Québec, il expose que le propriétaire peut disposer de la résidence familiale par testament, mais sous réserve du droit d'attribution en vertu de la société d'acquêts, du paiement de la prestation compensatoire et du patrimoine familial, COMITÉ DU RÉPERTOIRE DE DROIT SUR LA FAMILLE, *La protection de la résidence familiale*, dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, R.D., « Famille », Doctrine-Document 4, Montréal, 1991, par. 32, p. 18, 19 et par. 45, p. 21. Dans une affaire où une maison n'avait toutefois pas été l'objet d'un legs à titre particulier, la Cour supérieure a mentionné que le pouvoir d'attribution conféré au tribunal en vertu de l'article 420 C.c.Q. est « une restriction à la liberté de tester ». *Arsenault et Marchessault*, [2000] R.D.I. 99, 102 (C.S.).

39. G. BRIÈRE, « Les successions », dans P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Traité de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, par. 339, p. 413 ; G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 27, par. 299, p. 169.

Comme le professeur Beaulne, nous sommes cependant d'avis que le pouvoir d'attribution conféré au tribunal ne prime pas la saisine du légataire particulier, du moins, dans tous les cas où la succession est solvable<sup>40</sup>. Le professeur Boudreault suggère également que ce pouvoir d'attribution soit interprété restrictivement afin qu'une telle attribution ne soit possible que lorsque la succession ne peut s'acquitter de son obligation en numéraire<sup>41</sup>. Mentionnons toutefois qu'à notre connaissance, aucun jugement n'a encore tranché la question.

Quelle que soit l'interprétation de l'article 420 C.c.Q. qui sera retenue, on constate néanmoins que le résultat du partage de la valeur du patrimoine familial peut restreindre de façon considérable la valeur du patrimoine du défunt qui est disponible pour le paiement des légataires et héritiers. Évidemment, toute personne qui ne désire pas être soumise aux règles du patrimoine familial a toujours un choix : celui de ne pas se marier ni s'unir civilement<sup>42</sup>. Toutefois, dès qu'une personne décide de le faire, une partie de la valeur de son patrimoine devra obligatoirement être transmise à son conjoint en vertu de ces règles.

Étant donné le nombre important de personnes mariées ou unies civilement – donc soumises aux règles du patrimoine familial – on comprend que cette restriction à la liberté de tester touche un bon nombre de testateurs.

Les règles sur la prestation compensatoire sont également susceptibles de s'appliquer à tous les conjoints mariés ou unis civilement à la suite du décès d'un conjoint<sup>43</sup>. Elles ont cependant une portée beaucoup plus restreinte parce qu'elles sont subordonnées à la situation particulière des conjoints.

## 1.2 La prestation compensatoire

Contrairement aux règles sur le patrimoine familial, les dispositions législatives sur la prestation compensatoire n'ont pas toujours un impact sur la valeur du patrimoine successoral. En effet, la situation conjugale du *de cuius* doit répondre à certaines conditions afin qu'une prestation compensatoire puisse être réclamée.

Rappelons que la prestation compensatoire est à la fois une mesure d'équité et une application de la théorie de l'enrichissement sans cause

40. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 34, p. 688-690.

41. M. BOUDREAULT, *loc. cit.*, note 34, p. 469.

42. Sur le « choix » de se marier ou non, lire les propos de la juge L'Heureux-Dubé (dissidente), dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 141 à 157. Lire aussi les propos du juge McLachlin (dissident), par. 153 et de la juge L'Heureux-Dubé, par. 95 à 102 dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

43. Art. 427 et 521.6 C.c.Q.

dans un contexte matrimonial<sup>44</sup>. Elle a pour but de compenser une injustice économique subie pendant le mariage ou l'union civile par un des conjoints qui a enrichi, par son apport, le patrimoine de l'autre conjoint<sup>45</sup>.

Seul le conjoint survivant peut demander une prestation compensatoire au décès de son conjoint. En effet, les tribunaux ont jugé qu'étant donné que la créance ne naît que lorsque le tribunal en fixe la valeur<sup>46</sup>, elle ne peut être transmise aux héritiers que si un jugement a statué sur son existence avant le décès<sup>47</sup>. Le caractère *intuitu personae* de la prestation compensatoire expliquerait également son intransmissibilité<sup>48</sup>. Le droit à une prestation compensatoire n'appartient qu'au conjoint survivant, à moins qu'un jugement n'ait été rendu en faveur du *de cuius* avant son décès<sup>49</sup>. Même dans le cas où une action a été intentée par un conjoint avant son décès, ses héritiers ne peuvent prétendre à la transmissibilité du droit à la prestation compensatoire si le jugement n'a pas été rendu<sup>50</sup>.

Lorsque le conjoint survivant veut réclamer une prestation compensatoire, il doit prouver qu'il répond à certaines conditions : un apport, un enrichissement, un lien de causalité entre les deux, une proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement, un appauvrissement concomitant de son patrimoine et une absence de justification à l'enrichissement de son conjoint<sup>51</sup>.

Le conjoint survivant dispose d'un an à compter du décès pour faire valoir son droit<sup>52</sup>. À l'instar du patrimoine familial, la prestation compensatoire ne confère aucun droit réel dans les biens du défunt au conjoint

---

44. *Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135, 152; *Droit de la famille-441*, [1988] R.J.Q. 291, 296 (C.A.); M.D. CASTELLI et D. GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. 109; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, par. 72 et 73, p. 59-62; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 27, par. 129; D. GOUBAU, « La prestation compensatoire », dans Jean-Pierre SENÉCAL et autres, *Droit de la famille québécois*, vol. 2, Farnham : C.C.H./F.M. (mis à jour), par. 90-075, p. 8021; M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 200; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 27, par. 17, p. 24.

45. N. GAGNON, *loc. cit.*, note 34, m. 8, p. 19.

46. Le jugement qui octroie une prestation compensatoire est donc constitutif du droit. *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, 1281; *Droit de la famille-2126*, [1995] R.J.Q. 546, 547 (C.S.); D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 44, par. 90-090, p. 8023.

47. *Droit de la famille-2126*, précité, note 46.

48. *Droit de la famille-441*, précité, note 44.

49. *Id.*

50. *Droit de la famille-2126*, précité, note 46.

51. Ces conditions d'octroi ont été énoncées par la Cour suprême dans deux arrêts-clés en la matière : *Lacroix c. Valois*, précité, note 46; *M.(M.E.) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183. Pour une étude plus détaillée des conditions d'octroi d'une prestation compensatoire, voir D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 44, par. 90-000, p. 8001 (mis à jour).

52. Art. 2928 C.c.Q.

survivant<sup>53</sup>. Toutefois, la prestation compensatoire versée au conjoint survivant a pour effet de diminuer d'autant la valeur du patrimoine du défunt qui est disponible pour payer les legs qu'il a prévus dans son testament.

### ***1.2.1 Diminution potentielle de la valeur du patrimoine successoral***

La valeur de la prestation compensatoire est fixée selon l'enrichissement procuré au patrimoine du défunt. Le montant de la prestation compensatoire peut être déterminé par accord entre les parties<sup>54</sup>. Si elles n'arrivent pas à s'entendre, c'est le tribunal qui doit fixer la valeur de la compensation<sup>55</sup>.

L'article 427 C.c.Q. expose ce dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer le montant de la prestation qui sera versé par la succession. Il s'agit « notamment » des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage ou, pour les conjoints unis civilement, le régime et le contrat d'union civile<sup>56</sup>. Le résultat du partage du patrimoine familial peut aussi influencer l'examen de la prestation compensatoire, mais il n'exclut pas la possibilité de réclamer une prestation<sup>57</sup>.

En cas de décès, le juge doit considérer « en outre » les avantages que procure la succession au conjoint survivant<sup>58</sup>. Sont ainsi considérés les

53. Sauf dans le cas où le tribunal attribue la propriété d'un bien au conjoint survivant en paiement de sa dette, art. 429 C.c.Q.

54. Art. 429 C.c.Q.

55. Art. 429 C.c.Q.

56. Rappelons que l'octroi d'une prestation compensatoire est rarissime pour des conjoints mariés sous un régime matrimonial de type communautaire. *Droit de la famille-1094*, [1987] R.D.F. 203, 212; *Droit de la famille-485*, [1990] R.D.F. 212 (C.A.); *Droit de la famille-748*, C.A. Montréal, n° 500-09-000451-880, 20 novembre 1989, jj. Jacques, Proulx et Chevalier, J.E. 90-136; *Droit de la famille-629*, [1989] R.J.Q. 804 (C.A.); M. D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec : projet de Code civil et Loi sur le divorce*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 121; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 27, par. 148; A. COSSETTE, « La prestation compensatoire et le contrat de mariage », [1981] 1 *C.P. du N.* 189, p. 192; N. GAGNON, *loc. cit.*, note 34, m. 8, p. 19; M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », [1981] 1 *C.P. du N.* 157, par. 32, p. 169; M. JOLIN, *loc. cit.*, note 38, p. 89; J.-P. SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Collection Manuel du praticien, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 127.

57. *Droit de la famille-2528*, C.A. Québec, n° 200-09-000720-927, 17 octobre 1996, jj. Gendreau, Chamberland et Nuss, J.E. 96-2100; *Droit de la famille-2446*, C.A. Montréal, n° 500-09-000980-946, 11 juin 1996, jj. Vallerand, Nuss et Forget, J.E. 96-1351. Rappelons toutefois que la prestation compensatoire ne doit pas avoir pour but de procéder à un partage inégal du patrimoine familial puisqu'un mécanisme à cette fin est déjà prévu à l'intérieur des règles qui régissent le partage du patrimoine familial. *Droit de la famille-3481*, C.A. Montréal, n° 500-09-001557-958, 1<sup>er</sup> décembre 1999, jj. Beauregard, Thibault et Denis, J.E. 2000-12; *Droit de la famille-3415*, [1999] R.D.F. 629 (C.A.).

58. Art. 427 C.c.Q.

legs en sa faveur, les droits dont il jouit à titre d'héritier testamentaire ou *ab intestat* de même que les donations à cause de mort dont il bénéficie<sup>59</sup>. Même si le législateur ne le mentionne pas expressément, il semble que l'on doive également tenir compte des autres avantages conférés au conjoint survivant telles les assurances, les rentes et les pensions de retraite, même si ceux-ci ne font pas partie de la succession lorsque le conjoint survivant en est le bénéficiaire désigné<sup>60</sup>. L'emploi des expressions « notamment » et « en outre » semble justifier la considération de ces avantages par le tribunal dans la détermination de la compensation<sup>61</sup>. Le tribunal peut aussi tenir compte de l'augmentation de valeur dont les biens enrichis ont bénéficié lorsqu'il fixe le montant de la prestation compensatoire<sup>62</sup>.

Étant donné que le décès d'un conjoint est l'une des circonstances où il est possible de réclamer une prestation compensatoire, cet effet du mariage et de l'union civile est susceptible d'avoir un impact sur la valeur du patrimoine successoral<sup>63</sup>. Qui plus est, comme la prestation compensatoire est assimilée à une charge ou à une dette de la succession, elle a priorité sur le paiement des legs et des créances alimentaires<sup>64</sup>.

La prestation compensatoire constitue donc une autre restriction indirecte et *en valeur* à la liberté testamentaire qui résulte de l'état civil des conjoints. Elle n'est susceptible de s'appliquer qu'aux gens mariés ou unis civilement, et ce, à la condition que le conjoint survivant en fasse la demande dans les délais et qu'il réponde aux conditions d'octroi. En conséquence, cette restriction est de moindre portée que celle créée par le patrimoine familial qui s'applique à tous les conjoints mariés ou unis civilement quelle que soit leur situation, sauf en cas de renonciation aux conditions prévues par la loi et selon les termes prescrits. De la même façon qu'en matière de patrimoine familial, nous croyons que cette restriction n'est qu'une limitation en valeur.

59. *Droit de la famille-650*, [1989] R.D.F. 329 (C.S.).

60. M. GUY, *loc. cit.*, note 56, par. 31, p. 168 et 169; M. JOLIN, *loc. cit.*, note 38, p. 91; J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 56, p. 130.

61. M. GUY, *loc. cit.*, note 56, par. 31, p. 168 et 169; M. JOLIN, *loc. cit.*, note 38, p. 91; J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 56, p. 130.

62. *Droit de la famille-3057*, [1998] R.J.Q. 1757 (C.A.). Dans cette affaire, le juge actualise la contribution pécuniaire en la transposant « en dollars d'aujourd'hui ». Voir également *Droit de la famille-739*, [1990] R.D.F. 22 (C.A.). M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 44, p. 117: les auteurs soulignent qu'on doit aussi considérer l'augmentation de valeur qui résulte de « facteurs extérieurs ».

63. Art. 427 C.c.Q.

64. Art. 809 et 812 C.c.Q. *Droit de la famille-335*, [1987] R.J.Q. 421 (C.S.).

### 1.2.2 Impact sur la composition du patrimoine successoral?

Les dispositions législatives qui portent sur la prestation compensatoire prévoient – comme celles sur le patrimoine familial<sup>65</sup> – que le tribunal peut attribuer des droits dans des biens à l'un des conjoints ou au conjoint survivant en paiement de la compensation<sup>66</sup>.

Comme les héritiers du conjoint décédé ne peuvent réclamer une prestation compensatoire au conjoint survivant au nom de la succession<sup>67</sup>, le tribunal ne peut attribuer de droits à la succession en vertu de l'article 429 C.c.Q. Seul le conjoint survivant peut se prévaloir de cette disposition.

Le Code civil ne précise pas quels sont les biens qui peuvent être attribués au conjoint survivant. La plupart des juristes semblent d'avis que le tribunal n'est pas limité aux biens énumérés à l'alinéa 2 de l'article 429 C.c.Q., c'est-à-dire à la résidence familiale, aux meubles qui servent à l'usage du ménage et aux droits accumulés au titre d'un régime de retraite<sup>68</sup>.

Comme en matière de patrimoine familial, l'attribution d'un bien qui n'est pas dévolu à un légataire à titre particulier ne constitue qu'une limitation *en valeur* à la liberté testamentaire. Toutefois, si on considère que le tribunal a aussi le pouvoir d'attribuer un bien qui avait été légué à titre particulier, il s'agit alors d'une véritable restriction en nature à la liberté de tester<sup>69</sup>.

Mentionnons cependant que nous ne sommes pas convaincus que le pouvoir d'attribution du tribunal prime la liberté testamentaire. Une telle limite en nature à la liberté de tester serait encore plus surprenante en matière de prestation compensatoire qu'en matière de patrimoine

---

65. Art. 420 C.c.Q.

66. Art. 429 C.c.Q.

67. *Droit de la famille-2126*, précité, note 46.

68. *Droit de la famille-1987*, [1994] R.J.Q. 1279 (C.S.); *Droit de la famille-861*, [1990] R.J.Q. 1903, 1904 et 1905 (C.S.); G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 38, par. 499, p. 342; M.D. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1990, p. 127 et 128; M. D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 56, p. 126; M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 44, p. 119; N. GAGNON, *loc. cit.*, note 34, m. 8, p. 26. *Contra*: « Les biens en question sont vraisemblablement ceux que mentionne l'article 429, al. 2 C.c.Q. » G. BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1997, par. 557, p. 373 et 374; G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 39, par. 675, p. 786.

69. Des auteurs semblent considérer qu'il doit y avoir réduction ou caducité du legs de façon à permettre l'attribution du bien au conjoint survivant par le tribunal. J. AUGER, *loc. cit.*, note 38, p. 37; S. BINETTE, *Régimes matrimoniaux: fonctionnement-dissolution-liquidation*, dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *R.D.*, « Famille », Doctrine-Documents 8, Montréal, 1991, par. 252, p. 111; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 34, par. 52; G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 38, p. 432; C. CHARRON, « Récentes modifications au droit des successions », [1983] 1 *C.P. du N.* 287, par. 225 et 226, p. 321; COMITÉ DU RÉPERTOIRE DE DROIT SUR LA FAMILLE, *loc. cit.*, note 38, par. 32, p. 18 et 19 et par. 45, p. 21.

familial. On a vu que le jugement qui accorde une prestation compensatoire est constitutif du droit<sup>70</sup>. Contrairement au patrimoine familial, le droit à une prestation compensatoire n'est pas automatique et c'est le jugement qui constitue la créance qui peut motiver l'attribution de biens en paiement. On sait également que la succession d'une personne s'ouvre par son décès et que l'acceptation d'un héritier ou d'un légataire « confirme la transmission qui s'est opérée de plein droit au moment du décès<sup>71</sup> ». En conséquence, nous croyons que le conjoint survivant qui demande qu'on lui octroie une prestation compensatoire à la suite du décès ne peut se voir attribuer un bien qui a été légué à titre particulier puisque le legs, qui a pris effet dès le jour du décès, a fait sortir ce bien du patrimoine du défunt avant que naisse le droit à une prestation compensatoire. Le pouvoir d'attribution accordé au tribunal ne devrait donc pas primer la saisine du légataire particulier<sup>72</sup>. La restriction imposée à la liberté testamentaire par les règles sur la prestation compensatoire ne serait donc, dans tous les cas, qu'*en valeur*.

À la manière des règles sur le patrimoine familial, les règles sur la prestation compensatoire constituent une restriction à la liberté testamentaire liée à l'état civil du testateur. Les dispositions législatives sur la prestation compensatoire sont toutefois susceptibles de s'appliquer à un nombre moins important de testateurs que celles sur le patrimoine familial puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux conjoints mariés ou unis civilement qui répondent aux conditions énoncées précédemment.

D'autres dispositions législatives qui ne dépendent pas exclusivement de l'état civil du *de cuius*, mais bien de sa situation familiale générale, peuvent aussi avoir un effet sur la valeur du patrimoine que celui-ci peut transmettre à ses héritiers et à ses légataires.

## 2. RESTRICTIONS LIÉES À LA SITUATION FAMILIALE : LA SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Les dispositions législatives sur la survie de l'obligation alimentaire sont celles qui restreignent le plus explicitement la liberté testamentaire.

Ces règles ont été introduites dans le Code civil par la même loi qui a introduit les dispositions législatives concernant le patrimoine familial<sup>73</sup>.

70. *Lacroix c. Valois*, précité, note 46, 1281 ; *Droit de la famille-2126*, précité, note 46, 547 ; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 44, par. 90-000, p. 8001 (mis à jour), par. 90-090, p. 8023. Le jugement qui attribue un droit de propriété en paiement de la prestation compensatoire est également constitutif et non déclaratif de droit : *Droit de la famille-1714*, [1993] R.D.F. 61, 63 (C.A.).

71. Art. 645 C.c.Q. Voir également les articles 613 et 619 C.c.Q.

72. À ce sujet, voir J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 34, p. 689.

73. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, précitée, note 10.

Contrairement aux dispositions législatives sur le patrimoine familial et sur la prestation compensatoire qui s'appliquent également à la suite d'une séparation de corps, d'un divorce, d'une dissolution ou d'une nullité du mariage ou de l'union civile, les règles sur la survie de l'obligation alimentaire ont été adoptées précisément pour être appliquées à la suite d'un décès.

À l'instar des règles sur le patrimoine familial et des règles sur la prestation compensatoire, les dispositions législatives qui traitent de la survie de l'obligation alimentaire sont d'ordre public et le défunt ne peut en contourner l'application, que ce soit par l'intermédiaire de son testament ou de libéralités<sup>74</sup>.

Ces dispositions viennent explicitement limiter l'étendue de la liberté de tester<sup>75</sup> puisqu'elles empêchent qu'une personne puisse laisser dans le besoin certaines personnes déterminées par la loi<sup>76</sup>. Le testateur ne peut donc disposer de la valeur totale de son patrimoine qu'à la condition d'avoir répondu aux besoins de ses créanciers d'aliments. Dans le cas contraire, ceux-ci peuvent réclamer un montant à la succession.

## 2.1 Droit alimentaire et non pas droit à l'héritage

La Cour d'appel a confirmé que les dispositions législatives sur l'obligation alimentaire après décès ont un caractère alimentaire et qu'elles n'ont pas pour but de permettre à certaines personnes d'obtenir une portion de la masse successorale dont elles croient avoir été injustement privées<sup>77</sup>.

L'obligation alimentaire n'a pas pour but de répondre à une obligation morale du défunt en vertu de laquelle il devrait obligatoirement avantager certaines personnes ou les avantager toutes en parts égales, pas

74. Art. 687, 689-691 et 693-695 C.c.Q.; *Droit de la famille-2060*, [1994] R.D.F. 789 (C.S.) (rés.); P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 27, par. 27 et 182; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 34, par. 44; S. PILON, « La survie de l'obligation alimentaire », dans J.-P. SENÉCAL et autres, *Droit de la famille québécois*, vol. 2, Farnham, C.C.H./F.M. (mis à jour), par. 75-120, p. 6213.

75. *Droit de la famille-3584*, [2000] R.D.F. 281 (C.S.); *P.M.R. (Succession de) c. C.G.R.*, [2002] R.J.Q. 1871, par. 18. J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 56, p. 133; D. WATERS, « Invading the Succession on Behalf of the Family – Europe, and Common law Canada and Quebec », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 71, p. 100.

76. J. BEAULNE, « Liquidateur successoral, déclaration de transmission, conjoint de fait et succession *ab intestat*, survie de l'obligation alimentaire », [1996] 2 *C.P. du N.* 93, p. 104; S. PILON, *loc. cit.*, note 74, par. 75-105, p. 6212.

77. *Droit de la famille-2310*, [1997] R.J.Q. 859 (C.A.). Voir également *R.M. c. W.C.*, [2004] R.D.F. 289 (C.S.); *A.-L. (S.) c. G. (S.)*, [2001] R.L. 241 (C.S.); *Droit de la famille-3584*, précité, note 75; *Droit de la famille-1402*, [1991] R.J.Q. 1668 (C.S.).

plus qu'elle n'a pour but de compenser la privation d'un héritage<sup>78</sup>. Elle vise à permettre aux membres de la famille immédiate ou aux personnes à la charge du défunt de répondre à leurs besoins alimentaires<sup>79</sup>.

Contrairement à une réserve successorale, le droit à une obligation alimentaire après décès nécessite qu'une preuve des besoins du créancier soit faite<sup>80</sup>. En conséquence, même si la succession a une valeur considérable, le créancier alimentaire n'a pas automatiquement droit à une contribution. Le juge demeure tenu d'évaluer les besoins du créancier alimentaire pour déterminer si la succession doit lui verser une contribution financière et pour fixer le montant de cette contribution s'il y a lieu<sup>81</sup>. Le créancier alimentaire a jusqu'à un maximum de six mois après le décès pour présenter une demande<sup>82</sup>.

## 2.2 Créanciers d'aliments

La qualité de créancier alimentaire est reconnue aux conjoints mariés ou unis civilement, aux parents en ligne directe au premier degré<sup>83</sup> et à l'ex-conjoint qui percevait une pension<sup>84</sup>, sans égard au fait que ceux-ci soient ou non héritiers ou légataires de la succession<sup>85</sup>. Un créancier alimentaire peut réclamer une contribution, que la succession soit légale ou

78. Ce type d'interprétation avait été retenu par la Cour supérieure dans la décision *Droit de la famille-2310*, [1996] R.J.Q. 93 (C.S.), mais cette décision a été renversée, voir [1997] R.J.Q. 859 (C.A.). Sur la reconnaissance d'une obligation « morale » du *de cuius*, voir *Tataryn c. Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807 (en appel de la Colombie-Britannique).

79. J. BEAULNE, « Commentaires sur les articles 607.4 et 607.5 C.c.B.C. ou la mutation d'une réserve héréditaire en contribution alimentaire post mortem », (1990) 92 *R. du N.* 573, p. 584.

80. Art. 686 C.c.Q. *Droit de la famille-3584*, précité, note 75, 281 ; *Droit de la famille-2310*, précité, note 77.

81. *Droit de la famille-2310*, précité, note 77 ; *Droit de la famille-3584*, précité, note 75.

82. Art. 684, al. 1 C.c.Q. Certains soutiennent que lorsque le créancier alimentaire est aussi un héritier, la prescription serait suspendue en vertu de l'article 2907 C.c.Q. qui dispose que la prescription ne court pas contre l'héritier pour les créances qu'il a contre la succession. Selon cette interprétation, le créancier alimentaire qui est aussi un héritier pourrait ainsi introduire sa demande au-delà des six mois qui suivent le décès (voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 412, p. 209). Bien que cette interprétation ait déjà été retenue par la Cour supérieure (*Droit de la famille-3124*, C.S. Saint-François (Sherbrooke), n° 450-04-002800-984, 17 août 1998, j. Tôth), certains émettent des réserves quant à cette extension du délai pour les héritiers puisque la qualité d'héritier n'est pas nécessaire pour l'introduction d'une telle demande. *Droit de la famille-3723*, J.E. 2000-1877 (C.S.) ; S. PILON, *loc. cit.*, note 74, par. 75-230, p. 6234.

83. Art. 585 C.c.Q.

84. Art. 15 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> supp.) et 685, al. 2 C.c.Q. L'ex-conjoint est le seul créancier alimentaire à devoir remplir cette condition. La Cour d'appel a toutefois expliqué le sens qu'il fallait donner à l'expression « qui percevait effectivement des aliments ». Cette expression doit être appréciée selon le comportement du créancier alimentaire et non celui du débiteur qui peut refuser de verser une pension même si le conjoint créancier y a droit. *Droit de la famille-1921*, [1994] R.J.Q. 303 (C.A.).

85. Art. 684, al. 2 C.c.Q. ; rappelé dans *Droit de la famille-1516*, [1992] R.D.F. 50 (C.S.).

testamentaire, mais il ne doit pas être indigne de succéder au défunt<sup>86</sup>. Le droit à une contribution existe même si le créancier n'a jamais exercé son droit à des aliments avant le décès du débiteur alimentaire, sauf pour l'ex-conjoint<sup>87</sup>.

Ces personnes peuvent se voir octroyer une somme à titre alimentaire par la succession, mais il ne s'agit que d'une possibilité car en plus de répondre à la définition de créancier d'aliments, elles doivent se qualifier selon les règles qui ont été prévues au Code civil et la succession doit être solvable<sup>88</sup>.

### 2.3 Fixation de la contribution

Le Code civil énumère les éléments qui doivent être considérés pour fixer le montant de la contribution alimentaire. Ce montant dépend de la valeur du patrimoine successoral et du lien qui existe entre le créancier alimentaire et le défunt.

Lorsque le créancier alimentaire est un ex-conjoint qui percevait effectivement une pension au moment du décès, la contribution alimentaire maximale à laquelle il a droit est égale au moindre de douze mois d'aliments ou de dix pour cent (10 %) de la valeur de la succession<sup>89</sup>.

Dans tous les autres cas, la contribution alimentaire est fixée en accord avec le liquidateur de la succession qui agit avec le consentement des héritiers et des légataires particuliers ou, à défaut d'entente, par le tribunal<sup>90</sup>.

Les principaux éléments dont il doit être tenu compte pour fixer les contributions alimentaires sont énoncés à l'article 686 C.c.Q. Il s'agit des besoins et des facultés du créancier qui fait la demande, des circonstances dans lesquelles il se trouve et du temps qui lui est nécessaire pour parvenir à une autonomie suffisante. Ces éléments sont les mêmes qu'en matière de recours alimentaire du vivant du débiteur<sup>91</sup>. Si le créancier percevait des aliments du défunt au moment du décès, il doit être tenu compte du montant des versements qui avait été fixé par le tribunal pour le paiement de la pension alimentaire ou de la somme forfaitaire accordée à titre

86. Art. 684, al. 2 et 620-622 C.c.Q.

87. Art. 684, al. 2 et 685, al. 2 C.c.Q.

88. Une contribution alimentaire peut aussi être versée, même si la succession n'est pas solvable, s'il y a réduction des libéralités en vertu de l'article 689 C.c.Q.

89. Art. 685, al. 2 et 688, al. 2 C.c.Q. Cette contribution alimentaire n'a pas à être fixée par le liquidateur ou le tribunal, elle est prévue par la loi. *Droit de la famille-1921*, précité, note 84, 307. Mentionnons que nous avons retrouvé une décision où le tribunal a jugé qu'une « ex-conjointe séparée de corps est une ex-conjointe tel que prévu à l'article 688 C.c.Q. » *R.L. c. É.B.*, [2003] R.J.Q. 265 (C.S.), par.16.

90. Art. 685, al. 2 C.c.Q.

91. Art. 587 C.c.Q.; *Droit de la famille-2563*, [1997] R.D.F. 80 (C.S.).

d'aliments<sup>92</sup>. L'actif de la succession, les avantages procurés au créancier alimentaire par celle-ci, les besoins et les facultés des héritiers et des légataires particuliers ainsi que, s'il y a lieu, le droit aux aliments que d'autres personnes peuvent faire valoir doivent également être considérés<sup>93</sup>.

Une contribution financière maximale – aussi appelée « plafond de la contribution » par la doctrine – a été fixée à l'intérieur du Code civil. Ce plafond de la contribution dépend du créancier alimentaire qui fait la demande, de la valeur du patrimoine successoral et/ou des aliments que le créancier percevait au moment du décès.

La contribution financière maximale que le conjoint survivant ou les descendants au premier degré peuvent réclamer ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle ce créancier aurait pu prétendre si la succession, incluant la valeur des libéralités, avait été dévolue selon la loi et ce qu'il reçoit de la succession<sup>94</sup>. Par exemple, si le défunt laisse dans le deuil un enfant et un conjoint marié ou uni civilement, le conjoint survivant peut réclamer jusqu'à concurrence d'un maximum de un sixième (1/6) de la valeur de la succession et l'enfant jusqu'à un tiers (1/3), incluant la valeur des libéralités dans les deux cas. Le conjoint survivant ou les descendants au premier degré du défunt doivent toutefois soustraire du montant calculé ci-dessus, ce qu'ils reçoivent de la succession pour connaître la valeur maximale de la contribution à laquelle ils peuvent prétendre<sup>95</sup>.

Mentionnons qu'en ce qui concerne le conjoint survivant, les auteurs sont d'avis que les droits qui résultent de la dissolution du mariage avec le défunt ne doivent pas être considérés au titre de ce que le conjoint survivant reçoit de la succession<sup>96</sup>. Ainsi, ne devrait pas être comptabilisé ce que le conjoint survivant reçoit à titre de copartageant du patrimoine familial, en vertu de son régime matrimonial ou d'union civile, de conventions matrimoniales ou à titre de prestation compensatoire. La valeur de la contribution alimentaire maximale qu'il pourrait réclamer n'est donc pas diminuée directement en fonction de ses droits qui résultent de la

---

92. Art. 686, al. 1 C.c.Q.

93. Art. 686, al. 2 C.c.Q.

94. Art. 688, al. 1 C.c.Q. Même si le Code civil ne le mentionne pas expressément, il s'agit de la valeur nette de la succession: J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 428, p. 217; S. PILON, *loc. cit.*, note 74, par. 75-210, p. 6232. À titre d'exemples, voir aussi *Droit de la famille-2747*, [1997] R.D.F. 640 (C.S.) et *Droit de la famille-2667*, [1997] R.D.F. 338 (C.S.).

95. Art. 688, al. 1 C.c.Q.

96. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 444, p. 226; G. BRIÈRE, « L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur », (1989) 20 *R.G.D.* 647, par. 18, p. 659; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 27, par. 192; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 34, par. 48; S. PILON, *loc. cit.*, note 74, par. 75-180, p. 6229 et 6230.

dissolution du mariage ou de l'union civile. Le fait que le cumul des droits successoraux et matrimoniaux soit permis depuis l'abrogation de l'article 624c C.c.B.C. appuie cette thèse. Mentionnons, de plus, que le conjoint survivant ne reçoit pas ces droits « de la succession » tel qu'il est indiqué à l'article 688 C.c.Q., mais bien de son conjoint. Toutefois, même si les droits qui résultent de la dissolution du mariage n'ont pas à être soustraits du montant de la contribution financière maximale que le conjoint survivant peut réclamer, ils influencent néanmoins la valeur de la contribution financière. En effet, l'ensemble des droits du conjoint survivant qui résultent de la dissolution de son mariage avec le défunt, tout comme ses droits découlant du décès, ont nécessairement un effet indirect lors du calcul de la contribution alimentaire réclamée par le conjoint survivant, puisque l'augmentation du capital possédé par ce dernier a pour effet de réduire ses besoins.

La contribution alimentaire maximale à laquelle peuvent avoir droit le conjoint survivant ou les descendants au premier degré peut être limitée par un second plafond, selon l'interprétation qu'on fait de l'article 688 C.c.Q. Il existe à ce sujet une incertitude quant à savoir si la contribution alimentaire maximale due au conjoint survivant ou aux enfants doit être limitée ou non en vertu de ce qui est prévu au deuxième alinéa de l'article 688 C.c.Q. lorsque le conjoint survivant ou les descendants au premier degré percevaient des aliments à l'époque de la succession<sup>97</sup>.

Lorsque le créancier alimentaire est le conjoint survivant ou un enfant du défunt, l'article 688 C.c.Q. dispose que la contribution « ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre si toute la succession, *y compris la valeur des libéralités*, avait été dévolue suivant la loi et ce qu'il reçoit de la succession » (nos italiques). Pour fixer le montant de la contribution financière maximale qui peut être versée au conjoint survivant ou aux enfants, il faut ajouter à la valeur du patrimoine successoral la valeur des libéralités faites par le défunt par

---

97. Dans la plupart des jugements, le plafond mentionné à l'article 688, al. 2 C.c.Q. n'est pas appliqué au conjoint survivant ni aux descendants. Voir *Droit de la famille-2588*, [1997] R.D.F. 121 (C.S.); *Droit de la famille-2720*, [1997] R.J.Q. 2285 (C.S.); *Droit de la famille-2747*, précité, note 94. Au moins une décision a toutefois appliqué un triple plafond, c'est-à-dire que la contribution financière maximale pour le conjoint survivant ou pour les descendants au premier degré qui percevait des aliments à l'époque de la succession ne pourrait excéder le moindre de: 1) six mois d'aliments; 2) la différence entre la moitié de la part à laquelle le conjoint survivant ou les descendants au premier degré auraient pu prétendre si la succession, incluant la valeur des libéralités, avait été dévolue selon la loi et ce qu'il reçoit de la succession; 3) dix pour cent (10 %) de la succession. Voir *Droit de la famille-3569*, [2000] R.D.F. 347 (C.S.) (rés.) et *Droit de la famille-2136*, [1995] R.J.Q. 579 (C.S.). Pour une discussion des différentes interprétations de l'article 688 C.c.Q., lire C. MORIN, « Les droits patrimoniaux du conjoint survivant et la masse successorale » (2003) 105 *R. du N.* 9, 49-52.

acte entre vifs dans les trois années qui précèdent le décès ainsi que la valeur des libéralités ayant pour terme le décès<sup>98</sup>.

La valeur du patrimoine successoral utilisée pour calculer la contribution maximale payable au conjoint survivant ou aux descendants au premier degré est donc un patrimoine successoral fictif, comptable ou mathématique<sup>99</sup>.

Cette prise en compte d'un patrimoine successoral fictif a pour effet de réduire davantage la liberté du *de cuius* quant à la transmission de son patrimoine à son décès car elle diminue de façon encore plus importante la valeur du patrimoine dont il peut disposer.

Pour ce qui est de la contribution alimentaire maximale que peut réclamer un ascendant au premier degré, elle est limitée au moindre de six mois d'aliments ou de dix pour cent (10 %) de la valeur de la succession<sup>100</sup>. Aucun patrimoine successoral fictif n'est considéré dans ce cas.

## 2.4 Paiement de la contribution

Lorsqu'une personne a droit à une contribution alimentaire à la suite du décès, cette contribution est payée sous forme de somme forfaitaire comptant ou par versements, contrairement à l'obligation alimentaire du vivant du débiteur qui est habituellement payable sous forme de pension<sup>101</sup>.

Rappelons qu'il n'y a pas de *préférence* entre les créanciers alimentaires et que le droit de chacun d'eux vient en concurrence avec celui que peuvent faire valoir les autres créanciers alimentaires<sup>102</sup>. Lorsque l'actif de la succession est insuffisant pour payer en totalité la contribution due au conjoint survivant ou aux descendants au premier degré – ce qui est possible étant donné que la valeur fictive du patrimoine successoral peut être

98. Art. 687 C.c.Q. Le professeur Brière explique qu'on ne doit pas ignorer les legs car « s'ils ne font pas partie des libéralités qu'il faut ajouter fictivement à la masse, ils font effectivement partie de la masse; il faut en dire autant des donations à cause de mort »: G. BRIÈRE, *loc. cit.*, note 96, par. 17, p. 658 et 659. La Cour supérieure a jugé que la rente du conjoint survivant octroyée en vertu du Régime de rentes du Québec de même que l'assurance prêt hypothécaire ne constituent pas des libéralités aux fins de ce calcul fictif (*Droit de la famille-2588*, précité, note 97). Par ailleurs, la Cour d'appel a réitéré que ce ne sont pas toutes les libéralités faites par le défunt dans les trois ans précédant son décès ou ayant pour terme son décès qui sont présumées faire partie de l'actif de la succession (*L.C. c. M.B.*, [2001] R.D.F. 1, par. 22 (C.A.)).

99. Voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 430, p. 218; J. BEAULNE, « Les successions (Ouverture, transmission, dévolution, testaments) », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil: personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 241, par. 122, p. 284.

100. Art. 688, al. 2 C.c.Q.

101. Art. 589 et 685, al. 1 C.c.Q. Le tribunal n'a aucune discrétion et l'argent doit être versé sous forme de somme forfaitaire. *Droit de la famille-2667*, précité, note 94.

102. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 421, p. 214; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 99, par. 119, p. 283; G. BRIÈRE, *loc. cit.*, note 96, par. 16, p. 657.

supérieure à sa valeur réelle<sup>103</sup> – le tribunal peut ordonner la réduction des libéralités faites par actes entre vifs dans les trois ans précédant le décès ou de celles ayant pour terme le décès, afin d'être en mesure de payer leur contribution<sup>104</sup>. Pour que cette réduction soit possible, le créancier alimentaire ne doit toutefois pas avoir consenti à ces libéralités<sup>105</sup>. Par ailleurs, si le créancier a reçu de telles libéralités, elles doivent être imputées sur sa créance<sup>106</sup>.

On constate qu'en plus d'avoir pour effet de restreindre la valeur du patrimoine dont le testateur peut librement disposer à son décès, les règles concernant la survie de l'obligation alimentaire peuvent aussi avoir des répercussions sur les libéralités qu'il a consenties dans les trois ans précédant son décès. Par contre, il ne faut pas oublier que le droit à des aliments est anéanti si la succession n'est pas solvable et qu'il n'y a pas de libéralités à réduire puisque seule la succession est tenue au paiement des aliments après le décès et que les légataires et les héritiers ne peuvent être tenus personnellement responsables du paiement des créances alimentaires<sup>107</sup>.

Néanmoins, la situation de certains créanciers d'aliments peut s'avérer meilleure que celle des créanciers de la succession, car en cas d'insuffisance de la succession, seuls le conjoint survivant et les descendants au premier degré du défunt peuvent, à titre de créanciers alimentaires, bénéficier de la réduction des libéralités<sup>108</sup>.

## CONCLUSION

Bien que l'article 703 C.c.Q. pose toujours le principe de la liberté testamentaire, les dispositions législatives relatives au patrimoine familial, à la prestation compensatoire et à la survie de l'obligation alimentaire sont susceptibles de restreindre l'étendue de cette liberté en limitant la valeur du patrimoine que le testateur peut transmettre à son décès. Depuis les années 80, il n'est donc plus possible de parler de liberté « illimitée » de tester des Québécois.

Vraisemblablement parce qu'il est ardu pour le testateur d'évaluer les montants qui pourraient éventuellement être réclamés à sa succession, ce dernier peut chercher à contrôler l'effet des dispositions législatives étudiées sur son patrimoine successoral. À cette fin, des testateurs insèrent

---

103. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 24, par. 436, p. 221; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 99, par. 126, p. 285; S. PILON, *loc. cit.*, note 74, par. 75-157, p. 6224.

104. Art. 689, al. 1 C.c.Q.

105. Art. 689, al. 2 C.c.Q.

106. Art. 689, al. 2 C.c.Q.

107. M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 44, p. 289.

108. Art. 689 C.c.Q.

différentes clauses dans leur testament dans le but d'éviter certaines réclamations. Conseillé par son notaire ou son avocat, un testateur peut stipuler que les legs à son conjoint sont faits à la condition expresse que celui-ci renonce purement et simplement à tous les droits, titres et intérêts qu'il pourrait détenir ou auxquels il pourrait prétendre à l'encontre de sa succession, à l'égard de la prestation compensatoire, ou à l'égard du partage du patrimoine familial. Un testateur peut également soumettre un legs à la condition que le légataire ne réclame aucune contribution alimentaire.

Rappelons d'abord qu'une telle condition relative à la renonciation à toute réclamation d'une contribution alimentaire a déjà été déclarée non écrite parce que jugée contraire à l'ordre public<sup>109</sup>. Soulignons ensuite que même si une telle clause était jugée valide, elle pourrait néanmoins s'avérer « dangereuse » pour un successible et particulièrement pour un conjoint « pressé » d'accepter la succession, qui agirait avant d'avoir pris le temps d'effectuer certains calculs ou d'envisager certaines possibilités<sup>110</sup>.

À titre d'exemple, si la succession contient beaucoup de dettes – sans obligatoirement être insolvable –, comme les dettes sont payées avant tous les legs, le conjoint survivant pourrait alors avoir avantage à renoncer à la succession afin de pouvoir réclamer les droits qui résultent de son mariage ou de son union civile, au même titre que les autres créanciers ordinaires de la succession, en plus de ses droits à titre de créancier d'aliments<sup>111</sup>. De même, le conjoint survivant pourrait avoir avantage à renoncer à la succession si plusieurs personnes se présentent pour réclamer une contribution alimentaire puisque les droits qui résultent de la dissolution de son mariage ou de son union civile sont payés avant les créances alimentaires<sup>112</sup>. Ce n'est qu'une fois tous les créanciers payés, incluant les créanciers alimentaires, que seront payés les légataires à titre particulier<sup>113</sup>.

« L'ingénierie juridique<sup>114</sup> » peut parfois comporter certains dangers pour le successible ou le légataire non averti. Le testateur doit donc être doublement prudent lorsqu'il rédige son testament puisqu'il doit prévoir non seulement les effets des dispositions législatives qui restreignent sa liberté de tester, mais aussi les effets possibles des clauses qu'il stipule dans le but d'éviter les effets de ces dispositions législatives!

109. *Droit de la famille-2060*, précité, note 74, C.S. Montréal, n° 500-12-164036-877, 29 septembre 1994, j. Bishop. Mentionnons toutefois que la possibilité de soumettre des legs à une renonciation au partage du patrimoine familial avait été discutée à l'Assemblée nationale. Voir ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des débats, Commissions parlementaires, Commission des institutions, 2<sup>e</sup> session, 33<sup>e</sup> législature, p. CI-2678.

110. Rappelons que l'acceptation d'une succession est irrévocable, art. 648 C.c.Q.

111. Art. 809 et 812 C.c.Q.

112. Art. 812 C.c.Q.

113. Art. 812, al. 2 C.c.Q.

114. Expression empruntée à M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Conférences Roger-Comtois, Chaire du notariat, Montréal, Thémis, 2002, p. 15.



« Je lègue l'universalité de mes biens meubles  
et immeubles à mon compagnon bien-aimé... Fido »

## LES LIBÉRALITÉS CONSENTIES AUX ANIMAUX OU L'AMORCE D'UN VIRAGE ANTHROPOMORPHIQUE DU DROIT

*Alain Roy\**

### INTRODUCTION

#### I. LES MODALITÉS DE LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

**A. Le legs à charge**

**B. La fiducie**

#### II. LES CONDITIONS DE LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

**A. Les conditions de fond**

**B. Les conditions d'efficacité**

### CONCLUSION

\* \* \*

Léguer son patrimoine à son chien ? Quelle idée saugrenue ! Le chien a beau être le meilleur ami de l'Homme, il ne peut en être le légataire. En droit, seules les personnes peuvent se porter héritières d'une succession<sup>1</sup>.

\* Docteur en droit et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie chaleureusement ses collègues, les professeurs Diane Bruneau, Pierre Ciotola, Jean Pineau et Adrian Popovici, ainsi que M<sup>es</sup> Guylaine Goulet, Lucie Lepage et Nicole Poulin. Il remercie également M<sup>me</sup> Virginie Mesguich, son assistante de recherche, pour sa collaboration soutenue. Évidemment, les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent que leur auteur. Ce texte a déjà été publié sous le même titre ans (2004)38 *R.J.T.* 613-640.

1. « Peuvent succéder les personnes physiques qui existent au moment de l'ouverture de la succession, y compris l'absent présumé vivant à cette époque et l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable. Peuvent également succéder, en cas de substitution ou de fiducie, les personnes qui ont les qualités requises lorsque la disposition produit effet à leur égard » : C.c.Q., art. 617. Selon la jurisprudence, une personne morale peut également succéder, de même qu'une association charitable non incorporée : *Prince Consort Foundation c. Blanchard*, [1991] R.J.Q. 1547 (C.A.).

Or, les lois occidentales classent traditionnellement les animaux au rang des biens mobiliers, les privant de toute personnalité juridique et des attributs qui s'y rattachent<sup>2</sup>. Susceptible d'appropriation, l'animal peut faire l'objet d'un legs, mais ne saurait en être le bénéficiaire<sup>3</sup>! Voilà qui devrait suffire à ramener sur le droit chemin les esprits égarés...

Erreur! L'amour inconditionnel que certaines personnes portent à leur animal domestique défie toute logique, soit-elle d'ordre juridique. Comme nous avons pu le constater au terme de recherches antérieures, l'animal de compagnie n'est pas toujours qu'un simple objet de distraction ou d'amusement épisodique<sup>4</sup>. Bien au contraire, plusieurs maîtres partagent avec leur animal une certaine forme de parenté, n'hésitant pas à voir en lui leur « troisième enfant »<sup>5</sup>. De nombreuses études scientifiques témoignent éloquemment de l'affection quasi filiale que portent certaines personnes à leur animal de compagnie<sup>6</sup>. Comble de l'ironie, les résultats d'une recherche menée aux États-Unis démontrent la « [...] tendance de l'Homme à choisir un compagnon canin qui lui ressemble<sup>7</sup> »!

2. Au Québec, voir C.c.Q., art. 899, 905, 907 et 910. Un auteur considère toutefois que certains animaux de ferme pourraient, à certaines conditions, être qualifiés d'immeubles par destination (selon la terminologie de l'ancien Code civil) : Gérald GOLDSTEIN, « L'immobilisation des animaux par destination agricole en droit civil québécois », (1987) 47 *R. du B.* 595. En France, voir C. civ., art. 516 et 528, de même que Suzanne ANTOINE, « La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale », D. 1999.chr.167. Aux États-Unis, voir William C. ROOT, « "Man's Best Friend" : Property or Family Member? An Examination of the Legal Classification of Companion and Its Impact on Damages Recoverable for Their Wrongful Death or Injury », (2002) 47 *Villanova Law Review* 423.
3. En France, ce principe a été rappelé dans l'affaire du chien Costaud : Trib. civ. Saint-Étienne, 8 juillet 1957, D. 1958.143, note Nerson ; *Gaz. Pal.* 1957.2.183 ; *R.I.D. civ.* 1958.71, n° 2, obs. Mazeaud ; Lyon, 20 oct. 1958, D. 1959.111, note R. Nerson ; *Gaz. Pal.* 1959.1.59. Voir également Marc-Jean GARNOT, *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, thèse de doctorat, Rennes, Faculté de droit, Université de Rennes, 1934, p. 173. Aux États-Unis, voir dans *Re Estate Russel*, 444 P.2d 353 (Cal. 1968).
4. Alain ROY, « Papa, Maman, Bébé et... Fido! L'animal de compagnie en droit civil ou l'émergence d'un nouveau sujet de droit », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 131.
5. Aux États-Unis, selon certaines statistiques, entre 70 % et 93 % des propriétaires d'animaux domestiques considéreraient leur animal comme un membre de leur famille : Debra Lynn STEPHENS et Ronald Paul HILL, « The Loss of Animal Companions: A Humanistic and Consumption Perspective », (1996) 4 *Society and Animals* 189, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.psyeta.org/sa/sa4.2/stephens.html](http://www.psyeta.org/sa/sa4.2/stephens.html) et Gerry W. BEYER, « Pet Animals: What Happens When Their Human Die? », (2000) 40 *Santa Clara L. R.* 617, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.animallaw.info/articles/arus40sanclr617.htm](http://www.animallaw.info/articles/arus40sanclr617.htm) (note 6 et le texte correspondant).
6. « Using depth interviews and participant observation, the predominant metaphors that emerges in pet owners' relationships with their animals are pets as pleasures, problems, parts of self, members of the family, and toys » : Russel W. BELK, « Metamorphic Relationships with Pets », (1996) 4 *Society & Animals (Journal of Human-Animal Studies)* 121, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.psyeta.org/sa/sa4.2/belk.html](http://www.psyeta.org/sa/sa4.2/belk.html). Voir également Debra Lynn STEPHENS et Ronald Paul HILL, *loc. cit.*, note 5.
7. AGENCE FRANCE-PRESSE, « Les chiens de race ressemblent à leur maître », *La Presse*, Montréal, 31 mars 2004, p. Actuel-2.

S'affranchissant des principes hermétiques du droit, les tribunaux eux-mêmes se sont parfois fait complices d'une conception anthropomorphique de l'animal. En France, des juges se sont déjà permis de statuer sur la « garde » de chiens à l'occasion de ruptures familiales, en basant leur décision sur l'intérêt de l'animal concerné<sup>8</sup>. D'autres encore ont reconnu le droit du maître d'obtenir des dommages-intérêts en compensation du préjudice moral subi à la suite du décès prématuré de l'animal bien-aimé, provoqué par la faute d'autrui<sup>9</sup>. En Suisse, cette déférence judiciaire trouve désormais appui dans la loi, le législateur ayant récemment modifié le Code civil et le Code des obligations pour accorder au tribunal le pouvoir d'attribuer la propriété de l'animal au conjoint qui, « [...] en vertu des critères appliqués en matière de protection des animaux, représente la meilleure solution pour l'animal<sup>10</sup> » et pour lui permettre de tenir compte, dans le cadre d'actions en responsabilité civile, de la « [...] valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci<sup>11</sup> ».

Dans ce contexte, on ne s'étonnera guère du souci protecteur manifesté par certains maîtres à l'occasion de leur planification successorale<sup>12</sup>. N'en déplaise aux autres *membres* de la famille, le chien ou le chat bénéficiera parfois d'héritages pour le moins substantiels. Tel fut d'ailleurs le cas de Blackie, un chien australien appelé à la succession de son maître pour quelques dizaines de milliers de dollars et de Tinker, ce chat londonien récemment gratifié du legs d'une résidence évaluée à 700 000 \$<sup>13</sup>. D'autres maîtres s'empresseront en outre d'établir au bénéfice de leur animal un cadre de vie susceptible d'amoindrir le choc de leur départ<sup>14</sup>. Ainsi, aux

8. Alain ROY, *loc. cit.*, note 4.

9. *Id.* Aux États-Unis, les États (à l'exception du Tennessee) ne reconnaissent pas le préjudice affectif subi par le maître dans de telles circonstances, ce que certains auteurs déplorent vivement : William C. ROOT, *loc. cit.*, note 2, 424 et 435.

10. *Code civil suisse*, art. 650 a (1).

11. *Code des obligations suisse*, art. 43, al. 1<sup>bis</sup>.

12. Aux États-Unis, il semble que de 12 % à 27 % des maîtres prévoient des dispositions testamentaires en faveur de leur animal. Voir les sources citées dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 12 et le texte correspondant. L'avocate américaine Melissa Langa affirme quant à elle que, au cours des deux dernières années, 90 % de ses clients se sont montrés préoccupés par la question et ont manifesté le désir de pourvoir aux besoins de leur animal aux termes de leur testament. Propos rapportés par James L. DAM, « Trusts To Care For Pets After-Death Catching On », *Lawyers Weekly USA*, 22 juillet 2002, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.lawyersweeklyusa.com/reprints/pettrusts.htm](http://www.lawyersweeklyusa.com/reprints/pettrusts.htm). Au Canada, toutefois, il semble que les maîtres feraient preuve d'un moins grand « empressement » à l'égard de leur animal : Drew HASSELBACK, « The Cat's Clause: Naming Fluffy in your Will », *Financial Post*, 15 février 2003, p. IN3.

13. Philippe SCHWAB, « Chienne de loi ! », *Construire*, n° 3, 18 janvier 2001, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.construire.ch/sommaire/0003/03droits.htm](http://www.construire.ch/sommaire/0003/03droits.htm) et ASSOCIATED PRESS, « Tinker really is the cat that got the cream », disponible en ligne à [www.foxnews.com/story/0,2933,86119,00.html](http://www.foxnews.com/story/0,2933,86119,00.html).

14. Et au-delà de toute considération matérielle, pourquoi ne pas recommander l'âme de l'animal à Dieu lui-même ? C'est la question que pourrait soulever le professeur Andrew Linzey, titulaire de la chaire de Théologie et protection des animaux au Mansfield College d'Oxford. Le professeur Linzey a élaboré une liturgie du baptême et des funérailles destinée aux animaux.

termes d'instructions testamentaires rendues publiques dans les médias, le chat Nicholas pourra vivre son deuil confortablement emmitouffé dans la chemise de nuit que portait sa maîtresse de son vivant, bercé au son de mélodies soigneusement sélectionnées. Les plaisirs gastronomiques du chat survivront également au décès de sa maîtresse, celle-ci ayant pris soin de spécifier dans son testament les caprices culinaires de Nicholas, friand de nourriture importée<sup>15</sup>.

Au rire spontané que peut susciter ce genre de situation se substitue bien souvent l'inconfort, voire l'indignation la plus vive<sup>16</sup>. Comment réagir face au testateur qui entend léguer ses biens à son chien, alors que des millions d'enfants à travers le monde souffrent de malnutrition ? Cette question est certes troublante, mais il reviendra au philosophe et à l'éthicien d'en débattre. Le juriste s'intéressera quant à lui aux aspects légaux de la problématique, objet du présent article.

Au-delà des principes généraux du droit qui ne reconnaissent qu'aux seules personnes la capacité d'hériter, on peut imaginer certains « montages » testamentaires au moyen desquels le testateur pourra effectivement assurer le bien-être de son animal. Il s'agira donc, dans un premier temps, d'en décrire les modalités (I), pour ensuite en analyser les conditions d'application (II), en se référant, le cas échéant, aux éléments de droit étranger susceptibles d'alimenter la réflexion.

## I. LES MODALITÉS DE LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

Deux modalités différentes peuvent être envisagées par le maître soucieux d'avantager son animal par testament. La première se rapporte à la notion de legs à charge (A), alors que la seconde, plus sophistiquée, implique la constitution d'une fiducie (B).

### A. Le legs à charge

En vertu du Code civil, un legs peut être assorti de conditions et de charges, dans la mesure où celles-ci ne sont ni impossibles, ni contraires à

---

Voir Paul VALLELY, « A Barney, qui remue encore la queue, au ciel », *Courrier international*, 18 février 1999, n° 433, disponible en ligne à l'adresse suivante : [www.courrierinternational.com/numeros/433/04330551.asp?TYPE=archives](http://www.courrierinternational.com/numeros/433/04330551.asp?TYPE=archives).

15. ANONYME, « Dusty's Cool Fat Cat », *People*, 19 avril 1999, p. 11, rapporté dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 14 et le texte correspondant.

16. Voir d'ailleurs James L. DAM, *loc. cit.*, note 12.

l'ordre public<sup>17</sup>. Un testateur peut donc consentir un legs à une personne, mais à charge pour elle d'exécuter une obligation précise.

La jurisprudence et la doctrine civilistes considèrent depuis fort longtemps qu'une charge peut être stipulée au profit d'une chose. Un testateur peut ainsi léguer une somme d'argent à un bénéficiaire déterminé, mais à charge pour lui d'ériger un buste en son honneur sur la propriété familiale ou d'entretenir le mausolée où reposera pour l'éternité sa dépouille mortelle<sup>18</sup>.

L'animal étant un « bien meuble » au sens du Code civil, on ne peut que conclure à la validité du legs fait à charge d'en prendre soin<sup>19</sup>. « Si les bêtes ne peuvent encore être légataires ou donataires, explique le professeur Marguénaud, il ne fait aucun doute que le disposant peut toujours imposer à une personne gratifiée une charge de prendre soin au profit d'un animal [sic]<sup>20</sup>. »

Le procédé est fort simple : il suffit au testateur de léguer à titre particulier son animal et une somme d'argent à une personne ou à un organisme déterminé, en précisant que l'argent du legs ne pourra servir qu'au seul bénéfice de l'animal<sup>21</sup>. La charge pourrait être également rattachée au legs universel. Ainsi, le testateur fera-t-il legs de tous ses biens à la personne ou à l'organisme préalablement identifié, à charge pour lui d'utiliser un montant déterminé au bénéfice de l'animal ou, plus généralement, de lui apporter tous les soins que nécessite son état<sup>22</sup>.

17. « La condition impossible ou contraire à l'ordre public est réputée non écrite » : C.c.Q., art. 757. Voir également C.c.Q., art. 750-751 et Germain BRIÈRE, *Les successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 481-482, n° 384. Sous l'ancien droit, voir C.c.B.C., art. 760 et *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 33. Pour une application jurisprudentielle, voir *Thoms c. Brossard*, [1976] C.S. 1597.
18. S'appuyant sur un arrêt prononcé en 1833 par la Cour de Colmar, certains auteurs français considèrent qu'une personne ne pourrait affecter un legs à l'entretien ou l'embellissement d'un bien meuble ou immeuble que dans la mesure où l'existence de ces biens présente un intérêt pour un tiers ou une collectivité. En revanche, la charge serait nulle si le testateur n'avait en vue que la seule utilité de la chose inanimée qu'il a aimée et ne se souciait aucunement de l'intérêt qu'elle peut avoir pour des êtres humains survivants. À ce sujet, voir les observations de Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé*, Paris, P.U.F., 1992, p. 448. Ce courant de pensée ne semble pas avoir été suivi au Québec.
19. A. COURET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1980, D. 1981.I.361, 363. Déjà, en 1855, Troplong écrivait : « On a vu des testateurs faire des legs à des animaux, à des chevaux, à des chiens ; ces dispositions sont bizarres pour la forme, mais raisonnables quant au fond. Ce sont tout simplement des charges imposées aux héritiers ou légataires pour la conservation de ces animaux, que le défunt a voulu traiter avec humanité » : R. Th. TROP LONG, *Le droit civil expliqué – Donations entre vifs et testament*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Charles Hingray, Paris, 1855, n° 561, p. 149.
20. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *op. cit.*, note 18, p. 447.
21. Quant aux limites applicables aux valeurs affectées à l'animal. Comme nous le verrons plus loin, les sommes léguées à titre particulier pourraient être bonifiées pour inclure une rémunération au bénéfice du légataire. Pour une illustration jurisprudentielle du legs à charge aux États-Unis, voir notamment *In re Kieffer Estate*, 21 Pa. Fiduc. Rep. 406 (Orphans' Ct. 1971), cité dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 228 et le texte correspondant.
22. Quant aux limites applicables aux valeurs affectées à l'animal et à la nature des soins prescrits par le testateur.

Évidemment, la charge testamentaire devra être rédigée sous forme de condition *sine qua non*<sup>23</sup>. Il faudra pouvoir y déceler la cause impulsive et déterminante du legs. Ainsi, en cas d'inexécution de la charge par le légataire, le legs deviendra caduc. Si, au contraire, le testament ne se réfère qu'à une simple recommandation, l'inexécution de la « charge » n'aura aucune conséquence juridique<sup>24</sup>. Le légataire pourra conserver le bénéfice des valeurs léguées, indépendamment des manquements dont il se sera rendu coupable envers l'animal.

En France, la validité des libéralités à charge de prendre soin d'un animal a été confirmée dans la célèbre « affaire du chien Costaud<sup>25</sup> », du nom d'un bouvier des Flandres sérieusement blessé après s'être précipité sur la voie publique pour en écarter une fillette pour le moins téméraire. N'eut été des sommes recueillies au terme d'une souscription publique organisée par la Société Protectrice des Animaux, l'animal n'aurait pu être soigné. Appelée à trancher un litige opposant le propriétaire de l'animal à l'organisme<sup>26</sup>, la Cour d'appel de Lyon a clairement reconnu le droit de tout souscripteur d'assortir son don d'une charge de soins au bénéfice d'un animal particulier<sup>27</sup>.

## B. La fiducie

Outre le legs à charge, le testateur soucieux d'assurer le bien-être de son animal peut opter pour la création d'une fiducie en bonne et due forme<sup>28</sup>. Le *Code civil du Québec* reconnaît trois types de fiducie : la fiducie personnelle, la fiducie d'utilité privée et la fiducie d'utilité sociale.

On peut identifier le type de fiducie susceptible de trouver application en l'occurrence en procédant par élimination. Selon le Code civil, la fiducie personnelle est constituée « [...] dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être<sup>29</sup> ». Puisque l'animal n'est pas une personne, on ne saurait retenir ce premier type de fiducie.

La fiducie d'utilité sociale est constituée « [...] dans un but général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou

23. Pour un résumé des controverses qui existent quant aux distinctions un peu floues entre conditions, charges et affectation, voir Lyon, 20 oct. 1958, D. 1959.111, note Nerson. Au Québec, voir Germain BRIÈRE, *op. cit.*, note 17, p. 479, n° 383.

24. Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 44 et 68.

25. Lyon, 20 oct. 1958, D. 1959.111, note Nerson.

26. Le litige portait sur la propriété des sommes recueillies en sus de celles utilisées pour assurer le paiement des frais relatifs à la guérison du chien.

27. A. COURET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1980, D.1981.I.361, 362. Voir également Roger NERSON, « La condition de l'animal au regard du droit », D. 1963.chr.1, 3.

28. En France, les auteurs reconnaissent la validité de fondations créées à cette fin : A. COURET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1980, D. 1981.I.361, 365.

29. C.c.Q., art. 1267.

scientifique<sup>30</sup>». Puisque le testateur ne s'intéresse pas à la cause animale dans son ensemble, mais à celle d'un animal spécifique, ce type de fiducie ne saurait non plus constituer le véhicule approprié.

Quant à la fiducie d'utilité privée, l'article 1268 C.c.Q. la définit comme étant :

[...] celle qui a pour objet l'érection, l'entretien, la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée.

La fiducie constituée dans le but d'assurer le bien-être d'un animal satisfait aux critères de la fiducie d'utilité privée à un double titre<sup>31</sup>. On peut d'abord y voir une fiducie ayant pour objet l'«entretien d'un bien corporel». Même si l'on envisage généralement le «bien corporel» dont il est fait mention sous l'angle d'une chose inanimée, il faut se rappeler que l'animal se qualifie également de «bien corporel» en droit québécois<sup>32</sup>. On pourrait également justifier le recours à la fiducie d'utilité privée en assimilant les valeurs que le testateur souhaite consacrer à l'animal au «bien affecté à un usage déterminé» et l'animal lui-même au «but de nature privée», auquel la disposition fait référence<sup>33</sup>.

S'il souhaite se prévaloir de l'option fiduciaire, le testateur devra léguer à la fiducie d'utilité privée tant l'animal que les valeurs qu'il souhaite lui affecter, en prenant soin d'identifier la personne ou l'organisme à qui la garde de l'animal devra être confiée. Aux conditions et suivant les modalités prévues au testament, le fiduciaire désigné par le testateur sera chargé de remettre périodiquement au gardien de l'animal les sommes prévues au testament pour couvrir le coût de son entretien et des soins qui lui sont destinés.

## II. LES CONDITIONS DE LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

Que le testateur choisisse d'avantager son animal au moyen d'un legs à charge ou d'une fiducie, il lui faudra satisfaire à certaines conditions de base, pour assurer tant la validité de la planification testamentaire (A) que son efficacité (B).

30. C.c.Q., art. 1270.

31. Voir d'ailleurs GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 754 où l'on donne l'exemple d'une fiducie d'utilité privée constituée «[...] dans le but d'assurer la survie des animaux préférés du défunt».

32. C.c.Q., art. 899, 905, 907 et 910.

33. Peut-être pourrait-on également envisager le recours à la fiducie personnelle, en interposant un bénéficiaire humain entre le fiduciaire et l'animal. Ainsi, le testateur chargerait-il le fiduciaire de remettre des sommes à une personne désignée à titre de bénéficiaire, à charge pour elle d'en faire usage au profit de l'animal. En fait, cette technique reprend simplement la logique du legs à charge, mais la transpose à l'intérieur d'un cadre fiduciaire.

## A. Les conditions de fond

### • *Les valeurs affectées*

Un testateur pourrait-il affecter des dizaines, voire des centaines de milliers de dollars au bénéfice de son animal, de manière à lui garantir un confort auquel la très grande majorité des êtres humains ne pourra jamais prétendre? Le bon sens impose une réponse négative. À notre avis, les valeurs consenties au profit de l'animal doivent demeurer proportionnelles à l'enjeu en cause<sup>34</sup>. Or, les besoins d'un animal domestique, aussi choyé eut-il été du vivant de son maître, ne peuvent excéder certaines limites. Charger le légataire ou le fiduciaire d'utiliser 25 000 \$ par mois au bénéfice d'un chien ou lui imposer l'obligation d'acquérir une maison et un véhicule automobile pour le loger et le véhiculer dépasse l'entendement<sup>35</sup>. Comme l'explique Marc-Jean Garnot dans sa thèse de doctorat consacrée aux animaux bénéficiaires de libéralités :

Il faut [...] interdire comme illicite, tout ce qui contribue à donner à l'animal un droit incompatible avec sa conscience, et il est normal de dire qu'il serait aussi ridicule d'accorder à un être animé autre que l'Homme, le droit de recueillir par testament ou donation une somme supérieure à celle qui est nécessaire à son entretien, que de lui reconnaître la possibilité de tester<sup>36</sup>.

À la demande d'un intéressé, le tribunal devrait pouvoir procéder à la réduction des valeurs apparemment excessives et à l'annulation des directives abusives<sup>37</sup>, sans que le reste de la planification testamentaire ne soit pour autant compromis. En agissant ainsi, le tribunal préserverait l'intention du testateur<sup>38</sup>, mais dans les limites du raisonnable et du possible. Ce raisonnement peut d'ailleurs trouver appui dans les dispositions de l'article 757 C.c.Q. qui prévoient la caducité des conditions impossibles ou

34. Voir Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 56.

35. Dans l'affaire soumise à l'attention d'un tribunal américain, l'exécuteur testamentaire chargé de prendre soin de l'animal avait acquis, à même la succession, une lessiveuse afin de laver le pyjama de l'animal et une voiture pour le promener en campagne: *Matters of Rogers*, 412 P.2d 710 (Ariz. 1966).

36. Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 184.

37. Par analogie, voir *Haberman c. Godel*, B.E. 2003BE-685 (C.S.) où le tribunal a limité les montants affectés par la testatrice à l'entretien du lot familial du cimetière où elle serait inhumée. Même après avoir acquitté les frais pour les 99 ans à venir, le liquidateur disposerait encore d'une somme totalisant plus d'un demi-million de dollars. Si cette somme avait dû être employée à l'entretien du lot au cimetière, conformément aux termes du testament, l'entretien du lot se serait poursuivi pendant 5 600 ans. Le tribunal a préféré autoriser la remise de ces valeurs aux héritiers *ab intestat*.

38. Rappelons que la recherche et le respect de l'intention du testateur (*favor testamenti*) figurent parmi les règles les plus fondamentales en matière testamentaire. En vertu de cette règle, le tribunal doit interpréter les dispositions d'un testament conformément aux volontés exprimées, même si celles-ci ne répondent pas formellement aux exigences législatives: voir *Métivier c. Parent*, [1933] R.C.S. 495; Germain BRIÈRE, *op. cit.*, note 17, p. 588, n° 474. Voir également Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 67.

contraires à l'ordre public<sup>39</sup>. Dépenser au bénéfice de l'animal une somme disproportionnée à ses besoins ou lui procurer un luxe qui ne cadre nullement avec les conditions de vie usuelles d'un animal pourrait effectivement s'avérer « impossible » au sens de la loi<sup>40</sup>.

Bien que les sources et fondements de l'argumentation ne soient pas les mêmes en *common law* qu'en droit civil, certains tribunaux américains se sont déjà permis de réduire les valeurs établies par testament en faveur d'animaux<sup>41</sup>. Ainsi, dans l'affaire *In re Lyon's Estate*<sup>42</sup>, un tribunal de l'État de la Pennsylvanie a diminué les sommes que le testateur avait affectées aux besoins de ses quatre chevaux et cinq chiens. Comme le commente le professeur de droit Gerry W. Beyer :

[...] the court addressed whether all of the property in the estate was needed for this purpose because the income of 40,000\$ to 50,000\$ exceeded the amount necessary to care for four horses and the five remaining dogs. [...] The court then concluded that the amount available for the animals was "patently unsupportable" and thus reduced the amount based on the supposition that the animal owner mistook how much money was needed to care for the animals<sup>43</sup>.

Dans l'hypothèse où les tribunaux québécois se prévaudraient effectivement d'un tel pouvoir de réduction, à qui échoiraient les sommes ou

- 
39. On pourrait également s'inspirer de l'article 771 C.c.Q. : « Si, en raison de circonstances imprévisibles lors de l'acceptation du legs, l'exécution d'une charge devient impossible ou trop onéreuse pour l'héritier ou le légataire particulier, le tribunal peut, après avoir entendu les intéressés, la révoquer ou la modifier, compte tenu de la valeur du legs, de l'intention du testateur et des circonstances ». En outre, en matière fiduciaire, le second alinéa de l'article 1294 C.c.Q. accorde au tribunal le pouvoir de modifier les dispositions de l'acte constitutif dans le cas où de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter la volonté du constituant ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie.
40. Sur la portée de l'article 757 C.c.Q., voir Germain BRIÈRE, *op. cit.*, note 17, p. 499, n° 391. Pour plus de nuances, voir Gérard BEAUDOIN, « De la condition impossible en matière de legs », (1952) 3 *R.J.T.* 34.
41. Dans l'État du Colorado, le législateur aurait adopté une disposition spécifique interdisant formellement aux tribunaux de procéder à la réduction des valeurs affectées aux besoins de l'animal : Colo. Rev. Stat. Ann. §15-11-901(3)(f) (West 1999). Voir également Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 309 et le texte correspondant.
42. *In re Lyon's Estate*, 67 Pa. D. & C. 2d 474 (C.P. Orphans' Ct. 1974), cité dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 151 et le texte correspondant.
43. Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 153 et le texte correspondant. Une conclusion similaire a été retenue dans l'affaire *In re Templeton Estate*, 4 Pa. Fiduc. Rep. 2d 172 (Orphans' Ct. 1984) où le même tribunal a limité à 25 000 \$ les sommes affectées aux soins des chats « Caliph et Honeydrew » : « Because the amount the owner was excessive, the court used its "inherent power to reduce the amount involved... to an amount which is sufficient to accomplish [the owner's] purpose" ». The court consequently set aside \$25,000 to be used for the life of the cats [...]: Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 166 et le texte correspondant. Voir aussi les dispositions contenues dans Unif. Probate Code § 2-907(c)(6) (1993) qui autorisent expressément le tribunal à réduire les valeurs établies au bénéfice de l'animal si ces valeurs excèdent ce qui est nécessaire pour prendre soin de l'animal. Au Colorado, rappelons-le, on a plutôt adopté une règle interdisant au tribunal de réduire les sommes qui auraient été affectées, dans le cadre d'un trust, aux soins de l'animal : Colo. Rev. Stat. Ann. §15-11-901(3)(f) (West 1999). Voir également Bette HELLER, « Trusts for Pets », (1997) *Colo. Law Review* 71.

valeurs jugées excédentaires? Dans le cas du legs à charge consenti à titre particulier, celles-ci seraient vraisemblablement remises au légataire universel ou, à défaut, aux héritiers *ab intestat*<sup>44</sup>. Le légataire chargé du bien-être de l'animal ne pourrait donc en conserver le bénéfice à son profit personnel. Telle est la conclusion qu'impose la théorie de la cause, héritée du droit français.

Selon cette théorie, lorsqu'une condition jugée impossible ou contraire à l'ordre public a été « [...] la cause impulsive et déterminante du testateur ou que ce dernier a subordonné l'exécution du legs à l'accomplissement de la condition », non seulement la condition, mais la disposition testamentaire tout entière, doit être annulée<sup>45</sup>. Appliquée à la problématique sous étude où les charges et conditions seraient en partie maintenues, la théorie de la cause justifierait la remise des valeurs et des sommes jugées excédentaires au légataire universel ou, à défaut, aux héritiers *ab intestat*<sup>46</sup>, mais sans que ne soit pour autant invalidée la portion dite raisonnable de la planification testamentaire.

Sans doute la même solution prévaudrait-elle en matière fiduciaire. À moins que le testateur n'ait envisagé, lors de la création de la fiducie, d'autres « objets corporels » ou d'autres « buts privés » que celui qu'incarne l'animal, la portion du legs en fiducie considérée excessive par le tribunal devrait échoir au légataire universel ou aux héritiers *ab intestat*, pour cause de caducité<sup>47</sup>.

Cela étant, l'extravagance du testateur pourrait entraîner d'autres conséquences encore plus désastreuses pour l'animal. Plutôt que de voir dans le testament du défunt une manifestation d'empathie quelque peu excessive, le tribunal pourrait bien y déceler un signe de démence

44. Par analogie, voir *Haberman c. Godel*, précité, note 37. Évidemment, si la charge est rattachée non pas à un legs à titre particulier mais au legs universel, la réduction devrait profiter aux héritiers *ab intestat*. Par ailleurs, le testateur pourrait avoir prévu la nomination d'un légataire de substitution en cas de décès ou de perte de l'animal. Si tel était le cas, ce légataire pourrait peut-être revendiquer la propriété des valeurs jugées excédentaires par le tribunal, en invitant ce dernier à retenir une interprétation libérale (et non littérale) des dispositions testamentaires.

45. Germain BRIÈRE, *op. cit.*, note 17, p. 479, n° 383. En France, voir Lyon, 20 oct. 1958, D. 1959.111, note Nerson. La même solution semble avoir été retenue aux États-Unis: *Phillips v. Estate of Holzmann*, 740 So.2d 1 (Fla. Dist. Ct. App. 1998), cité dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 173 et le texte correspondant. Voir aussi les dispositions contenues dans Unif. Probate Code § 2-907(b)(8) & (b)(3) (1993).

46. Voir les remarques formulées à la note 44.

47. Si la fiducie a été constituée aux termes d'un legs universel, la portion excessive devrait évidemment profiter aux héritiers légaux. Par ailleurs, le testateur pourrait avoir prévu la nomination d'un bénéficiaire éventuel en cas de décès ou de perte de l'animal. Si tel était le cas, ce bénéficiaire pourrait peut-être revendiquer la propriété des valeurs jugées excédentaires par le tribunal, en invitant ce dernier à retenir une interprétation libérale (et non littérale) des dispositions testamentaires.

susceptible de compromettre l'intégralité du projet testamentaire<sup>48</sup>. Le professeur Marguénaud observe ainsi :

[...] l'amour pour les animaux qui cherche à se prolonger au-delà de la mort par des libéralités n'est pas, en lui-même, un signe de démente. Tous les amis des bêtes tomberont sans doute d'accord sur ce point. Il est en revanche vraisemblable que leurs avis se partageront sur la question de savoir si ce prolongement peut se réaliser par n'importe quel type de libéralité<sup>49</sup>).

Ironiquement, l'animal à qui le maître aura légué toute sa fortune pourrait bien se retrouver sur la paille, privé par le tribunal du minimum d'égards dont bénéficiera l'animal de celui qui, au contraire, aura su faire preuve d'une saine retenue en demeurant dans les limites du raisonnable<sup>50</sup>.

### • *La durée*

Outre la valeur des sommes en jeu et la teneur des directives prévues dans le testament, la durée de la charge ou de la fiducie mérite certains commentaires. Le testateur pourrait-il valablement soumettre le légataire à l'obligation d'entretenir son animal la vie durant de ce dernier, sans prévoir d'autres délais plus limitatifs ? S'il se prévaut plutôt de l'option fiduciaire, pourra-t-il constituer une fiducie dont l'existence juridique ne prendra fin qu'avec le décès de l'animal ?

En *common law*, la règle connue sous le nom « Rule Against Perpetuities » prohibe la stipulation de charges testamentaires ou de trusts dont la durée d'exécution excède 21 ans, à moins que tels charges ou trusts ne soient établis au bénéfice d'une ou de plusieurs personnes<sup>51</sup>. En

48. « Le caractère raisonnable ou déraisonnable des dispositions testamentaires est un élément d'appréciation de l'insanité d'esprit » : Germain BRIÈRE, *op. cit.*, note 17, p. 435, n° 352. En jurisprudence, voir *Hotte c. Birabin*, (1904) 25 C.S. 275, 288, confirmé par la Cour suprême en (1905) 35 S.C.R. 477. Voir également A. COURET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1980, D. 1981. I.361, 363 (voir précisément la jurisprudence citée à la page 363).

49. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *op. cit.*, note 18, p. 449. Voir également Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 55-56 et 185. Commentant une histoire rapportée dans le *Sun Herald* du 8 août 1999, Gerhard Shipley écrit : « This is the story of an eccentric millionaire's \$ 2 million pet trust for her two poodles (\$ 1 million each). Upon the death of both poodles, the remaining principal will go to a charitable organization specializing in poodles. A practitioner reading this story might wonder at what point a pet owner's eccentricity becomes a basis for challenging the validity of a pet trust on the ground of mental incapacity » : Gerhard SHIPLEY, « Pet Trusts : Providing for Pets », (1999) *J.D. Kansas*, disponible en ligne à [www.keln.org/bibs/shipley.html](http://www.keln.org/bibs/shipley.html).

50. Selon certains avocats américains, les valeurs usuellement affectées au bénéfice d'un animal se situeraient autour de 25 000 \$ : « When a pet trust is used, the amount of money put into it is typically about 25,000\$ per animal, according to lawyers » : James L. DAM, *loc. cit.*, note 12.

51. John J. Robinette, « Rule Against Perpetuities-Bequest for the Maintenance of Dogs – Interpretation », (1933) 11 *R. du B. can.* 56 (relatant la jurisprudence anglaise et irlandaise ayant retenu l'application de cette règle) ; « Note, Rule Against Perpetuities-Animal Lives as "Lives in Being" : Cutting Down Honorary Trust to Legal Period », (1933) 46 *Harv. L. Rev.* 1036. Voir également Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 100 et le texte correspondant. Voir enfin *In re Lyon's Estate*, 67 Pa. D. & C. 2d 474 (C.P. Orphans' Ct. 1974), cité dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 151 et le texte correspondant.

vertu de cette règle, les dispositions testamentaires établies au profit de choses ou d'animaux cessent donc d'avoir effet lorsqu'un délai de 21 ans s'est écoulé depuis le décès du testateur.

Certes, une telle contrainte n'a généralement guère d'impact à l'égard des chiens et des chats dont l'expectative de vie se situe en deçà de la vingtaine. Quel que soit leur âge respectif au jour du décès du maître, il y a fort à parier qu'ils puissent jouir, leur vie durant, des bénéfices établis en leur faveur. Cependant, d'autres animaux susceptibles d'être « domestiqués » ou avec lesquels l'Homme entretient généralement un rapport privilégié dépassent facilement le stade de la vingtaine. Tel est le cas des chevaux qui vivent en moyenne 25 ans et des oiseaux exotiques dont certaines espèces atteignent parfois l'âge de 50 ans<sup>52</sup>. Ceux-là se buteront manifestement à la « Rule Against Perpetuities » puisqu'une fois l'échéance atteinte, les valeurs qui leur étaient destinées et qui n'auront pas encore été utilisées devront être remises au légataire universel ou, à défaut, aux héritiers *ab intestat*<sup>53</sup>.

Fort heureusement pour les chevaux, oiseaux et autres animaux québécois pouvant prétendre à une certaine longévité, la « Rule Against Perpetuities » n'existe pas chez nous. Contrairement à leurs congénères, ceux-ci pourront donc, en toute quiétude, passer le cap des 21 ans, sans risquer de se retrouver à la rue. En matière fiduciaire, on pourrait en outre justifier le maintien des dispositions testamentaires sur la base de l'article 1273 C.c.Q. qui permet la création de fiducies d'utilité privée *perpétuelles*. Comment, dans cette perspective, prétendre qu'une fiducie constituée pour une durée équivalant à la vie de l'animal concerné excède les exigences de la loi?

On notera avec intérêt qu'un mouvement favorable aux animaux bénéficiaires de libéralités se dessine chez nos voisins du sud. En effet, une dizaine d'États ont récemment légiféré pour autoriser la création de trusts au profit d'animaux *leur vie durant*, éliminant du même coup les restrictions de la « Rule Against Perpetuities » autrement applicables<sup>54</sup>. Un grand

52. Pierre GINGRAS, « Le mythe des perroquets centenaires », *La Presse*, 1<sup>er</sup> février 2004, Cahier Actuel, p. 8.

53. *In re Lyon's Estate*, précité, note 42, 483; *In re Templeton Estate*, précité, note 43 et *In re Hackett Estate*, 30 Pa. Fiduc. Rep. 237 (Orphans' Ct. 1979) (nip 160), cités dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5 (voir les notes 151, 166 et 160 et le texte correspondant). Voir également Gerhard SHIPLEY, *Pet Trusts: Providing for Pets*, Kansas Elder Law Network, déc. 1999.

54. En fait, ces États ont simplement adopté les dispositions du Uniform Probate Code de 1993 (§ 2-907) qui éliminent la « Rule Against Perpetuities » dans le cadre de trusts établis au bénéfice d'animaux. Voir Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 293 et le texte correspondant; Gerhard SHIPLEY, *loc. cit.*, note 53, et James L. DAM, *loc. cit.*, note 12. Pour une perspective fiscale, voir J. Alan JENSEN, « Tax and Estate Planning Involving Pets: Stupid Pet Tricks for the IRS and FIDO », HKLaw.com, août 2001, disponible en ligne à [www.hklaw.com/Publications/OtherPublication.asp?ArticlesID=1206](http://www.hklaw.com/Publications/OtherPublication.asp?ArticlesID=1206).

pas en avant pour l'animal à qui l'on applique désormais une dérogation semblable à celle que justifie traditionnellement la condition humaine. Au Colorado, le législateur a poussé l'assimilation à l'Homme encore plus loin, en permettant au testateur d'inclure les animaux en gestation au rang des bénéficiaires potentiels!

## B. Les conditions d'efficacité

La validité du legs à charge ou de la fiducie n'en garantira pas nécessairement l'efficacité. Il ne suffira pas au testateur d'affecter des valeurs raisonnables au bénéfice de son animal, il lui faudra également anticiper les écueils *post mortem* susceptibles de compromettre l'exécution de ses dernières volontés.

### • *Le repérage et la récupération de l'animal*

Le premier écueil – pour le moins prosaïque – concerne le repérage et l'identification de l'animal. À la suite du décès du testateur, comment prévenir la disparition inopinée de l'animal? Bien souvent, les proches d'une personne décédée s'empressent de confier l'animal orphelin à un organisme voué à la protection des animaux afin qu'une nouvelle famille lui soit rapidement trouvée ou, à défaut, que l'on abrège son existence selon les modes usuellement reconnus. On peut facilement imaginer le cauchemar de celui qui, après avoir pris connaissance du testament du défunt, découvre paniqué l'enjeu économique que représente l'animal délaissé.

Pour prévenir ce genre de situation, le professeur Beyer suggère au maître de conserver en tout temps dans son portefeuille une carte d'identification de l'animal (« animal card »). Précisant le pedigree de l'animal et le lieu où il se trouve, cette carte permettra de le retracer en cas de décès du maître et de contacter les personnes susceptibles de le recueillir dans l'intervalle. Comme l'explique Beyer, « the animal card will help assure that the animal survive to the time when the owner's plans for the pet's long time care take effect<sup>55</sup> ».

---

55. L'Association du Barreau de la ville de New York propose le texte suivant : « In any situation in which I am unable to return home to feed my pets, such as my hospitalization or death, please immediately call [Mary Smith] at [address and phone] or [John Doe] at [address and phone], to arrange for the feeding of my [cats] located in my home at [address]. The superintendent of my apartment building [name, address and phone], my Executor [name, address and phone], and my neighbour [name, address and phone] have a copy of this document »: ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, *Providing for Your Pets*, disponible en ligne à [www.abcnyc.org/pub-provforpet.html](http://www.abcnyc.org/pub-provforpet.html). Comme mesure de précaution additionnelle, le professeur Beyer suggère au maître de retranscrire les données nominatives relatives à l'animal sur un document conservé au même endroit que le testament (« animal document »).

### • *La rémunération du légataire ou du gardien et fiduciaire*

La récupération de l'animal ne réglera pas tout. Encore faudra-t-il convaincre la personne ou l'organisme désigné par le testateur pour en prendre soin d'accepter la charge proposée. Le meilleur incitatif, on l'aura présumé, réside dans l'attribution d'une rémunération en sa faveur.

Dans le cas du legs à charge, le testateur n'aura qu'à léguer une somme plus élevée que celle devant être utilisée au bénéfice de l'animal, la personne ou l'organisme légataire pouvant ainsi jouir de la différence à titre personnel. Dans la mesure où la charge est rattachée non pas à un legs particulier mais au legs universel, la rétribution incitative proviendra naturellement du résidu, le cas échéant. Avant d'accepter le legs, le successeur universel aura donc à évaluer la valeur du profit personnel qu'il pourra éventuellement en retirer.

Dans le passé, d'illustres personnages ont eu recours au legs universel pour assurer le bien-être de leur animal. Ainsi, raconte Marc-Jean Garnot, monsieur d'Abbadie légua toute sa fortune à l'Académie des Sciences de France, en lui imposant l'obligation d'entretenir son perroquet. Satisfaite de la contrepartie reçue, l'Académie se serait acquittée de sa charge de manière exemplaire, le perroquet de monsieur d'Abbadie ayant, semble-t-il, vécu jusqu'à l'âge de 100 ans<sup>56</sup>. Aux États-Unis, certaines institutions annoncent publiquement leurs services de prise en charge d'animaux orphelins, moyennant des dons ou legs qui, selon certaines sources, seraient pour le moins substantiels :

[...] in exchange for a donation, such care will be provided by Texas A&M University's College of Veterinary Medicine, through its "companion animal life-care center"  
[...] For instance, to enter into an arrangement with Texas A&M to care for a dog or cat, you must agree to leave the university a minimum bequest of \$50,000 to \$100,000, depending on your age. For a horse, the minimum would be \$100,000 to \$210,000<sup>57</sup>.

Dans le cas du legs en fiducie, le testateur devra non seulement prévoir une rémunération en faveur du gardien de l'animal, il lui faudra également rétribuer le fiduciaire. Faute de rémunération convenable, le fiduciaire pourrait également décliner la proposition. Un tel refus ne compromettrait toutefois pas l'existence de la fiducie, le tribunal étant autorisé par le Code civil à combler la vacance, sur requête d'un intéressé<sup>58</sup>.

56. Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, p. 56.

57. James L. DAM, *loc. cit.*, note 12. Voir également le site Internet du centre universitaire à l'adresse suivante : [www.cvm.tamu.edu/petcare/index.htm](http://www.cvm.tamu.edu/petcare/index.htm).

58. C.c.Q., art. 1277.

### • *Les mesures de surveillance*

L'efficacité de la planification testamentaire dépendra également des mesures de contrôle dont on l'assortira. Au-delà des liens de confiance qui unissent le testateur à la personne ou à l'organisme à qui l'animal sera éventuellement remis, comment garantir l'exécution des instructions testamentaires au profit d'un « sujet » incapable de faire valoir lui-même ses intérêts ?

Ici encore, il importe de distinguer en fonction de l'option choisie par le testateur. S'agissant du legs à charge, le testateur n'aura d'autre choix que d'assujettir le légataire à l'obligation de rendre compte de sa gestion à un tiers, à intervalles réguliers<sup>59</sup>. Ce tiers pourrait être le légataire universel ou le liquidateur de la succession<sup>60</sup>. Dans l'hypothèse où la charge est rattachée au legs universel ou que le légataire de l'animal est également liquidateur, le testateur pourra désigner toute autre personne digne de confiance, y compris un organisme de défense des droits des animaux.

Si aucun mécanisme de surveillance n'est institué dans le testament, l'animal pourrait bien ne jamais voir la couleur de *son* argent. À la fois juge et partie, le légataire pourrait être tenté de réduire le train de vie de l'animal, afin d'augmenter... le sien. Tout détournement de fonds dont il pourrait éventuellement se rendre coupable restera vraisemblablement impuni, à moins que les autres ayants cause du défunt, le cas échéant, ne revendiquent l'exécution forcée de la charge ou n'intentent une action en révocation. Aucune autre personne ou organisme soucieux du bien-être de l'animal ne sera habilité à intervenir dans le dossier, faute d'intérêt personnel et direct<sup>61</sup>.

À cet égard, on ne saurait passer sous silence l'initiative récente du législateur suisse, véritable chef de file en matière de reconnaissance et de

59. C'est précisément ce que propose le Barreau de la ville de New York : « A conditional bequest has the advantage of requiring the recipient to care for the pet but adds to the Executor's responsibility the task of ensuring that the person receiving the money fulfills his or her commitment. The pet owner, therefore, has to select an Executor willing to undertake this added responsibility » : ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, *loc. cit.*, note 55.

60. Évidemment, le testateur devra éviter de rattacher ce rôle de surveillance aux fonctions de liquidation du liquidateur. Ainsi, le testateur devra-t-il confier à la personne de confiance deux rôles indépendants l'un de l'autre, celui de liquider la succession conformément aux règles prévues au Code civil d'une part et, d'autre part, celui d'assurer la surveillance du légataire de l'animal. Dans l'hypothèse où le rôle de surveillance serait rattaché aux fonctions de liquidation, certains pourraient s'interroger sur la fin du processus de liquidation, la charge sujette à surveillance ayant effet la vie durant de l'animal.

61. Au sujet de l'intérêt requis pour ester en justice, voir Roger PERROT, *Institutions judiciaires*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 422-423, n° 532 ; Loïc CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 1992, p. 372-381, n<sup>os</sup> 720-733, et Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2000, p. 123-126, n<sup>os</sup> 151-155.

protection des droits animaux<sup>62</sup>. Au terme d'un long processus législatif, la Suisse a clairement consacré le droit de toute personne d'avantager son animal par testament. Ainsi, « [l]a libéralité pour cause de mort faite à un animal est réputée charge de prendre soin de l'animal de manière appropriée », *tout intéressé étant par ailleurs autorisé à en requérir l'exécution devant les tribunaux*. En vertu de ces nouvelles dispositions, les organismes de défense des droits des animaux pourront donc veiller aux intérêts des animaux « bénéficiaires » de libéralités, même en l'absence de stipulation testamentaire les autorisant à tenir ce rôle<sup>63</sup>. Il ne reste plus qu'un pas à franchir avant que la SPA suisse ne devienne aux animaux ce que le curateur public est aux personnes inaptes!

Le testateur qui se sera plutôt prévalu du legs en fiducie sera dispensé d'instituer un mécanisme de surveillance parallèle, le fiduciaire désigné dans le testament conservant la gestion des valeurs affectées aux besoins de l'animal<sup>64</sup>. Le gardien de l'animal sera donc naturellement soumis à l'obligation de justifier auprès du fiduciaire des dépenses encourues au bénéfice de l'animal, à même les sommes qui lui auront été versées par celui-ci. À l'inverse, le gardien veillera à ce que les sommes gérées par le fiduciaire ne fassent l'objet d'aucun détournement. Bref, le fiduciaire et le gardien se surveilleront mutuellement<sup>65</sup>. Outre le contrôle inhérent au partage des rôles entre fiduciaire et gardien de l'animal, l'article 1287 C.c.Q. prévoit une mesure additionnelle susceptible de sécuriser davantage le testateur :

L'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel.

En outre, dans les cas prévus par la loi, l'administration des fiducies d'utilité privée ou sociale est soumise, suivant leur objet et leur fin, à la surveillance des personnes et des organismes désignés par la loi.

62. Certains auraient espéré une politique législative encore plus probante : Suzanne ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », D. 2003.chr.39.265.

63. Voir COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *Rapport – Initiative parlementaire – l'animal, être vivant. Initiative parlementaire – Animaux vertébrés. Dispositions particulières*, Genève, 1999, p. 8124. Plus audacieuse encore est la suggestion du professeur Marguénaud : « [...] en vue d'assurer une protection plus énergique des animaux de compagnie après le décès de leur maître, pourrait-il se révéler utile de considérer qu'ils ont une personnalité juridique leur permettant, par l'intermédiaire de leurs représentants, d'exercer contre le donataire ou le légataire une action en exécution de la charge de soins dont ils sont les bénéficiaires ou même de recevoir directement des libéralités » : Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *op. cit.*, note 18, p. 410.

64. C.c.Q., art. 1278.

65. Le testateur pourrait avoir prévu la nomination d'un bénéficiaire éventuel en cas de décès ou de perte de l'animal. Si tel était le cas, ce bénéficiaire pourrait également exercer une certaine surveillance.

Malheureusement, aucune personne ou organisme n'a encore été désigné par le législateur pour assurer la surveillance des fiducies d'utilité privée. En ce qui concerne les fiducies constituées au profit d'animaux, on pourrait éventuellement lui suggérer la nomination d'une des sociétés à but non lucratif qui œuvrent pour la protection des animaux, comme la SPCA<sup>66</sup> ou le Berger blanc<sup>67</sup>.

Dans l'attente d'une telle intervention législative, on pourra toutefois s'en remettre aux dispositions du second alinéa de l'article 1289 C.c.Q. Cet article énonce qu'en matière de fiducie d'utilité privée dont aucune personne, même déterminable ou éventuelle, ne peut être bénéficiaire, la surveillance de la fiducie qui, selon l'article 1287 précité, relève normalement du bénéficiaire, doit être assurée par le curateur public<sup>68</sup>. Reste à savoir si le curateur public, déjà fort occupé à protéger les personnes incapables, pourra s'affranchir de cette responsabilité inusitée, avec efficacité et diligence!

### • *Le décès de l'animal*<sup>69</sup>

À qui les sommes et valeurs affectées à l'animal devront-elles être transmises après le décès de ce dernier<sup>70</sup>, si tant est qu'elles n'ont pas été entièrement épuisées de son vivant? Il reviendra évidemment au testateur d'identifier la ou les personnes ou organismes qui pourront en bénéficier,

66. Société pour la prévention de la cruauté envers les animaux. Voir le site Internet de l'organisme: [www.spca.com](http://www.spca.com).

67. Voir le site Internet de l'organisme: [www.bergerblanc.com](http://www.bergerblanc.com).

68. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 31, p. 769. Voir également Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1998, p. 239, n° 381.

69. Si le maître prend soin d'assurer, par testament, le bien-être matériel de son animal, on peut présumer qu'il voudra également disposer du cadavre de son animal de manière toute particulière. À cet égard, on notera qu'en France, certains maîtres auraient manifesté l'intention d'enterrer leur chien dans un caveau de famille, ce qui leur est toutefois interdit par la jurisprudence du Conseil d'État: Cons. d'État. 17 avr. 1963, D. 1963.459, note Esmein (cause communément connue sous le nom de « affaire du chien Félix »). Aux États-Unis, 58 % des propriétaires d'animaux enterrent leur animal sur la propriété familiale: statistiques disponibles en ligne à l'adresse suivante: [www.mlink.net/veterinet/stat.html](http://www.mlink.net/veterinet/stat.html). En Belgique, un crématorium pour animaux de compagnie a été récemment fondé « [...] pour prendre en charge le corps de votre ami afin de le conduire avec décence et respect vers son ultime repos ». Voir le site du crématorium à [www.chez.com/animalrepos/services.htm](http://www.chez.com/animalrepos/services.htm). Au Québec, les tribunaux ont été appelés (au moins à deux reprises) à statuer sur l'action en dommages-intérêts intentée contre celui ou celle qui n'aurait pas disposé du cadavre de l'animal conformément aux volontés du maître: *De Belleval c. 137888 Canada inc.*, [1999] R.R.A. 1038 (C.Q.) (rés.) (perte des cendres du chat à la suite de l'incinération / action rejetée); *Patrice c. Dugas*, J.E. 2003-1012 (C.Q.) (incinération du chien en l'absence d'instruction du maître et non-remise des cendres / action accueillie). Certains auteurs refusent toutefois d'accorder une signification particulière à l'existence de rites entourant la mort de l'animal et, notamment, à la présence de cimetières d'animaux, les considérant « très anecdotiques ». Voir Florence BURGAT, *Animal mon prochain*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 168. Sur le sujet en général, voir Debra Lynn STEPHENS et Ronald Paul HILL, *loc. cit.*, note 5.

70. Sans doute pourrait-on ici assimiler la perte définitive de l'animal à son décès.

à titre subsidiaire. Sans doute lui déconseillera-t-on de désigner le légataire de l'animal ou, en matière fiduciaire, son gardien, en raison du conflit d'intérêts qui pourrait en résulter. Flairant le profit éventuel, celui-ci pourrait être tenté d'éliminer subtilement l'animal. Un accident est si vite arrivé...

Faute de stipulation particulière, le légataire universel ou, à défaut, les héritiers *ab intestat*, pourront certainement revendiquer la propriété des valeurs restantes<sup>71</sup>. Une telle conclusion devrait s'appliquer tant en ce qui concerne le legs à charge que le legs en fiducie, à moins, dans cette dernière hypothèse, que le testateur n'ait envisagé, lors de la création de la fiducie, d'autres « objets corporels » ou d'autres « buts privés » que celui qu'incarne l'animal. Si tel est le cas, les valeurs non utilisées seront automatiquement réaffectées à ces autres objets ou buts privés, par accroissement<sup>72</sup>.

### • *Le décès du légataire ou gardien de l'animal et la vacance au poste fiduciaire*

Le testateur devra également s'attarder aux conséquences résultant du décès du légataire ou gardien de l'animal. Si le testateur souhaite assurer le bien-être de son animal au lendemain d'un tel événement, il lui faudra prévoir certaines modalités particulières.

Dans le cas du legs à charge, le testateur pourrait assortir le legs de l'animal et des valeurs qui y sont affectées d'une clause révocatoire au profit d'un légataire de substitution. En cas de décès du légataire initial, tant l'animal que les valeurs affectées à son profit devront être restitués au légataire de substitution, dès lors assujetti à la charge et aux conditions établies dans le testament. Par souci d'équité envers le légataire initial et ses ayants droit, le testateur pourrait, le cas échéant, exclure la portion dite rémunératoire du legs du champ d'application de la clause de révocation, en proportion du temps pendant lequel le légataire initial aura assumé la charge testamentaire. La rationalité d'une telle proposition trouve d'ailleurs écho dans le Code civil, l'article 754 C.c.Q. permettant au liquidateur démissionnaire de revendiquer « [...] une rémunération proportionnelle à la valeur du legs et au temps pendant lequel il a occupé la charge ».

71. Telle est la solution qui a été retenue aux États-Unis, dans l'affaire *Phillips c. Estate of Holzmann*, précité, note 45, cité dans Gerry W. BEYER, *loc. cit.*, note 5, voir la note 173 et le texte correspondant.

72. Pensons, par exemple, au testateur qui aurait avantagé plus d'un animal. En cas de décès de l'un d'eux, les autres pourraient vraisemblablement profiter des valeurs non utilisées, sous réserve des limites ci-dessus énoncées.

En matière fiduciaire, le testateur n'aura qu'à prévoir la nomination d'un gardien remplaçant, les valeurs destinées à l'animal demeurant entre les mains du fiduciaire<sup>73</sup>. Dès la prise de possession de l'animal, le remplaçant sera naturellement assujéti à l'obligation d'utiliser les sommes remises par le fiduciaire, de la même manière et suivant les mêmes modalités que celles qui étaient applicables au gardien initial.

Le testateur devra également prévoir le remplacement du fiduciaire, advenant son décès ou sa démission. Toutefois, l'absence de disposition à cet effet ne compromettra pas la validité de la fiducie, le tribunal étant, comme nous l'avons vu précédemment, autorisé par le Code civil à combler la vacance, sur requête d'un intéressé<sup>74</sup>.

## CONCLUSION

De nombreuses recherches scientifiques confirment la représentation humaine qu'entretiennent plusieurs personnes de leur animal de compagnie. Comme l'affirme le professeur Russel W. Belk, « [t]hese findings suggest that pets are also commonly seen as humans<sup>75</sup> ». Sans doute cette conception anthropomorphique de l'animal s'accroît-elle chez certaines personnes esseulées. Il suffit de penser aux gens du troisième âge dont le chien ou le chat représente trop souvent l'unique présence. Une présence à travers laquelle plusieurs chercheront à combler leurs besoins psychoaffectifs les plus élémentaires<sup>76</sup>.

La volonté d'une personne d'avantager son animal par testament témoigne parfois d'un tel isolement. Tel est précisément le cas de ceux qui entendent lui « léguer » l'ensemble de leur fortune. Dans d'autres situations, les dispositions testamentaires ne traduiront rien d'autre qu'un souci protecteur tout à fait honorable. Les besoins de l'animal survivront au décès du maître, d'où l'importance d'y porter attention dans le testament, que ce soit au terme d'un legs à charge ou d'une fiducie d'utilité privée.

73. Le testateur pourrait également confier au fiduciaire le soin de désigner lui-même le remplaçant.

74. C.c.Q., art. 1277.

75. Russel W. BELK, *loc. cit.*, note 6. Au terme de ses propres recherches, le professeur Belk adopte quant à lui une position un peu plus nuancée. Voir également Debra Lynn STEPHENS et Ronald Paul HILL, *loc. cit.*, note 5 et les nombreuses références citées dans Alain ROY, *loc. cit.*, note 4, aux pages 134-135.

76. Voir Pascale KREMER, « L'animal de compagnie entre à l'hôpital pour améliorer certains traitements », *Le Monde*, 7 septembre 1995. Selon une étude récente effectuée aux États-Unis auprès de 240 couples, la présence d'un animal de compagnie réduirait le stress et, partant, améliorerait la performance cardiovasculaire de manière significative: Karen ALLEN, Jim BLASCOVICH et Wendy B. MENDES, « Cardiovascular Reactivity and the Presence of Pets, Friends, and Spouses: The Truth About Cats and Dogs », (2002) 64 *Psychosomatic Medicine* 727. Voir également Eugen DREWERMANN, *De l'immortalité des animaux*, Paris, Éditions du Cerf, 1992, p. 74.

Quelles que soient les motivations du maître et les modalités de la planification testamentaire, l'établissement de legs au profit d'animaux pousse la conception anthropomorphique de l'animal à son extrême limite. Il ne s'agit plus, ici, d'assimiler l'animal au monde humain pour combler les carences de l'Homme, mais pour satisfaire les besoins de l'animal lui-même. L'anthropomorphisme ne sert plus la seule cause de l'Homme, elle sert désormais la cause de l'animal<sup>77</sup>.

Évidemment, une telle évolution ne trouve nullement écho dans le *Code civil du Québec*, dont la structure repose encore et toujours sur la *summa divisio* personne/chose<sup>78</sup>. Puisque l'animal n'est pas une personne, il ne peut être qu'une chose, malgré les résultats incongrus qu'une telle qualification peut occasionner. Comme l'explique la Présidente de la chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris, Suzanne Antoine, « [o]n a le sentiment d'être face à une construction à laquelle il manque une pièce : il n'y a aucune place pour y faire entrer l'animal<sup>79</sup> ».

Or, l'évolution des mentalités, observée à travers la problématique des legs consentis aux animaux, appuie l'aménagement d'une pièce sur mesure. À l'instar du droit suisse et du droit en vigueur dans certains États américains, le législateur québécois devrait introduire dans le Code civil un cadre juridique spécifique à l'animal, notamment en matière successorale<sup>80</sup>. Bien qu'il soit légalement possible de satisfaire aux demandes du maître soucieux d'assurer le bien-être matériel de son animal par testament, le législateur aurait intérêt à s'affranchir de la *summa divisio* qui, en

77. Le professeur Belk dénonce ce phénomène en ces termes : « The “pathetic fallacy” of anthropomorphizing them may humanize our pets, but only through a metaphoric projection on our parts. This is seen most clearly when someone takes the metaphor too literally and bequeaths an estate to a pet [...] » : Russel W. BELK, *loc. cit.*, note 6, 122.

78. En 1958, le doyen Savatier dénonçait vivement l'une des catégorisations les plus importantes du droit civil : « [...] la distinction des meubles et des immeubles est artificielle et fautive ; elle est devenue une déformation presque monstrueuse de notre droit » : René SAVATIER, « Classification juridique des biens. Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », R.T.D. civ. 1958.1, 2.

79. Suzanne ANTOINE, *loc. cit.*, note 62. Voir également Suzanne ANTOINE, *loc. cit.*, note 2, 168.

80. Le professeur Marguénaud propose la reconnaissance d'une véritable personnalité juridique animale, non dans une perspective anthropomorphique, mais à des fins de pure commodité technique : Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *op. cit.*, note 18, p. 387 et suiv. et « La personnalité juridique des animaux », D.1998.chr.205. Pour une perspective encore plus audacieuse, voir Marc-Jean GARNOT, *op. cit.*, note 3, notamment aux pages 184 et suiv. Pour une réflexion critique sur l'attribution de véritables droits aux animaux, voir Richard A. EPSTEIN, « Animal as Objects, or Subjects, of Rights », 171 *John M. Olin Law & Economics Working Paper (2d series)* 1 (2002). Pour une synthèse de la problématique, voir Georges CHAPOUTHIER, *Les droits de l'animal*, Paris, P.U.F., 1992, p. 48-56.

cette matière comme en d'autres, impose aux juges et aux praticiens diverses formes de contorsions intellectuelles dont on pourrait facilement faire l'économie<sup>81</sup>.

---

81. Certains en semblent tout à fait incapables: « En l'état actuel du droit (et de notre civilisation), la *summa divisio* personne/chose est indépassable, ce qui condamne l'émergence d'une véritable troisième catégorie »: Thierry REVET, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », *R. T.D. civ.* 1999.2.474, 482. Voir cependant Marie-Anne DRESZER, « L'exercice du droit de propriété sur l'animal », dans Alain COURET et Frédéric OGE, *Homme, Animal, Société II - Droit et Animal*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1988, p. 251, à la page 257.



# LE TITRE ABORIGÈNE : ÉMERGENCE D'UNE FIGURE NOUVELLE ET DURABLE DU FONCIER AUTOCHTONE ?

*Ghislain Otis\**

## 1. LES SOURCES DU TITRE ABORIGÈNE

1.1 De la « découverte » à la constitutionnalisation des droits ancestraux

1.2 Le titre aborigène : une tenure originaire

1.3 La continuité comme métaphore

## 2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DU TITRE ABORIGÈNE

2.1 Une occupation traditionnelle suffisante

2.2 Une occupation exclusive

2.3 Une occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté

2.4 Une occupation qui doit avoir persisté jusqu'à aujourd'hui ?

## 3. LES ATTRIBUTS DU TITRE ABORIGÈNE

3.1 Un titre de groupe ou communautaire

*3.1.1 Le nécessaire rattachement à une communauté historique :  
la généalogie culturelle*

*3.1.2 Les critères de détermination du groupe contemporain  
titulaire du titre*

*3.1.3 Les droits individuels dérivés du titre communautaire*

3.2 Un titre insusceptible d'« *exo-transmission* »

---

\* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval. Le texte a déjà été publié dans (2005) 46 *C.de D.* 795

*3.2.1 L'exclusivité autochtone comme fondement de l'interdit d'aliéner*

*3.2.2 Les conséquences de l'inaliénabilité du titre*

**3.3 Un titre porteur d'une maîtrise de l'espace foncier**

*3.3.1 Une maîtrise exclusive de l'espace foncier*

*3.3.2 La maîtrise d'un espace foncier global*

*3.3.3 Une maîtrise foncière indifférenciée*

*3.3.4 Une maîtrise contrainte par l'intangibilité des affectations fondatrices : « la limite intrinsèque »*

*3.3.5 Une maîtrise uniforme*

**CONCLUSION**

\* \* \*

François Frenette n'a jamais été indifférent à la question des droits des peuples autochtones. Alors qu'il dirigeait le programme de diplôme en droit notarial à la Faculté de droit de l'Université Laval, le professeur Frenette avait même reçu très favorablement la demande, faite par l'auteur de cet article, d'ouvrir le cours de droit autochtone aux futurs notaires. Il était convaincu de l'importance pour ces derniers de découvrir cette matière méconnue mais dont il percevait bien qu'elle était sur le point de bouleverser les certitudes des juristes québécois en matière de droit foncier. Cette contribution au présent ouvrage offre donc l'occasion de poursuivre le travail de sensibilisation au foncier autochtone que le professeur Frenette appelait de ses vœux.

Comment expliquer que le titre aborigène, doctrine aux origines presque aussi anciennes que la présence de la Couronne britannique en Amérique du Nord, paraisse, aux yeux de bon nombre de juristes, entièrement neuf et nimbé de mystère? Nul doute, c'est parce que, tout comme l'ensemble des droits ancestraux, le titre originaire autochtone est en quelque sorte un rescapé, voire un miraculé, de l'histoire politico-juridique du pays. Inopinément mis au jour par les juges et le constituant à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, le titre aborigène était, jusqu'à très récemment, resté en « dormance » et sans substance dans le droit étatique en raison de l'acharnement des autorités à l'éteindre ou à l'occulter.

Il faut en effet se rappeler que si aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles les puissances coloniales européennes se sont affrontées, au prix de lourds sacrifices humains et financiers, sur les champs de bataille de l'Amérique, cela n'a pas été pour laisser le continent aux « Indiens<sup>1</sup> ». Aussi, la reconnaissance

1. C'est une réalité historique qu'évoque avec candeur la Cour suprême lorsqu'elle déclare dans l'affaire *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1071, que « le désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises ne peut non plus faire de doute. Murray

initiale des droits des autochtones sur leurs terres traditionnelles par la Couronne britannique n'a-t-elle été qu'un repli tactique dans une stratégie d'occupation européenne du territoire tenue pour inéluctable. La reconnaissance du foncier autochtone par le droit colonial ne pouvait dès lors qu'être provisoire et transitoire en attendant sa dissolution à la faveur d'ententes, ou par le travail d'acculturation des populations indigènes<sup>2</sup>.

Le cours des événements ayant contrarié la destinée que le colonisateur assignait à l'« Indien », les revendications foncières et politiques des peuples autochtones ont ressurgi sur le devant de la scène. Cette résurgence s'explique notamment par le fait que, pendant des générations, la société dominante a poursuivi l'occupation et l'utilisation des terres sans vraiment se demander si le titre autochtone original pouvait y faire obstacle et alors même que, sur une grande partie du territoire, aucun traité n'avait préalablement réglé la question. Aujourd'hui, il incombe aux institutions étatiques, dont les juges, de donner *a posteriori* un sens aux droits ancestraux, de leur frayer un chemin, par un travail « à rebours », dans de riches entrelacs de droits fonciers sur des espaces de plus en plus mobilisés pour le développement du pays.

Fortement sollicités, notamment en raison des dysfonctionnements du processus de négociation politique, les juges travaillent, selon une méthode que nous pourrions qualifier d'expérimentale, à partir de matériaux juridiques bruts et rudimentaires sans pouvoir puiser à un corpus jurisprudentiel et doctrinal issu d'une longue expérience pratique de la tenure ancestrale par les acteurs du droit étatique. Et c'est ainsi qu'émerge laborieusement, tel un spectre sorti du brouillard des mémoires oubliées, la figure nouvelle du foncier qu'est le titre aborigène, à la faveur d'un exercice dont l'enjeu n'est rien de moins que le partage de la richesse, du pouvoir et de la légitimité historique.

En saisissant le juge de la question de leurs droits ancestraux, les autochtones deviennent *de facto* des acteurs du système étatique de production de normes. Un décalage peut toutefois persister entre la légalité de l'ordre constitutionnel et sa légitimité, et la légalité même peut revêtir

---

s'employait depuis des années à une guerre qui avait pour but d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne. Il n'aurait vraisemblablement pas accordé, sans plus de précision, des droits absolus qui pouvaient paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis». Dans la même optique, la Cour refusait récemment d'interpréter la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, app. II, n° 1, comme réservant la Nouvelle-Écosse aux Mi'kmaq puisque « les projets de colonisation de la Nouvelle-Écosse s'en seraient [alors] trouvés anéantis » : voir *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, par. 95 [ci-après cité l'affaire « *Marshall III* »].

2. La *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1, qui contient la première reconnaissance constitutionnelle des droits historiques des peuples autochtones sur leurs territoires traditionnels, précise que la protection qui en découle vaut « for the present, and until our further Pleasure be known » et met en place toutes les conditions juridiques permettant l'extinction de ces droits dans l'avenir.

diverses acceptions selon qu'est adoptée une perspective étatique ou extra-étatique. Notre article n'aborde toutefois pas la question fondamentale de la légitimité de l'ordre étatique du point de vue des autochtones<sup>3</sup>. Il s'agit plutôt ici d'analyser de manière critique la conception que se font les institutions étatiques des droits historiques des premiers occupants.

Les pages qui suivent contiennent une présentation synthétique et analytique des principales questions que soulève la définition contemporaine du titre aborigène dans la sphère étatique. Notre propos se divise en trois grandes rubriques : les sources du titre aborigène (1), ses conditions d'existence (2) et ses attributs (3).

## 1. LES SOURCES DU TITRE ABORIGÈNE

### 1.1 De la « découverte » à la constitutionnalisation des droits ancestraux

Au regard de l'histoire du droit occidental en Amérique, la reconnaissance étatique de droits ancestraux des peuples autochtones trouve son origine dans la *real politik* ayant amené les autorités coloniales britanniques à renoncer à une application canonique de la *terra nullius* afin, d'abord, d'assurer la sécurité et le développement des colonies anglaises et, ensuite, de forger des alliances militaires avec les indigènes dans la quête d'hégémonie en Amérique du Nord<sup>4</sup>. Cette pratique est devenue une politique officielle relevant des autorités impériales au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle et a été solennellement codifiée dans la *Proclamation royale de 1763* après la Conquête du Canada<sup>5</sup>. L'intégration de cette politique dans la common law a d'abord été opérée par le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis qui, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, a articulé la doctrine dite de la « découverte » pour rendre compte à la fois de la souveraineté de l'État sur les peuples autochtones et de la persistance de droits d'origine précoloniale en faveur de ces peuples<sup>6</sup>. La Cour suprême du

3. Pour une remise en cause de la légalité et de la légitimité de l'affirmation unilatérale de souveraineté de la Couronne à l'égard des peuples autochtones, voir notamment : J. BORROWS, « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 537 ; J. BORROWS, *Recovering Canada. The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

4. Voir A. ÉMOND, « Les mutations de la "découverte" ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique », dans G. OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 13.

5. J. STAGG, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763: An Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*, Ottawa, Centre de la recherche historique, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981 ; J. WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996.

6. *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. 543 (1823) ; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).

Canada a reconnu, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la pertinence du droit de la découverte comme fondement en common law d'un titre ancestral au Canada<sup>7</sup>.

Lorsqu'en 1982, contraint par une conjoncture juridique et politique favorable aux autochtones<sup>8</sup>, le constituant s'est préoccupé à nouveau de la question, il a donc inscrit dans la loi fondamentale des droits déjà admis par la common law bien qu'ils aient été sans substance connue, ce qui a fait dire aux juges de la Cour suprême que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>9</sup> a « constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law<sup>10</sup> ». Ils ont ajouté, cependant, que la common law n'épuise pas nécessairement le contenu des droits visés par l'article 35, ce qui donne ainsi une certaine portée autonome à la disposition constitutionnelle<sup>11</sup>.

D'aucuns se sont appuyés sur cette autonomie potentielle de l'article 35 pour avancer l'idée d'une dualité de régimes de protection des droits ancestraux en droit étatique : il y aurait, d'une part, l'article 35 qui fonderait un régime ayant valeur constitutionnelle et, d'autre part, la common law qui reconnaîtrait des droits en marge de la disposition constitutionnelle et selon des règles différentes. La logique dualiste ferait qu'un droit ancestral qui ne serait pas reconnu par la Constitution pourrait tout de même l'être en application de la common law coloniale<sup>12</sup>.

Pourtant, il ressort clairement de la position de la Cour suprême que celle-ci considère l'article 35 comme un code complet en matière de droits ancestraux englobant intégralement la common law mais pouvant s'étendre au-delà de celle-ci dans des situations encore indéterminées. En d'autres termes, lorsqu'elle définit les droits ancestraux aux fins de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la plus haute juridiction du pays s'attache à définir *tous* les droits ancestraux reconnus par le droit étatique canadien.

7. *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 ; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 377-378 ; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 35-37. Toutefois, les tribunaux ne s'inspireront de la théorie de la découverte élaborée par le juge Marshall que pour dégager les fondements historiques et les principes généraux applicables au Canada.
8. Dans l'affaire *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précitée, note 7, la Cour suprême avait reconnu la persistance d'un titre aborigène au Canada, ce qui a donné un souffle nouveau et fort aux revendications territoriales ainsi qu'aux négociations politiques s'y rapportant.
9. Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). Le premier paragraphe de l'article 35 dispose laconiquement ceci : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».
10. Voir notamment : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 133 ; *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 11.
11. *Delgamuukw*, précité, note 10, par. 136 ; *Mitchell*, précité, note 10.
12. M.D. WALTERS, « The “ Golden Thread ” of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », (1999) 44 *McGill L.J.* 711 ; R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001, p. 24-31.

Il reste encore à comprendre comment se fait la jonction du droit étatique et des droits ancestraux et, plus particulièrement, à mettre en évidence les éléments de référence normatifs qui permettent au juge de définir ces droits de manière à les opérationnaliser dans la sphère étatique. Parce que cette question des sources normatives du titre aborigène a une incidence déterminante sur ses conditions d'existence et ses attributs, il importe de l'examiner en premier lieu.

## 1.2 Le titre aborigène : une tenure originaire

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* « reconnaît et confirme » les droits ancestraux, y compris le titre aborigène<sup>13</sup> des peuples autochtones. La terminologie employée par le constituant n'est pas fortuite, car le principe de « reconnaissance » suppose que le droit étatique rend légitime et effective une situation préexistante<sup>14</sup>. C'est ainsi que les droits ancestraux ne puisent pas leur source dans une concession ou une attribution de l'État mais dans la validation par celui-ci de droits dont les origines lui sont en principe étrangères<sup>15</sup>. La Cour suprême a consacré sans ambages le fondement préétatique du titre ancestral qui est dès lors tenu pour originaire, ou encore « inhérent », par opposition aux droits fonciers des autres citoyens qui ne peuvent être, en principe, que dérivés du titre de la Couronne<sup>16</sup>.

Pour exprimer l'ancestralité de la tenure aborigène, c'est-à-dire le fait que les autochtones sont réputés tenir la terre des ancêtres plutôt que de l'État, le droit étatique postule que le titre des autochtones se superpose *ab initio* au titre sous-jacent que la Couronne tire de l'acquisition de la souveraineté sur le territoire<sup>17</sup>. Le titre aborigène ferait de la sorte exception au principe de la domanialité foncière selon lequel la terre appartient

13. Le titre aborigène n'est qu'une des manifestations de la doctrine des droits ancestraux; voir : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 25-29; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 137-139; *Marshall III*, précité, note 1, par. 38.

14. « Reconnaissance: 1. Acte par lequel une personne déclare tenir pour établie une situation de fait ou de droit préexistante qui la concerne »: H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 467.

15. *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 75.

16. Selon la Cour suprême, « [l]e titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite ». Le plus haut tribunal canadien ajoute que « le titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques »: voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 114. Voir aussi, notamment, *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 378.

17. *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 379-380; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 145.

au souverain sous réserve de concessions consenties par ce dernier<sup>18</sup>. En l'absence de convention ou de traité, la délimitation du domaine ancestral n'est pas consignée dans un document ayant valeur officielle, pas plus qu'elle n'a fait l'objet d'une publicité. Cette indétermination spatiale de l'emprise aborigène n'est d'ailleurs pas étrangère à l'insécurité foncière qui, pour l'État, ses cessionnaires et les autochtones, résulte de sa reconnaissance.

### 1.3 La continuité comme métaphore

En « reconnaissant » et en « confirmant » le titre ancestral, le droit de l'État affirme la persistance de ce titre par-delà l'événement capital qu'est l'affirmation de la souveraineté coloniale. Cependant, cela revient-il à admettre également la reconduction dans la sphère étatique de l'ordre juridique d'origine précoloniale qui définirait encore aujourd'hui les attributs et la portée du titre autochtone ? Des auteurs ont défendu l'idée de lier la réception des droits ancestraux au principe ancien du droit impérial britannique, exprimé dans l'affaire *Campbell v. Hall*<sup>19</sup>, voulant que le droit en vigueur dans certains territoires intégrés au domaine de la Couronne – la *lex loci* – continue de s'appliquer sous réserve de l'ordre public ou d'un acte formel exprimant la volonté contraire du souverain<sup>20</sup>. Lorsqu'il a été appliqué dans les colonies africaines et asiatiques, ce principe de continuité semble avoir le plus souvent donné lieu à un système de personnalité des lois soumettant les indigènes à la *lex loci* et les colons à la loi britannique<sup>21</sup>.

Certains passages de la jurisprudence de la Cour suprême pourraient donner à penser que le droit étatique n'a fait, effectivement, que maintenir en vigueur, nonobstant l'avènement de la Couronne, les lois ancestrales autochtones. Ainsi, dans l'affaire *Mitchell c. M.N.R.*, la juge en chef McLaughlin, avec l'appui de la majorité des juges, décrit dans les termes

18. Selon les principes de base du droit domanial, « toutes les terres qui n'ont pas été explicitement concédées sous un régime ou sous un autre demeurent la propriété de la Couronne » : voir P. LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec : traité de droit domanial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 31. Le professeur McNeil a toutefois démontré que cet aspect du droit domanial repose parfois sur une fiction et qu'il y a été dérogé, dans certains contextes coloniaux, au profit de non-autochtones afin de reconnaître les effets d'une possession de longue date antérieure à l'affirmation de souveraineté : voir K. MCNEIL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 147-157.

19. *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 848 (K.B.).

20. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 12 ; R.L. BARSH, « Indigenous Rights and the *Lex Loci* in British Imperial Law », dans K. WILKINS (dir.), *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, p. 91. Pour une analyse de principe de continuité, voir K. MCNEIL, *op. cit.*, note 18, p. 179-192.

21. Voir notamment R.L. BARSH, *loc. cit.*, note 20, p. 101-105 ; S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles et Montréal, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2003, p. 178-181.

suiuants le fondement des droits ancestraux dans le droit colonial britannique :

Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi [...] l'établissement des Européens n'a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne ; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité ; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien<sup>22</sup>.

La juge en chef mentionne plus loin « le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région<sup>23</sup> ». Or il existe un indéniable décalage entre ce discours de la pérennité des lois autochtones et la méthode invariablement utilisée par la Cour suprême, y compris dans l'affaire *Mitchell* précitée, pour définir les droits ancestraux.

En effet, au moment de dégager les tenants et aboutissants du régime applicable à ces droits, la Cour suprême ne prétend pas juger en vertu des règles de droit d'origine précoloniale d'une quelconque communauté autochtone<sup>24</sup>. Les juges s'attachent plutôt à atteindre l'objectif politique propre à l'ordre constitutionnel canadien qui est, selon la Cour suprême, de concilier la préexistence des autochtones avec la société issue de la souveraineté de la Couronne<sup>25</sup>. S'agissant du titre aborigène, tant ses conditions d'existence que ses attributs ont été définis par les juges sans que ceux-ci prétendent donner effet à un système juridique autochtone dont la normativité directe aurait été « continuée » dans la sphère étatique. Nul principe « endogène » ou « originel » tiré d'un ordre précolonial particulier n'est mobilisé pour définir le titre en droit étatique comme une maîtrise exclusive et générale, bien qu'elle soit relative, de la terre et du sous-sol<sup>26</sup>. Aucune référence, non plus, aux traditions juridiques ancestrales pour étayer le principe de modulation ou de gradation des droits en fonction

22. *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 9-10.

23. *Id.*, par. 62.

24. Pour une analyse plus fouillée de cette question, voir G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591.

25. *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 43.

26. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 117.

de l'intensité d'usage précolonial de la terre et qui permet de distinguer le titre, en tant que maîtrise foncière, de simples droits de prélèvement de ressources sur les terres du domaine public à des fins particulières<sup>27</sup>.

Certes, la Cour suprême admet la nécessité de tenir compte du point de vue autochtone dans le traitement d'une revendication et, dès lors, l'opportunité de faire référence aux régimes juridiques autochtones traditionnels comme représentations de la perspective autochtone dans l'application des conditions d'existence des droits ancestraux dégagées par les juges étatiques<sup>28</sup>. Cependant, les limites des droits autochtones endogènes comme source matérielle du titre ancestral apparaissent bien à la lecture des motifs rédigés par les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall III*. La Cour suprême devait notamment décider dans ce cas si certaines communautés mi'kmaques détenaient un titre aborigène sur des parties importantes des provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Le débat devant la Cour suprême a porté largement sur les conditions d'existence du titre aborigène et sur leur application aux peuples traditionnellement nomades ou semi-nomades.

S'exprimant au nom des cinq juges majoritaires, la juge en chef affirme qu'il doit toujours y avoir un degré suffisant de concordance entre les pratiques précoloniales relatives au territoire et la nature du droit ancestral revendiqué en droit étatique – que la Cour suprême appelle le « droit moderne » :

[Le] tribunal doit examiner la pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté et la transposer en un droit moderne. Le processus commence par l'examen de la nature et de l'étendue de la pratique autochtone en question et se poursuit par la recherche du droit qui lui correspond en common law. Ainsi, le processus permet d'établir la nature et l'étendue du droit moderne et concilie les perspectives autochtone et européenne<sup>29</sup>.

Puisqu'en droit « moderne » le titre aborigène consiste en une maîtrise exclusive de la terre ressemblant, sous ce rapport, à un droit de propriété, l'usage précolonial doit avoir été de la nature du contrôle exclusif du territoire revendiqué<sup>30</sup>. Si la Cour suprême avait défini autrement le titre dans l'affaire *Delgamuukw*, le critère d'occupation aurait pu être moins onéreux. De même, puisque le droit moderne ou étatique applique un principe de gradation des droits ancestraux selon l'intensité de l'usage traditionnel, le groupe revendiquant un titre doit démontrer une occupation précoloniale suffisante pour que ses prérogatives foncières

27. *R. c. Adams*, précité, note 13, par. 26 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 35-39 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 159 ; *Marshall III*, précité, note 1, par. 59.

28. Par exemple, on pourra tenir compte des règles de droit autochtones concernant un territoire comme indice d'une occupation traditionnelle de ce territoire : voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 609-610.

29. *Marshall III*, précité, note 1, par. 51.

30. *Id.*, par. 57. Voir aussi *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 57.

aillent au-delà de droits limités de prélèvement<sup>31</sup>. Pour qualifier les pratiques précoloniales, les tribunaux adopteront une approche empreinte de flexibilité et tiendront compte du mode de vie spécifique des autochtones et, le cas échéant, de leurs régimes fonciers<sup>32</sup>. Cependant, cette prise en considération du point de vue autochtone reste subordonnée à la définition des droits ancestraux en droit étatique ou moderne.

Dès lors qu'il apparaît que la référence, dans les motifs des juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, à la « common law » ou au « droit moderne » sert à désigner le corpus singulier élaboré aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non pas nécessairement le droit commun des biens appliqué à la population non autochtone, il ne saurait être question d'imputer à la Cour suprême une volonté de rompre avec le principe fondamental de l'originalité ou du caractère *sui generis* du titre aborigène.

Sans récuser les attributs du titre aborigène en « droit moderne » mis en avant dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge LeBel, exprimant aussi l'opinion du juge Fish, estime que la seule manière de rendre justice au rapport unique que les peuples nomades ou semi-nomades entretenaient avec la terre est de « recourir à des conceptions autochtones de territorialité, d'utilisation du territoire et de propriété<sup>33</sup> » pour « définir la norme nécessaire pour établir le titre aborigène<sup>34</sup> ». Les juges minoritaires accordent donc un rôle très important aux traditions juridiques autochtones dans l'application du critère d'occupation en droit étatique puisque le titre des autochtones témoigne, selon eux, « de leur rapport avec les territoires et de leurs lois coutumières en matière de droit de propriété<sup>35</sup> ». Pour le juge LeBel, le degré d'occupation physique du territoire par un peuple autochtone avant la souveraineté de la Couronne « ne représente pas le critère déterminant », car « le rapport qu'entretient le groupe avec le territoire prévaut<sup>36</sup> ».

Bien qu'elle soit motivée par le noble souci d'éviter une exigence trop stricte d'occupation physique qui pénaliserait systématiquement les peuples nomades ou semi-nomades<sup>37</sup> en occultant la complexité et la richesse

31. *Marshall III*, précité, note 1, par. 59 et 77.

32. *Id.*, par. 50, 68, 69 et 70.

33. *Id.*, par. 127.

34. *Id.*, par. 131.

35. *Id.*, par. 130, 132, 134 et 139.

36. *Id.*, par. 136.

37. Le juge LeBel craint même une application *de facto* de la *terra nullius* : voir *Marshall III*, précité, note 1, par. 132 et 134. Il ne faudrait toutefois pas oublier que l'absence de titre foncier exclusif en faveur d'un peuple autochtone ne signifie pas le déni total de droit de premier occupant sur les terres traditionnellement utilisées avant l'arrivée de la Couronne puisque, selon le principe de gradation des droits, des droits sur les ressources peuvent exister indépendamment de la maîtrise du fonds de terre comme tel.

de leur rapport à la terre<sup>38</sup>, cette approche, qui donne un poids déterminant à la conception précoloniale du foncier, n'est pas exempte de difficultés majeures. D'une part, elle pourrait paradoxalement desservir les autochtones qui, aujourd'hui, souhaiteraient jouir du titre aborigène tel qu'il a été défini en droit étatique dans l'affaire *Delgamuukw*. En effet, dès lors que leurs représentations précoloniales de la terre ne sont pas compatibles avec une conception géométrique et exclusiviste de l'espace, qui est une dimension essentielle du titre aborigène en droit étatique<sup>39</sup>, nul ne saurait, sans méconnaître la perspective autochtone, imposer une cartographie foncière qui lui serait par hypothèse étrangère. D'autre part, dans le cas où la territorialité traditionnelle d'un groupe nomade nouerait un lien sacré ou culturellement fondamental avec l'ensemble des terres que ses membres ont fréquentées avant l'avènement de la Couronne, le principe de gradation des droits, pourtant central à la doctrine étatique des droits ancestraux, pourrait être fortement mis à mal. Or le juge LeBel ne conteste nulle part ouvertement le bien-fondé de ce principe.

Il appert que, pour qu'elle puisse se développer et porter tous ses fruits, la méthode prônée par les juges minoritaires devrait être assortie d'une remise en cause d'aspects importants du régime étatique des droits ancestraux, un pas que même ces juges ne semblent pas prêts à franchir. En revanche, comme nous l'expliquerons plus loin, la majorité dans l'affaire *Marshall III* aurait pu, sans provoquer de bouleversement dans les principes, mieux intégrer la spécificité foncière des nomades à la mise en œuvre de ces principes.

En définitive, il semble évident que si les « lois » précoloniales sont « absorbées » ou ingérées par le droit étatique, comme l'affirme la Cour suprême dans l'affaire *Mitchell*, ce dernier n'a pas pour vocation de les restituer comme source formelle autonome de droits puisque la définition des droits ancestraux procède essentiellement du droit étatique et de sa finalité propre d'arbitrage postcolonial entre les intérêts autochtones et ceux de la majorité.

Que signifie alors la « continuité » des droits ancestraux confusément affirmée par la Cour suprême ? La reconnaissance d'un titre originaire veut, dans son principe, exprimer l'antériorité foncière autochtone et donc l'origine précoloniale du rapport juridique des autochtones à la terre. C'est en raison de ce rapport préexistant que l'honneur de la Couronne exige qu'une maîtrise foncière leur soit aujourd'hui reconnue. Les autochtones contemporains sont, sur le plan discursif, réputés tenir

38. Pour une étude fouillée du rapport qu'un peuple nomade ou semi-nomade entretenait avec la terre avant l'arrivée des Européens, voir J.-P. LACASSE, *Les Innus et le territoire: Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004, p. 1-45.

39. C'est une dimension que les juges minoritaires ne prétendent d'ailleurs pas remettre en question.

leurs droits des ancêtres non pas parce que ces droits donnent lieu à la réception pure et simple de l'ordre juridique ancestral mais selon une logique qui fait penser à une « créance foncière<sup>40</sup> » contractée au moment de l'affirmation de la souveraineté<sup>41</sup>, dont la cause est une situation précoloniale mais dont les modalités sont arrêtées conformément à un régime contemporain de droit étatique *sui generis*.

Le discours de la continuité participe donc d'abord et avant tout de la métaphore juridique. Il décline une représentation des droits ancestraux faisant l'économie d'une mise en possession coloniale et permet de la sorte au droit constitutionnel d'ancrer, sur le plan symbolique, la tenure foncière autochtone dans une légitimité préétatique essentielle à la conscience identitaire de l'autochtonie.

Cette continuité métaphorique permet d'éviter les nombreux écueils d'une continuité, au sens propre, des ordres juridiques précoloniaux. En effet, s'il fallait considérer que, au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le droit colonial a maintenu en vigueur la *lex loci* en matière foncière, il serait *a priori* nécessaire de se demander à quelle condition le droit autochtone permet aux non-autochtones d'acquiescer quel droit foncier – sous réserve d'une dérogation étatique valide. Or cette approche saperait le fondement même du droit domanial selon lequel les droits fonciers des colons découlent d'une concession de la Couronne et ne peuvent donc être définis par le droit autochtone d'origine précoloniale. On pourrait tenter d'appliquer un système de personnalité foncière en vertu duquel les autochtones seraient seuls soumis à la *lex loci* précoloniale, alors que le droit étatique régirait les droits fonciers des non-autochtones. Toutefois, une telle solution poserait le problème de la délimitation des espaces soumis aux différents régimes juridiques et du droit applicable aux fins de cette délimitation.

En outre, le principe de continuité pourrait receler un piège pour les autochtones eux-mêmes qui, pour établir l'existence d'un droit ancestral, auraient le lourd fardeau de prouver qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté leur régime foncier leur conférait des droits précis dans un secteur particulier. Au surplus, comme le souligne le professeur McNeil,

---

40. L'analogie avec une créance foncière s'est précisée à la faveur d'une conversation avec le professeur Sylvio Normand que je tiens à remercier pour ses commentaires lumineux.

41. Le respect des droits préexistants des peuples autochtones est un corollaire de l'obligation de la Couronne d'agir honorablement, laquelle obligation tire, selon la Cour suprême, « son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple » : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32. Voir aussi *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 9.

l'application intégrale du droit traditionnel autochtone ne serait pas toujours à l'avantage de certains groupes pour qui il pourrait être malaisé de démontrer l'existence de droits fonciers exclusifs dans le système juridique hérité des ancêtres<sup>42</sup>.

## 2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DU TITRE ABORIGÈNE

Maîtrise exclusive et indifférenciée de la terre, le titre aborigène constitue « le droit ancestral supérieur<sup>43</sup> » et représente un capital foncier potentiellement très important bien que la loi puisse en restreindre parfois l'exercice ; il sera désormais au premier plan des revendications autochtones. En effet, d'un point de vue autochtone, la reconnaissance de droits « inférieurs », c'est-à-dire ceux qui permettent de s'adonner à certaines activités de prélèvement sur les terres publiques, n'aura d'intérêt que si cette voie d'accès aux ressources devient nécessaire pour pallier l'absence de titre foncier sur une partie significative des terres traditionnelles. En conséquence, la valeur des « droits-activités » sera directement proportionnelle à la difficulté d'établir l'existence du titre aborigène.

N'assujettir la démonstration du titre aborigène qu'à des conditions minimales donnerait aux autochtones le contrôle d'espaces et des ressources considérables et pourrait dès lors fragiliser, voire menacer, les intérêts socioéconomiques de la majorité non autochtone. Si, au contraire, les conditions sont trop onéreuses, l'importance de ce titre, si complet et supérieur soit-il, sera davantage illusoire que réelle. S'il s'avérait, par exemple, que le titre aborigène ne peut grever *grosso modo* que les terres de réserve existantes, l'affaire *Delgamuukw* aura été pour les autochtones une victoire à la Pyrrhus puisque cela n'aura fait que diminuer les droits de plusieurs communautés sur leurs réserves par l'entremise de la limite intrinsèque dont il sera question plus loin.

Il reste que les conditions d'existence du titre aborigène sont forcément tributaires du fait que ce titre est un droit de « premier occupant » qui trouve sa légitimité dans le principe d'« autochtonité » lui-même, c'est-à-dire dans la préexistence des peuples indigènes sur le territoire avant la colonisation européenne.

---

42. K. MCNEIL, « The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title », dans K. MCNEIL, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Center, 2001, p.102, à la page 108.

43. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 139.

## 2.1 Une occupation traditionnelle suffisante

La Cour suprême est formelle, « les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire<sup>44</sup> » de sorte que, à défaut de prouver un rattachement traditionnel suffisamment étroit avec les terres revendiquées, les autochtones pourront devoir se contenter de simples droits finalisés d'accès à des ressources. Dès lors, le degré de rattachement à la terre requis sera proportionnel à l'importance des droits revendiqués ; le titre aborigène étant la maîtrise foncière la plus complète, il en découlera pour les autochtones un fardeau de preuve plus onéreux que pour les autres droits<sup>45</sup>.

La preuve d'une occupation physique de l'espace revendiqué aura un poids déterminant dans le calibrage des droits ancestraux<sup>46</sup>, bien qu'elle puisse être renforcée, à titre complémentaire, par la preuve d'un rattachement à la terre exprimé dans les régimes fonciers préexistants<sup>47</sup>. Aux yeux du juge de culture européenne, l'occupation ressortira clairement de la construction de villages, de l'aménagement de lieux de sépulture ou de la culture de champs. Si ces modes d'appropriation de la terre propres aux populations sédentaires et agricoles ne sont guère problématiques, qu'en est-il du mode de vie des chasseurs-cueilleurs nomades ou semi-nomades qui représentaient la grande majorité des peuples autochtones vivant sur le territoire devenu le Canada ?

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef envoie des signaux ambigus quant à la possibilité pour ces peuples de jouir d'un titre aborigène. D'une part, il réitère ses propos tenus dans l'affaire *Adams* voulant qu'il ne soit pas certain que ces peuples nomades puissent revendiquer un titre lorsqu'ils « changeaient l'emplacement de leurs établissements [...] en fonction des saisons et des circonstances<sup>48</sup> ». D'autre part, il inclut dans les exemples d'occupation susceptible d'être jugée suffisante « l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources<sup>49</sup> » et dit que le tribunal tiendra notamment compte de la taille du groupe, de son mode de vie, des ressources à sa disposition et de la nature du territoire<sup>50</sup>. La

44. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 139.

45. *Marshall III*, précité, note 1, par. 52, 53, 58, 59 et 77.

46. *Id.*, par. 56.

47. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 147-148.

48. *Id.*, par. 139.

49. *Id.*, par. 149.

50. En traitant la limite intrinsèque, le juge en chef mentionne clairement l'hypothèse d'un titre fondé sur des activités de chasse : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 128.

Cour suprême tranche dans l'affaire *Marshall III* en confirmant que les peuples nomades ou semi-nomades capables d'établir qu'ils fréquentaient régulièrement un territoire pourront se voir reconnaître un titre sur celui-ci :

[La] possession, en common law, est un concept nuancé et contextuel. La question de savoir si la « possession physique » d'un territoire par un peuple nomade est suffisante pour conférer à ce peuple un titre sur ce territoire est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement. Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d'un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci [...] Il s'agira chaque fois de se demander si on a fait la preuve d'un degré d'occupation physique ou d'utilisation équivalent au titre en common law<sup>51</sup>.

Les juges majoritaires admettent ainsi « que l'exploitation des terres, des rivières ou du littoral marin pour la chasse et la pêche, ou la récolte d'autres ressources, peut se traduire en un titre aborigène sur le territoire si la pratique de l'activité était suffisamment régulière et exclusive pour fonder un titre en common law<sup>52</sup> ». Pourtant, ils ajoutent que « le plus souvent, toutefois, la pratique de la chasse ou de la pêche saisonnière dans une région déterminée se traduira par un droit de chasse ou de pêche<sup>53</sup> ». Considérant la preuve présentée par les Mi'kmaq dans l'affaire *Bernard*, la Cour suprême conclut qu'elle permet tout au plus de supposer une fréquentation saisonnière du secteur, ce qui ne suffit pas, compte tenu de l'absence de preuve directe d'une occupation des lieux, pour conclure à la formation d'un titre<sup>54</sup>.

À première vue, il n'est pas sûr que la Cour suprême soit ici fidèle à sa propre injonction appelant les juges à se montrer accueillants et perméables à la perspective autochtone. Les activités saisonnières d'exploitation de la terre et des ressources peuvent, considérant l'ensemble des éléments pertinents, traduire un rapport intensif et essentiel au territoire<sup>55</sup>. Abstraction faite des représentations symboliques et spirituelles du rapport ancestral à la terre pour ne retenir que la dimension matérielle ou physique, il se peut très bien que la fréquentation saisonnière d'un secteur ait constitué un usage intensif et régulier compte tenu des variables influant sur la disponibilité des ressources telles que la démographie, le climat et les diverses caractéristiques naturelles du territoire. Après tout,

51. *Marshall III*, précité, note 1, par. 66.

52. *Id.*, note 1, par. 58.

53. *Ibid.*

54. *Id.*, par. 82-83.

55. Pour une argumentation favorable aux peuples de chasseurs-cueilleurs comme les Innus, voir J.-P. LACASSE, *op. cit.*, note 38, p. 187-190. Voir aussi B.J. BURKE, « Left Out in the Cold: The Problem with Aboriginal Title under Section 35 (1) of the *Constitutional Act, 1982* for the Historically Nomadic Aboriginal Peoples », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 1.

plusieurs activités d'exploitation non autochtones du territoire ne sont-elles pas elles-mêmes nécessairement saisonnières et intermittentes<sup>56</sup>? Les motifs des juges majoritaires ne s'opposent pas, en réalité, à une telle conclusion puisqu'ils affirment sans équivoque que la nature de la preuve présentée dans chaque cas sera décisive.

Nous comprenons d'autant plus mal alors que ces magistrats aient jugé utile d'affirmer de manière quelque peu dogmatique qu'une activité saisonnière fondera «le plus souvent» de simples droits de prélèvement. Le dogmatisme en la matière pourrait créer entre les peuples autochtones des clivages et des inégalités foncières selon que leur mode de vie ancestral se rapprochait ou non de la culture occidentale. Ainsi, en raison de leur culture spécifique, certaines communautés métisses pratiquaient l'agriculture au moment de la mainmise effective des autorités sur le territoire, ce qui sera de nature à faciliter la preuve d'une occupation historique suffisante pour la reconnaissance d'un titre aborigène.

En somme, le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall III* n'empêche pas d'affirmer qu'un peuple nomade ou semi-nomade pourra prouver l'existence d'un titre aborigène sur des espaces plus considérables que les réserves actuelles, bien qu'il soit clair que tout emplacement fréquenté à un moment ou un autre par un groupe nomade ne sera pas grevé du titre aborigène. L'économie des peuples de chasseurs-cueilleurs reposait souvent sur l'usage systématique et régulier des grandes rivières et des lacs, de même que sur l'exploitation soutenue des ressources dans les zones côtières et riveraines avoisinant ces cours d'eau. Des secteurs particuliers – campements, lieux de rencontre, sites sacrés, etc. –, répartis sur d'amples territoires, étaient régulièrement utilisés. Dans la foulée de l'affaire *Marshall III*, cependant, il est évident plus que jamais que les demandeurs autochtones devront présenter au tribunal la preuve la plus complète et la plus précise possible<sup>57</sup>.

L'incertitude qui persiste quant à l'intensité de l'occupation précoloniale requise pour fonder un titre laisse aux juges une marge d'appréciation considérable dont ils pourront user pour opérer, sous le couvert de la pondération de la preuve, des arbitrages fonciers entre autochtones et non-autochtones. Ces arbitrages seront d'autant plus plausibles que, en

---

56. Le professeur Hamelin rappelle à ce propos qu'au Québec «les non-Autochtones d'aujourd'hui sont très loin d'occuper chacun des monts, versants, vallées et plateaux du Bouclier canadien et pourtant, ils donnent l'impression d'être partout chez eux!» Voir L.-E. HAMELIN, «La dimension nordique de la géopolitique au Québec», *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 8, 2005, p. 21.

57. Cette preuve devra comprendre notamment la tradition orale de la communauté, à condition que celle-ci soit pertinente et raisonnablement fiable; voir: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 92-108; *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 27-40; *Marshall III*, précité, note 1, par. 68.

cas de doute quant à la suffisance de l'occupation, les magistrats pourront se rabattre sur la solution d'entre-deux ou de compromis que constitue la reconnaissance de droits ancestraux liés aux ressources. Après tout, la Cour suprême elle-même répète depuis l'affaire *Van der Peet* qu'en appliquant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les juges doivent s'efforcer de concilier la préexistence des sociétés autochtones avec la réalité juridique et sociale issue de l'affirmation de la souveraineté européenne.

## 2.2 Une occupation exclusive

L'occupation précoloniale ne doit pas seulement avoir été suffisante, il faut encore qu'elle ait été exclusive, exigence qu'impose logiquement l'exclusivité de la maîtrise foncière inhérente au titre aborigène<sup>58</sup> et qui distingue ce dernier des simples droits de prélèvement des ressources. À défaut de satisfaire à cette exigence, plusieurs groupes jouiront de droits-activités à l'égard des mêmes terres sans qu'aucun n'y détienne le titre foncier comme tel<sup>59</sup>. La Cour suprême réitère dans l'affaire *Marshall III* que l'occupation exclusive ressort de « l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif », alors que « des actes d'intrusion isolés ou la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne portent pas atteinte à l'exclusivité<sup>60</sup> ». En revanche, des empiètements unilatéraux, réguliers et systématiques qu'un groupe n'aurait pas la volonté ni la capacité d'arrêter feraient obstacle à la reconnaissance d'un titre.

Dans les cas où existe la preuve directe d'une volonté de contrôler l'accès au territoire et son usage, il faudra pouvoir conclure que cette ambition se traduisait par une hégémonie véritable sur le terrain. En d'autres termes, il importera d'établir que le groupe revendicateur était à même de faire admettre ses prétentions par les tiers ou de leur imposer ces dernières. Bien que dans l'affaire *Delgamuukw* le juge en chef Lamer considère comme pertinent le recours au droit coutumier autochtone pour prouver l'exclusivité<sup>61</sup>, la seule existence de normes juridiques ne suffit pas. La présence fréquente et incontrôlée d'intrus fera échec à l'exclusivité malgré l'existence de prohibitions coutumières puisque la communauté n'avait pas la capacité d'assurer l'effectivité de ses prétentions juridiques<sup>62</sup>.

58. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 155; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

59. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 159; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

60. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 156; *Marshall III*, précité, note 1, par. 57.

61. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 157.

62. Voir A. ÉMOND, « L'affaire *Delgamuukw* ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada », (1998) 39 *C. de D.* 849, 861-862.

Certains peuples autochtones n'éprouveront sans doute guère de difficultés à prouver que leurs ancêtres ont affirmé et exercé concrètement à l'égard des tiers leur mainmise sur les terres revendiquées. D'autres, en revanche, pourraient ne pas disposer de preuves de cette nature, ce qui ne veut pas dire qu'il leur est interdit de prétendre aujourd'hui posséder un titre aborigène. Il ressort en effet des motifs des juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III* que l'exclusion et la volonté d'exclure n'ont pas à être prouvées en tant que telles :

Souvent, aucune loi ou convention ne prévoit le droit d'exclure d'autres personnes, et il faut par conséquent en rechercher la preuve. Cependant, la recherche de preuves peut être une entreprise ardue. Il se peut que, la région étant peu peuplée, les conflits aient été rares ou inexistantes et il n'était pas nécessaire d'en exclure les étrangers. Ou il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion du point de vue autochtone<sup>63</sup>. [...] Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'actes d'exclusion pour établir l'existence d'un titre aborigène. Il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu<sup>64</sup>.

Ainsi, en l'absence de preuve d'actes précis d'exclusion ou d'événements de nature à établir explicitement ou implicitement les droits du groupe revendicateur (traités, rencontres, cérémonies, etc.), il faudra rechercher des éléments de preuve permettant d'inférer que ce groupe aurait pu, si telle avait été sa volonté, fixer les conditions d'accès des tiers au territoire, voire les en exclure. Cette façon de procéder, qui, en vérité, met l'accent sur la capacité présumée d'exclusion plutôt que sur la volonté effective d'exclure, permet d'éviter que les autochtones soient de nos jours les otages d'une culture ancestrale peu compatible avec l'exclusivisme propriétaire du monde occidental. Elle met de la sorte en relief l'intérêt d'affranchir le juge contemporain de toute obligation de conformité pointilleuse aux représentations foncières propres aux sociétés précolombiennes.

Tous les indices tendant à indiquer qu'un groupe était *de facto* prédominant dans la région, et donc à même d'exclure les tiers s'il en avait eu l'intention, seront pertinents. En voici quelques exemples : le fait que le groupe a été fortement majoritaire et que la présence avérée de tiers a été marginale ; le fait que le groupe majoritaire a occupé et exploité exclusivement, ou de manière prédominante, les points de passage stratégiques du territoire comme les emplacements donnant accès aux principales voies de navigation et aux autres sites assurant un accès privilégié aux ressources ; le fait que les incursions des tiers ont été de nature commerciale ;

63. *Marshall III*, précité, note 1, par. 64.

64. *Id.*, par. 65.

l'absence de revendication de droit sur le territoire de la part d'autres groupes<sup>65</sup> ; le fait que la culture du groupe revendicateur a infléchi celle des tiers présents sur le territoire<sup>66</sup>. Le critère de l'occupation suffisante peut en outre interagir avec celui de l'exclusivité étant entendu que la présence intensive et régulière du groupe revendicateur sur les terres en cause comptera parmi les indicateurs d'une position prédominante à l'égard de ces terres.

Toutefois, il ne faudrait pas présumer qu'une présence saisonnière serait *a priori* incompatible avec l'idée d'exclusivité si d'autres indices de contrôle étaient relevés, dont l'occupation constante et exclusive des lieux stratégiques d'accès au territoire. C'est pourquoi il faudra examiner attentivement l'ensemble de la preuve dans une affaire donnée avant de conclure, comme le font les juges majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, que « la saison terminée, toutefois, ils partaient et tout un chacun pouvait utiliser le territoire et y passer<sup>67</sup> ».

Le droit d'exclure les tiers au moment de la souveraineté pourra enfin avoir été exercé conjointement par plus d'une communauté. Si ces communautés se reconnaissaient mutuellement des droits sur le territoire à l'exclusion de tout autre groupe, elles pourraient jouir d'un titre commun opposable aux autres communautés<sup>68</sup>. Il n'y a pas de titre commun possible, ni même de titre tout court, lorsque plusieurs communautés, au lieu de se reconnaître mutuellement des droits à l'exclusion des tiers, se faisaient concurrence en vue d'acquérir le contrôle exclusif des terres.

### 2.3 Une occupation antérieure à l'affirmation de souveraineté

L'occupation suffisante et exclusive du territoire par les ancêtres du groupe revendicateur doit avoir été un fait accompli lors de l'affirmation de la souveraineté puisque c'est à ce moment-là que le titre de la Couronne s'est lui-même cristallisé<sup>69</sup>. Des auteurs ont critiqué<sup>70</sup> ou mis en doute<sup>71</sup> le

65. *Ibid.*

66. Force est de constater à cet égard la pertinence de l'expérience américaine : voir A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 863-864.

67. *Marshall III*, précité, note 1, par. 58.

68. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 158 ; *Marshall III*, précité, note 1, par. 54.

69. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 144-145. Pour une remise en cause de la légalité et de la légitimité de l'affirmation unilatérale de souveraineté de la Couronne à l'égard des peuples autochtones, voir notamment : J. BORROWS, « Sovereignty's Alchemy : An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 537 ; J. BORROWS, *Recovering Canada. The Resurgence of Indigenous Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

70. Voir S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 208-209.

71. Voir M. MORIN, « Les insuffisances d'une analyse purement historique des droits des peuples autochtones », dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, p. 57-58.

principe d'une date ou d'une période charnière parce qu'il ne permet pas à des groupes s'étant établis sur des terres après l'arrivée de la puissance coloniale d'acquérir un titre aborigène sur celles-ci. Pourtant, l'origine et la légitimité précoloniales du titre aborigène participent de sa nature même; c'est ce qui en fait un droit « préexistant » que l'ordre étatique ne fait que « reconnaître » et « confirmer ». Un groupe s'étant, par hypothèse, établi de fraîche date sur des terres ne pourrait prétendre sérieusement entretenir un lien « ancestral » avec celles-ci. De plus, toute capacité, même virtuelle, d'exclure les tiers du territoire – condition *sine qua non* à l'acquisition du titre aborigène – est écartée *de jure* par la présence de la souveraineté étatique qui empêche les autochtones de recourir à la force<sup>72</sup>.

Il se peut qu'après l'affirmation de la souveraineté certains groupes aient quitté leur territoire ancestral sous la contrainte pour aller se fixer sur d'autres terres du domaine public. Les tribunaux auraient toutefois tort de vouloir rendre justice à ces groupes en faisant fi de toute période charnière pour l'acquisition d'un titre ancestral. C'est plutôt en reconnaissant que le lien avec le territoire ancestral n'a jamais été rompu volontairement que sera évitée toute spoliation.

L'exigence d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté pose néanmoins le problème de la détermination de ce moment fondateur. La plus haute juridiction canadienne, qui n'a pas, à ce jour, analysé dans le détail cette condition d'existence du titre, n'indique pas si la souveraineté devra être effective ou simplement affirmée. Néanmoins dans la version anglaise des motifs majoritaires dans l'affaire *Marshall III*, la juge en chef emploie le plus souvent l'expression « at the time of sovereignty<sup>73</sup> », ou encore elle mentionne la période « pre-sovereignty<sup>74</sup> », ce qui connote une souveraineté avérée plutôt que simplement revendiquée. Il semble d'ores et déjà acquis que, s'agissant des Métis, l'occupation suffisante du territoire revendiqué devra remonter à la période antérieure à la mainmise effective des Européens sur le territoire<sup>75</sup>.

Il faut s'attendre que les tribunaux évitent de traiter les peuples autochtones de manière très différente selon qu'ils sont des Métis ou non. Une déclaration purement symbolique de souveraineté, qui n'était accompagnée d'aucune action en vue de relayer cette déclaration sur le terrain, ne posait aucun problème concret de conciliation des droits. Or c'est ce processus de conciliation qui est au cœur du droit étatique des droits ancestraux. Sans aller jusqu'à requérir la preuve d'un contrôle complet de

72. *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 153 (j. Binnie)

73. *Marshall III*, précité, note 1, par. 38, 39, 40, 61 et 71.

74. *Id.*, par. 48, 50, 51, 52, 55, 60, 64, 67, 70 et 77.

75. *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 18.

l'ensemble du territoire, les tribunaux rechercheront vraisemblablement une présence des autorités coloniales suffisante pour traduire une volonté de matérialiser l'affirmation de souveraineté<sup>76</sup>.

Encore faudra-t-il savoir de quelles autorités coloniales il est question. Dans les territoires ayant été d'abord colonisés par la Couronne française, conviendra-t-il de faire remonter la formation du titre au moment de la souveraineté française ou de la souveraineté britannique<sup>77</sup> ? La Cour suprême n'aborde pas cette question dans l'affaire *Delgamuukw*, mais l'importance qu'elle accorde à la common law dans l'analyse des sources du titre foncier ancestral pourrait donner à penser que l'élément de référence historique sera la souveraineté britannique puisque cette source du titre relevant du droit public ne s'est forcément activée sur le territoire de l'ancienne Nouvelle-France qu'à la faveur de la cession de cette colonie à la couronne britannique en 1763<sup>78</sup>. Il s'agirait cependant d'une déduction sujette à caution, car il faut d'abord se rappeler que l'affaire *Delgamuukw* mettait en cause une revendication concernant la Colombie-Britannique, soit un territoire appartenant à la zone de colonisation originaire britannique. Cela en soi suffit pour expliquer les multiples références au rôle de la common law dans la définition du régime du titre foncier ancestral. Au surplus, la Cour suprême a statué dans l'affaire *Côté* que la reconnaissance constitutionnelle de droits ancestraux procède au premier chef des pratiques foncières des peuples autochtones et n'exige donc pas que ces pratiques aient de tout temps été reconnues en tant que droits ancestraux par la common law<sup>79</sup>.

Il est vrai que dans les affaires *Marshall* et *Bernard*, qui mettaient en cause des territoires ayant fait partie de l'Acadie, les tribunaux, y compris la Cour suprême, ont déterminé les droits des Mi'kmaq en se référant au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique<sup>80</sup>. Toutes les parties semblent avoir fait l'impasse sur la souveraineté française dans ces affaires, situation qui ne risque guère de se produire au Québec où le Régime français a duré presque 150 ans et laissé un héritage juridique riche et durable, notamment en matière foncière.

76. Pour une revue de la doctrine sur la question de l'affirmation de la souveraineté, voir L. CHARTRAND, « Métis Aboriginal Title in Canada: Achieving Equality in Aboriginal Rights Doctrine », dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, p. 165-178.

77. Le professeur McNeil soulève la question sans pouvoir trancher : voir K. MCNEIL, « Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty », dans K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 78-80.

78. Cela semble être la position de S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 208. Voir aussi M. MORIN, *loc. cit.*, note 71, 59.

79. *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 51. Voir aussi : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 136 ; *Mitchell c. M.N.R.*, note 10, par. 11.

80. *Marshall III*, précité, note 1, par. 71.

La reconnaissance des droits ancestraux réalise la conciliation de la souveraineté de la Couronne et de la préexistence des sociétés autochtones sur le territoire. Or, en ce qui concerne une partie importante du territoire canadien, la Couronne a acquis sa souveraineté à la faveur d'une succession d'État. Cet aspect de la souveraineté de la Couronne fait partie du processus de conciliation, et il ne serait pas possible d'en faire totalement abstraction au moment de définir les droits ancestraux des autochtones sur ce territoire. D'ailleurs, la nécessité de confronter les droits des autochtones à la présence des colonisateurs n'est pas apparue qu'en 1763 mais bien avec l'arrivée des Français, ce que la plus haute juridiction du pays admet volontiers dans les affaires *Adams* et *Côté* en fixant au moment du contact avec ceux-ci la période de référence pour la définition des droits ancestraux ayant pour objet le prélèvement de ressources<sup>81</sup>.

Faire remonter la naissance du titre ancestral sur ce territoire à l'avènement de la souveraineté britannique ferait échec dans plusieurs cas à la notion même de titre aborigène. En effet, les autochtones n'auront de titre que s'ils prouvent qu'ils exerçaient, au moment de l'affirmation de la souveraineté, un contrôle effectif et exclusif du territoire revendiqué. Or au moment de la Conquête, la présence d'institutions et de populations françaises empêcherait dans bien des cas les autochtones de satisfaire à l'exigence de l'exclusivité. Les autochtones du Québec, surtout les Mi'kmaq, les Malécites, les Innus, les Attikameks et les Algonquins, risquent clairement de faire les frais de la colonisation française et d'être traités moins favorablement que ceux qui vivent ailleurs au Canada. Pourtant, nul ne doute depuis les affaires *Adams* et *Côté* que la Cour suprême ne voudra pas que les particularismes de l'histoire coloniale soient préjudiciables aux autochtones du Québec et des autres territoires ayant appartenu à la Nouvelle-France<sup>82</sup>.

Il serait impossible de contourner cet écueil en faisant purement et simplement abstraction de la souveraineté française. D'abord, une telle approche donnerait des résultats tout à fait contraires à la nature même du titre ancestral puisque certains groupes autochtones vivant aujourd'hui au Québec sont venus s'installer dans la vallée du Saint-Laurent avec l'autorisation du roi de France et sur des terres de missions catholiques

81. Un auteur s'appuie d'ailleurs sur ce seul fait pour conclure que l'avènement de la souveraineté française pourrait servir de période de référence : voir A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 853, note 19.

82. Dans *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 53, la Cour affirme la nécessité d'éviter « la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35 (1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ».

conçédées par ce dernier<sup>83</sup>. Or bien que ces communautés ne puissent prétendre tenir leurs terres directement de leurs ancêtres, les terres de réserve à tout le moins, elles seraient susceptibles, s'il fallait gommer complètement la souveraineté française à toute fin que de droit, d'y détenir un titre « aborigène ». En effet, elles occupaient de manière intensive leurs terres au moment de l'avènement de la souveraineté britannique<sup>84</sup>.

En outre, l'occultation du Régime français ne cadrerait tout simplement pas avec le droit colonial britannique puisque la Grande-Bretagne a reconnu formellement les effets de la souveraineté française sur les droits fonciers en garantissant aux Canadiens et aux autochtones domiciliés le respect des droits de propriété conférés par les autorités françaises<sup>85</sup>. En confirmant les droits acquis des Canadiens et des autochtones domiciliés, Sa Majesté validait les concessions françaises et acceptait leur effet possible sur les droits des autochtones sur les terres visées. D'ailleurs, si elle a conclu à l'absence d'extinction globale des droits ancestraux sous le Régime français<sup>86</sup>, la Cour suprême n'a nullement fermé la porte, dans l'affaire *Côté*, à la possibilité d'établir que certains actes spécifiques des autorités françaises aient pu opérer des extinctions limitées de droits ancestraux dans des situations précises.

S'agissant du Québec, il faut donc conclure que, dans les territoires ayant été rattachés à la Nouvelle-France, la naissance du titre aborigène devrait être fixée au moment de l'affirmation de la souveraineté française. C'est à juste titre que le gouvernement fédéral a retenu, dans sa politique de revendication territoriale, l'exigence que l'occupation traditionnelle du territoire ait été un fait accompli « au moment où *les nations européennes* ont prétendu à la souveraineté<sup>87</sup> ».

83. Les Français appelaient « domiciliés » ces autochtones venus s'établir aux abords des centres de peuplement : voir A. BEAULIEU, *Les autochtones du Québec : des premières alliances aux revendications contemporaines*, Québec, Fides, 1997, p. 71-74.

84. La Cour suprême a fait, dans l'affaire *R. c. Sioui*, précitée, note 1, 1070, des remarques incidentes qui tendent à mettre en doute l'existence d'un titre aborigène au Québec en faveur des Hurons sur les terres où la France aurait établi sa souveraineté. Elle a conforté ainsi l'idée que la souveraineté française constitue le moment de formation d'un tel titre. Ainsi, le juge en chef Lamer écrit : « Personne n'a argumenté que la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice constituait des terres sur lesquelles existait un titre aborigène en faveur des Hurons. En fait, un groupe d'environ 300 personnes avait été amené dans les environs de Québec par les Jésuites en 1650 [...] et sa présence relativement récente dans la région de Lorette suggère que les Hurons n'avaient pas la possession historique de ces terres ».

85. Voir P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 18, p. 53-55.

86. *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 52.

87. MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993, p. 5 ; l'italique est de nous.

Soulignons enfin que l'antériorité de l'occupation par rapport à l'affirmation de la souveraineté n'a pas à être établie directement puisque la preuve d'une présence postérieure à la souveraineté sera acceptable s'il est possible de raisonnablement en inférer une continuité entre cette présence postérieure et la situation existant antérieurement à l'affirmation de la souveraineté<sup>88</sup>. Si, par exemple, un groupe peut démontrer qu'il occupait suffisamment le territoire au cours des années qui ont suivi l'affirmation de la souveraineté, il sera possible de supposer, en l'absence d'éléments de preuve contraires, que la présence du groupe est plus ancienne puisqu'une appropriation du territoire conforme au mode de vie autochtone ne se réalise souvent que dans la durée. C'est en ce sens que la Cour suprême affirme que le fait pour un groupe d'avoir conservé un « lien substantiel » avec le territoire depuis l'affirmation de la souveraineté pourrait établir une continuité avec une situation précoloniale<sup>89</sup>.

Cependant, plus l'occupation invoquée à l'appui d'une revendication de titre reposera exclusivement sur des pratiques contemporaines ou récentes, moins ces pratiques auront de valeur probante pour établir l'occupation préétatique. Le professeur McNeil s'appuie sur la common law des biens pour avancer que la preuve d'une occupation actuelle, ou à tout moment postérieure à l'affirmation de la souveraineté, devrait suffire à faire présumer l'existence d'un titre<sup>90</sup>. Il reste encore à établir si une présomption de titre aborigène peut jouer de la sorte. Nous voyons difficilement comment une présence actuelle pourrait, en soi et sans aucun autre élément de preuve, autoriser un tribunal à inférer une occupation précoloniale suffisante et exclusive. Aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il ne suffit pas que le droit des biens en common law fasse présumer un titre en faveur du possesseur, encore faut-il que ce titre puisse être réputé *aborigène*.

## 2.4 Une occupation qui doit avoir persisté jusqu'à aujourd'hui?

La Constitution ne reconnaît et ne confirme que les droits ancestraux « existants », c'est-à-dire ceux qui ont survécu à ce jour<sup>91</sup>. Les deux principales opérations pouvant entraîner la perte de droits ancestraux seront la

88. Le juge en chef Lamer indique dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, par. 151, que « [s]i l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté ».

89. *Marshall III*, précité, note 1, par. 67; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, 150-151.

90. K. MCNEIL, « The Onus of Proving Aboriginal Title », dans K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, p. 136, aux pages 152-154; K. MCNEIL, « Continuity of Aboriginal Rights », dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, p. 127, à la page 140.

91. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1091; *Marshall III*, précité, note 1, par. 39.

renonciation à ceux-ci en vertu d'une entente formelle avec la Couronne ou leur extinction unilatérale par les autorités compétentes avant 1982<sup>92</sup>. Dans les deux cas, l'intention d'éteindre les droits doit ressortir clairement<sup>93</sup>. En principe, le titre aborigène pourrait aussi être dissous par le délaissement volontaire et définitif du territoire indiquant une intention de renoncer aux droits fonciers sous-jacents même si, en pratique, ce cas de figure sera probablement rare<sup>94</sup>.

En présence d'une revendication de droits ancestraux de prélèvement de ressources, la Cour suprême accorde une importance certaine au fait que les pratiques faisant l'objet de la revendication font toujours partie intégrante de la culture du groupe revendicateur<sup>95</sup>, ce qui permet de penser que l'abandon volontaire et définitif d'une activité pourrait empêcher que celle-ci puisse étayer une revendication de droit ancestral. De même, la cessation volontaire et définitive de l'occupation d'un territoire pourrait refléter une intention de mettre fin à la relation que le groupe entretient avec le territoire et qui fonde son titre aborigène.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer affirme que tout territoire « qui a été occupé antérieurement à l'affirmation de la souveraineté et avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel » aura pour le groupe autochtone une importance justifiant l'existence du titre aborigène<sup>96</sup>. Si la preuve du maintien d'un lien substantiel avec le territoire peut incomber au groupe autochtone incapable de faire la preuve directe de son occupation précoloniale, il appert qu'un tel fardeau ne sera pas imposé lorsque l'occupation suffisante et exclusive au moment de la souveraineté est par ailleurs directement établie. En effet, dès que le titre aborigène s'est cristallisé, il faut considérer l'hypothèse de son abandon comme toute autre forme d'extinction, ce qui signifie qu'il incombera à la partie invoquant l'abandon de faire la preuve d'une intention claire de la part des autochtones de délaisser leurs terres traditionnelles de manière à renoncer à leurs droits fonciers à l'égard de ces terres<sup>97</sup>. Or nous

92. Il se peut aussi que la prise en considération des droits des tiers amène dans certaines circonstances les juges à tenir pour irrecevable un recours pour violation du titre aborigène. Voir, par exemple, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)*, (2001) 195 D.L.R. (4th) 135 (Ont. C.A.). Voir à ce sujet K. MCNEIL, « Extinguishment of Aboriginal Title in Canada: Treaties, Legislation, and Judicial Discretion », (2001-2002) 33 *Ottawa Law Review* 301.

93. L'intention d'éteindre les droits ancestraux doit être « claire et expresse » : voir notamment *R. c. Sparrow*, précité, note 91, 1099, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 180.

94. Voir également : S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 220 ; A. ÉMOND, *loc. cit.*, note 62, 872-873.

95. *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 63 ; *R. c. Adams*, précité, note 13, par. 34, 47 ; *R. c. Côté*, précité, note 27, par. 69-71 ; *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 13, 18, 27, 29 et 45.

96. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 151. Voir aussi les paragraphes 153 et 154.

97. K. MCNEIL, *loc. cit.*, note 90, 137.

pouvons raisonnablement prévoir que les tribunaux seront, à juste titre, réticents à conclure à l'existence d'une volonté autochtone d'abandonner purement et simplement le territoire ancestral.

Les juges prendront acte des changements intervenus dans le mode de vie des autochtones de sorte que le fait qu'un espace est moins fréquenté de nos jours ne permettra pas de conclure à la rupture du lien avec le territoire<sup>98</sup>. La population verrait d'un mauvais œil que, après avoir favorisé la sédentarisation des communautés autochtones, les autorités gouvernementales viennent à présent arguer d'une transformation du rapport au territoire pour nier la survie d'un titre aborigène. Par ailleurs, une interruption, même prolongée sur une période de quelques décennies<sup>99</sup>, de la fréquentation des terres revendiquées, ne sera pas réputée être un abandon<sup>100</sup>. Il faudra en outre tenir compte des obstacles à l'occupation autochtone du territoire résultant de la conduite contraignante des autorités gouvernementales ou de la majorité non autochtone. En l'absence d'une extinction unilatérale valide de leurs droits, il ne saurait être question en effet de faire payer actuellement aux autochtones le prix des politiques ou des attitudes passées consistant à empêcher leur présence sur le territoire<sup>101</sup>.

De même, le fait que l'espace revendiqué est utilisé maintenant par plusieurs groupes autochtones et par des non-autochtones ne saurait faire présumer une renonciation au contrôle exclusif du territoire puisque, dans la foulée de la souveraineté étatique, les autochtones ont perdu la capacité juridique d'exclure les tiers de leurs terres par la contrainte<sup>102</sup>. En d'autres termes, s'il est une condition de *formation* du titre aborigène, le contrôle exclusif ne saurait en être une condition de *survie*. Il ne s'ensuit pas que la présence de tiers sera sans incidence sur le sort d'une revendication de titre aborigène, car les tribunaux pourront difficilement faire abstraction des droits que des tiers de bonne foi auront acquis de longue date sur les terres en question<sup>103</sup>.

Ainsi, l'interprétation potentiellement variable des conditions d'existence du titre aborigène n'est pas de nature à favoriser la sécurité foncière des autochtones et des non-autochtones. L'étude des attributs du titre aborigène fait ressortir d'autres facteurs d'insécurité juridique, notamment en ce qui concerne l'identité du titulaire de ce titre et les usages de la terre qu'il autorise.

98. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 154.

99. Dans l'affaire *R. c. Côté*, précitée, note 27, une interruption d'environ 60 ans a été jugée insuffisante pour éteindre des droits ancestraux de pêche à des fins de subsistance.

100. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 153.

101. *Ibid.*

102. Voir les propos du juge Binnie dans l'affaire *Mitchell c. M.N.R.*, précitée, note 10, par. 159.

103. Voir *Chippewas of Sarnia c. Canada (Attorney General)*, précité, note 92.

### 3. LES ATTRIBUTS DU TITRE ABORIGÈNE

#### 3.1 Un titre de groupe ou communautaire

Le droit colonial<sup>104</sup>, la législation canadienne<sup>105</sup> et les pratiques gouvernementales relativement aux droits des autochtones sur la terre et les ressources reposent de longue date sur le postulat que c'est le groupe qui détient le titre foncier autochtone. La *Loi constitutionnelle de 1982*, par ailleurs, reconnaît et confirme à son article 35 les droits des « peuples » autochtones plutôt que les droits des personnes appartenant à ces peuples. Dans la mise en place d'un régime commun à l'ensemble des droits ancestraux, la Cour suprême a donc tout naturellement statué, sans pour cela s'appuyer sur un quelconque régime juridique autochtone d'origine précoloniale, que le propre du droit ancestral est d'appartenir à la collectivité plutôt qu'aux individus qui la composent<sup>106</sup>.

La jurisprudence n'offre encore aucune justification détaillée du communautarisme foncier, mais nous pouvons supposer que cet aspect du droit s'explique par des impératifs politiques et administratifs propres à la logique coloniale<sup>107</sup> et par la perception plus ou moins confuse de l'inexistence de véritable propriété foncière individuelle dans les traditions juridiques autochtones. Il est aussi possible de subodorer une volonté de protection du groupe contre le péril d'initiatives individuelles susceptibles de précariser les intérêts du plus grand nombre. Cette préoccupation n'est pas sans rappeler la représentation lignagère de la terre parfois imputée aux sociétés dites traditionnelles, représentation que la Cour suprême mentionne même explicitement<sup>108</sup>, et qui empêche qu'un individu puisse disposer à l'égard de cette terre d'un pouvoir lui permettant de rompre le lien intergénérationnel<sup>109</sup>.

104. Voir la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1.

105. Voir la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, notamment les articles 18 et 28.

106. Voir notamment : *R. c. Sparrow*, précité, note 91, 1112 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 115 ; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 36 ; *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 24.

107. Le règlement des affaires foncières au niveau collectif simplifie les rapports politiques et juridiques avec les autochtones : voir G. OTIS, « La critique des droits ancestraux : réflexion d'un juriste sur les thèses de Flanagan », dans T. FLANAGAN, *Premières nations ? Seconds regards*, Québec, Septentrion, 2002, p. 217, à la page 222.

108. Le juge en chef Lamer affirme en effet dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 10, par. 127, que la protection du titre aborigène n'est pas seulement tournée vers le passé et que rien ne devrait empêcher le rapport à la terre d'être maintenu pour les générations futures.

109. G. MADJARIAN, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 59. Voir aussi G. OTIS, « Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada », (1999) 40 *C. de D.* 741, 765-766. Notons toutefois que, d'un point de vue historique, le communautarisme foncier n'est pas l'apanage exclusif de l'univers autochtone précolonial. Selon Patault, « [les] idées chrétiennes qui dominent le droit médiéval et qui sont imprégnées des principes communautaires des pères de l'Église infléchissent le schéma familial franc en introduisant l'idée que Dieu est le seul propriétaire de la terre. Ainsi se

Le statut communautaire du domaine foncier autochtone permet de dissiper une certaine perception populaire de discrimination entre citoyens autochtones et non autochtones quant au degré de protection juridique des droits de propriété. Il serait en effet faux de prétendre que les citoyens autochtones bénéficient d'une protection constitutionnelle de leurs droits sur la terre alors que celle-ci est refusée aux non-autochtones, car, s'il est vrai que la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>110</sup> ne garantit pas les droits de propriété *individuels*, il en va ainsi de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Quant au domaine foncier de l'État, il n'est pas moins protégé par la loi fondamentale que le domaine ancestral autochtone<sup>111</sup>.

La nature communautaire des droits ancestraux emporte d'importantes conséquences auxquelles il faut s'attacher plus avant.

### ***3.1.1 Le nécessaire rattachement à une communauté historique : la généalogie culturelle***

La Cour suprême déclare qu'en raison de leur caractère collectif, les droits ancestraux « doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique vivante<sup>112</sup> ». En d'autres termes, une communauté autochtone rattachable à un groupe ancestral doit avoir subsisté jusqu'à aujourd'hui. La simple présence d'individus dispersés descendant d'une communauté complètement disloquée à l'heure actuelle ne suffira pas pour assurer la survie des droits ancestraux. Le problème de la persistance d'une communauté autochtone distinctive sur le plan ethnique et sociologique s'est posé dans l'affaire *Powley*. La Couronne prétendait que l'accusé ne pouvait bénéficier d'un droit ancestral puisque aucune communauté métisse distincte n'existait de nos jours, celle-ci s'étant désarticulée au fil du temps ou fondue dans une communauté indienne avoisinante. La Cour suprême a conclu que la communauté métisse a bel et bien perduré jusqu'à aujourd'hui dans la région de Sault-Sainte-Marie, bien qu'elle se soit trouvée dans un état de grand délabrement et de désorganisation après des décennies de discrimination et d'hostilité de la part du milieu ambiant :

Nous concluons que l'absence de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l'existence de la communauté actuelle. Il n'y a jamais eu rupture dans la continuité, la communauté métisse s'est, si l'on peut dire, faite discrète, mais a néanmoins continué d'exister<sup>113</sup>.

---

dessine la vision médiévale de l'individu, enserré dans le groupe familial et immergé dans une nature immuable voulue par Dieu et dont Dieu est le maître»: voir A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 24-25.

110. *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

111. Voir l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

112. *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 24.

113. *Id.*, par. 28.

Sur cette question, aucune raison de principe ne justifie une différence de traitement entre les Métis et les autres peuples autochtones. Une approche souple sera donc privilégiée au moment de déterminer si un groupe autochtone a ou non survécu.

Par ailleurs, le caractère à la fois « ancestral » et communautaire des droits ancestraux exige que la collectivité contemporaine les revendiquant soit l'héritière de la collectivité ancestrale ou historique dont l'occupation précoloniale du territoire fonde la revendication. La Cour suprême affirme que « la continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit<sup>114</sup> ». La plus haute juridiction du pays s'abstient de préciser si la lignée doit être culturelle ou plutôt généalogique.

C'est l'existence d'une continuité ethnoculturelle relative entre le groupe fondateur et le groupe actuel qui devrait être le critère de rattachement déterminant. Les droits ancestraux participant en effet des cultures distinctives des différents peuples autochtones et du lien unique avec leur territoire traditionnel, c'est donc de la pérennité d'un groupe culturel qu'il est question et non d'une descendance généalogique. La Cour suprême a abordé indirectement ce point dans l'affaire *Powley* au moment, non pas de définir le critère de continuité collective, mais de préciser les critères d'identification des individus membres d'une communauté contemporaine détentrice de droits ancestraux. La Cour suprême a examiné la relation devant exister entre les individus susceptibles de jouir aujourd'hui de droits ancestraux et la communauté historique. Elle précise la nécessité que les individus contemporains « possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué<sup>115</sup> ». Parmi les « indices » d'appartenance à une communauté contemporaine détentrice d'un droit ancestral, la Cour suprême mentionne « la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique<sup>116</sup> ». Ce par quoi il faut entendre « la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique<sup>117</sup> ». Notons ici qu'il est question d'établir un lien précis entre l'individu contemporain et *ses ancêtres*.

La Cour suprême précise toutefois qu'elle ne prétend pas proposer une définition exhaustive de l'identité métisse et qu'elle s'abstient

---

114. *Marshall III*, précité, note 1, par. 70. La Cour affirme aussi que les revendicateurs contemporains (par. 67) « doivent démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques pour revendiquer le titre ou un droit ancestral plus restreint ».

115. *R. c. Powley*, précité, note 75, par. 32.

116. *Id.*

117. *Id.*, par. 32 et 34.

d'approfondir la question qui n'était pas déterminante dans cette affaire<sup>118</sup>. Il paraît évident qu'exiger de manière stricte et systématique un lien d'ascendance généalogique entre tous les individus contemporains et des individus spécifiques membres de la communauté historique serait contraire au caractère collectif des droits ancestraux qui reposent sur la continuité d'une collectivité culturelle distincte et non sur la preuve d'un héritage transmis d'individu à individu au cours des siècles<sup>119</sup>. Compte tenu de l'inscription répétée du communautarisme au cœur des droits ancestraux par la plus haute juridiction canadienne, il serait faux de penser que cette dernière a tranché en faveur d'un rattachement généalogique parfait ou dominant entre les communautés historique et contemporaine.

Ainsi, un groupe peut avoir vécu, depuis le contact et l'avènement du colonisateur, d'importantes mutations démographiques résultant notamment d'épidémies, des vicissitudes économiques ou autres ayant entraîné le départ ou l'arrivée de grands nombres d'individus. Ces évolutions n'opéreront pas de rupture du lien ancestral dès lors que la culture du groupe actuel comporte certains éléments significatifs de connexion avec le groupe historique, notamment sur le plan du rapport au territoire, de la tradition juridique, de la langue, de la mémoire collective ou du sentiment identitaire, des institutions sociales, culturelles ou politiques.

Le problème pourrait être exacerbé en pratique en raison des fragmentations, fusions ou recompositions des groupes de même ascendance culturelle. Il se peut qu'un groupe contemporain soit issu du regroupement de plusieurs entités historiques plus restreintes, ou encore qu'un groupe historique ait été fragmenté pour donner naissance aujourd'hui à une pluralité de groupes différenciés. Ces transformations ne devraient pas opérer la césure de l'attache ancestrale dès lors que le ou les groupes actuels satisfont à l'exigence de continuité culturelle relative avec l'entité ou les entités historiques.

### ***3.1.2 Les critères de détermination du groupe contemporain titulaire du titre***

Il faut toutefois insister sur le fait que la question de savoir s'il existe présentement un ou plusieurs groupes distincts aux fins d'une revendication de droits ancestraux sur les terres et ressources représente un enjeu

118. *Id.*, par. 32.

119. Voir également, sur ce point, J. GIOKAS et P.L.A.H. CHARTRAND, « Who are the Métis in Section 35? A Review of the Law and Policy Relating to Métis and 'Mixed Blood' People in Canada », dans P.L.A.H. CHARTRAND (dir.), *Who Are Canada's Aboriginal Peoples? Recognition, Definition, and Jurisdiction*, Saskatoon, Purich Publishing, 2002, p. 83, à la page 111 ; A. HORTON et C. MOHR, « R. v. Powley : Dodging Van der Peet to recognize Métis Rights », (2005) 30 *Queen's L.J.* 772, 818-819.

juridique et politique de premier ordre<sup>120</sup>. Tant que cette question ne sera pas résolue, les autochtones et les gouvernements ne pourront savoir avec certitude qui, du côté autochtone, aura la qualité requise pour formuler une revendication, négocier une entente concernant ces droits et participer au processus de consultation et d'accommodement qui devra souvent accompagner les projets d'exploitation ou de gestion du territoire<sup>121</sup>.

Comme les droits ancestraux sont indissociables de l'usage et de l'occupation des espaces fonciers, il serait logique de reconnaître à l'heure actuelle ces droits au groupe le plus susceptible de se voir imputer cet usage et cette occupation. Par conséquent, la détermination du groupe contemporain titulaire des droits ancestraux devrait se faire en précisant *in concreto* le groupe actuel qui (1) est en mesure de démontrer un lien de continuité culturelle relative avec un groupe ancestral titulaire des droits ancestraux et qui (2), selon les pratiques autochtones contemporaines, peut se voir attribuer en propre les droits revendiqués sur le territoire en raison de sa capacité à contrôler sur le plan normatif et pratique les activités ou les usages fonciers autochtones à la base de la revendication.

Ainsi, le groupe de référence pourra être, selon la preuve fournie au tribunal quant aux pratiques ou coutumes effectives des communautés à l'égard du territoire revendiqué, la « nation », c'est-à-dire l'entité ethnique supracommunautaire, la bande ou encore un sous-groupe à l'intérieur de cette dernière tel un clan familial. Cette approche permettrait de respecter le principe d'ancestralité tout en tenant compte des transformations qui ont marqué naturellement l'histoire des populations autochtones. Il se peut que des décennies d'application de la *Loi sur les Indiens* aient, dans certains cas, induit une dislocation des institutions traditionnelles et fait de la bande l'entité la plus à même de revendiquer la capacité *de facto* de forger les pratiques foncières autochtones sur l'espace en cause au point d'en organiser l'occupation communautaire<sup>122</sup>.

Tant que le droit ne sera pas énoncé clairement sur ce point, les gouvernements seront réticents, à juste titre, à négocier avec des sous-groupes restreints dans le contexte des règlements territoriaux et des consultations afférentes aux projets de développement.

120. Voir également S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 190-192.

121. Voir: *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 550.

122. Les auteurs ont fait valoir les considérations historiques et pratiques qui pourront favoriser l'ancrage des droits ancestraux dans la bande. Voir: A. ÉMOND, « Quels sont les partenaires autochtones avec lesquels la Couronne entretient une relation historique? », (1997) 76 *R. du B. can.* 130; S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 192.

### 3.1.3 Les droits individuels dérivés du titre communautaire

Du communautarisme foncier résulte une logique de personnalisation juridique du groupe qui constitue donc une entité juridiquement distincte de ses membres aux fins de la revendication et de l'exercice du droit ancestral, de même que pour toute opération juridique concernant ce droit. Quel que soit le groupe titulaire, celui-ci se trouvera investi d'une compétence normative sur toute question relative à l'usage de ses terres. En effet, outre l'exigence qu'un individu se réclamant d'un droit ancestral appartienne au groupe titulaire de ce droit<sup>123</sup>, le statut communautaire de la terre signifie qu'il revient à la collectivité d'organiser le régime d'exercice des droits ancestraux de sorte que l'individu ne pourra jouir de droits que conformément au régime communautaire<sup>124</sup>. Fort de son « droit-compétence », le groupe pourra d'emblée aménager divers modes d'individualisation intracommunautaire de la jouissance et de l'exercice du droit ancestral en s'inspirant ou non de sa tradition juridique endogène<sup>125</sup>. Une fois reconnus par les règles du groupe, les droits individuels dérivés du titre communautaire seront juridiquement opposables aux tiers. Comme le fait observer le professeur Le Roy en se référant aux systèmes fonciers africains, communautarisme n'est pas synonyme de collectivisme<sup>126</sup>.

La propriété individuelle est depuis longtemps considérée, dans la culture juridique occidentale, comme une condition essentielle du modèle capitaliste de développement. Il reviendra aux autochtones de décider si le communautarisme mis en place par la Cour suprême en matière de droits fonciers autochtones est adapté aux défis actuels que doivent relever leurs communautés pour assurer leur développement social et économique.

123. Dans l'affaire *R. c. Powley*, précitée, note 75, par. 29-35, la Cour suprême a dégagé les principaux critères d'appartenance individuelle à une communauté autochtone. Les critères qui, selon la Cour, doivent être satisfaits cumulativement renvoient à la subjectivité individuelle (auto-identification), à la subjectivité collective (reconnaissance de l'individu par le groupe) et à des éléments objectifs de rattachement ancestral de l'individu au groupe.

124. Voir : G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 616-619. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 93. La question des limites juridiques de l'autorité normative du groupe sur ses membres en matière d'exercice des droits ancestraux est une question difficile; voir notamment : K. MCNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans K. MCNEIL, *op. cit.*, note 42, 215; G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne? », dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, 127. Cependant, il découle clairement de l'article 35 (4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que le groupe ne peut régir l'exercice et la jouissance individuels d'un droit ancestral d'une manière qui établit une inégalité en raison du sexe des personnes.

125. Pour une analyse plus poussée de l'autonomie normative inhérente aux droits de groupe que sont les droits ancestraux, voir, notamment, G. OTIS, *loc. cit.*, note 24, 611-616.

126. E. LE ROY, « Actualité des droits dits "coutumiers" dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l'Océan Indien à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle », dans *Retour au foncier*, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Karthala, 2002, p. 237, à la page 241.

### 3.2 Un titre insusceptible d'« exo-transmission »

#### 3.2.1 L'exclusivité autochtone comme fondement de l'interdit d'aliéner

Les droits ancestraux sont indissociables de l'« autochtonité » et ont donc pour pierre angulaire l'exclusivité autochtone plusieurs fois affirmée par la Cour suprême<sup>127</sup>. Un groupe ou un individu non autochtone ne peut tout simplement pas prétendre acquérir un droit ancestral. Cette exclusivité se trouve encore confortée par le principe d'« ancestralité » qui consacre le caractère lignager des droits, c'est-à-dire le fait que ces droits ne sont susceptibles d'exister qu'en faveur d'un groupe contemporain capable de justifier d'un rattachement ethnoculturel à une communauté ancestrale déterminée. Les droits ancestraux étant l'héritage exclusif et spécifique d'un groupe autochtone, il en résulte l'impossibilité de leur transmission en dehors du groupe. Dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour suprême établit une certaine corrélation entre l'inaliénabilité et le patrimoine culturel irréductible d'un groupe autochtone. Postulant que pour les autochtones la terre est plus qu'un simple bien, la Cour suprême appuie l'interdit d'« exo-transmission » sur la valeur culturelle intrinsèque de la terre pour le groupe titulaire du titre :

L'inaliénabilité des terres détenues en vertu du titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu'un simple bien fongible. Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci<sup>128</sup>.

Le titre ancestral du groupe ne peut être marchandisé et vendu à l'extérieur de celui-ci parce qu'il est porteur d'un patrimoine communautaire et culturel unique dont personne d'autre n'est apte à jouir<sup>129</sup>. La doctrine n'a pas, à ce jour, suffisamment perçu que c'est l'exclusivité autochtone qui permet de rendre compte de l'interdit d'« exo-transmission » de tous les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

L'impossibilité de céder les droits ancestraux ne fait toutefois pas obstacle à une renonciation à ces droits. En fait, le droit étatique a de tout temps admis la capacité du groupe autochtone de renoncer à son titre<sup>130</sup>.

127. Dans l'affaire *R. c. Van der Peet*, précitée, note 7, la Cour affirme à cet égard (par. 20) que les droits ancestraux sont des « droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones ». Voir aussi *R. c. Nikal*, précité, note 124, par. 93.

128. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129.

129. *Id.*, par. 128-129.

130. La possibilité de renoncer aux droits fonciers ancestraux ressort clairement des termes de la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1, qui confirme les droits des autochtones qui « not having been ceded to or purchased by us, are reserved to them ». Cet instrument aménage par ailleurs expressément la procédure qui permettra à un groupe autochtone de renoncer à ses droits « if at any time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands ».

Cette capacité de renonciation foncière a même été la cheville ouvrière de la stratégie coloniale d'expansion territoriale. Cependant, si les autochtones souhaitent renoncer à leur titre en contrepartie d'une compensation financière ou quelque autre avantage, ils devront négocier avec les représentants de l'État puisque seule la Couronne peut bénéficier d'une dissolution de la tenure ancestrale.

Au lieu de renoncer définitivement à son titre, le groupe autochtone pourra convenir avec la Couronne que ses droits fonciers ancestraux sont simplement suspendus, à certaines conditions, pour permettre l'exploitation des terres par les tiers tout en conservant la possibilité d'une réactivation du titre ancestral au terme de la suspension. Bien qu'elle ne soit pas connue sous le vocable de «suspension» de droits, cette manière de procéder est bien établie sous le régime des terres de réserve régies par la *Loi sur les Indiens* qui permet à une bande de «désigner», par voie d'entente avec la Couronne, les droits et intérêts qu'elle entend, pour une durée déterminée, mettre en veilleuse pour permettre la mise en valeur de ses terres par des tiers sans renoncer définitivement à son titre foncier<sup>131</sup>. Dans le contexte des négociations territoriales globales, la technique de suspension partielle et conditionnelle des droits pourrait offrir une solution de rechange à l'extinction de ceux-ci, extinction à laquelle la plupart des peuples autochtones refusent désormais de consentir<sup>132</sup>.

Bien que les droits ancestraux puissent être délaissés ou suspendus par leurs titulaires à la faveur d'une entente avec la Couronne, ils ne peuvent passer dans un patrimoine «exo-communautaire» tout en conservant leur qualité de droit ancestral<sup>133</sup>. Cela signifie, par exemple, que,

---

Les tribunaux, pour leur part, ont statué que ces dispositions de la Proclamation ne font que codifier la common law : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 112-113. La Cour suprême a donné effet aux dispositions extinctives des droits ancestraux contenues dans les traités ; voir : *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570 ; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299.

131. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 105, art. 38-41.

132. La suspension permettrait en effet à la partie gouvernementale d'obtenir la certitude que seuls les effets ou les modalités des droits non suspendus pourront être exercés tout en assurant aux autochtones que le traité ne supprime pas leur patrimoine ancestral qui pourra être réactivé intégralement au terme du traité, dans le cas d'un traité à durée déterminée, ou conformément aux mécanismes prévus dans le traité, si celui-ci n'a pas de terme. Dans ce dernier cas, les mécanismes de réactivation devront être suffisamment flexibles pour que la suspension ne devienne pas une extinction *de facto*. Pour une étude d'un projet d'entente fondé sur une approche suspensive, voir M. ST-HILAIRE, «La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités?», (2003) 44 *C. de D.* 395.

133. Dans l'affaire *Guérin c. La Reine*, précitée, note 7, 381, le juge en chef Dickson, après avoir affirmé que le titre ancestral est de la même nature que le droit de la bande sur une réserve, écrit que «le droit des Indiens sur une réserve est un droit personnel, il ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit Sa Majesté ou un particulier. La "cession" entraîne l'extinction de ce droit».

lorsque les autochtones renoncent à leurs droits par traité, il n'y a pas à proprement parler de « cession » ni de « transfert » de droit<sup>134</sup>. La Couronne n'acquiert aucun droit ancestral, mais son titre sous-jacent devient libre de toute charge ancestrale, sous réserve des termes du traité<sup>135</sup>. De même, lorsque les autochtones suspendent leurs droits sur les terres et ressources, ils ne font que permettre à la Couronne d'octroyer à des tiers, pour un certain temps, des droits qui n'ont aucun caractère ancestral mais qui découlent plutôt de la législation relative au domaine public.

Les raisons d'être du monopole étatique sur les opérations juridiques relatives au titre aborigène sont de différents ordres. Il y a bien sûr l'ordre constitutionnel puisque, dans la tradition du droit public britannique, la propriété du territoire constitue un attribut essentiel de la souveraineté et revient donc à la Couronne. Dès lors, là où la souveraineté s'affirme, les titres fonciers des particuliers, exception faite du titre ancestral des autochtones, découlent en principe d'une concession de la Couronne ou d'un cessionnaire de celle-ci. Les autochtones ne peuvent donc pas renoncer à leur titre au bénéfice d'un particulier, car ce dernier ne peut accéder à la tenure foncière que par l'intervention de l'État. Le monopole étatique sert ici à sauvegarder l'intégrité des prérogatives régaliennes à la base du système foncier<sup>136</sup>.

La nécessité politique d'assurer des relations harmonieuses avec les autochtones en les prémunissant contre les spoliations aux mains de spéculateurs sans scrupule a aussi, à l'origine, servi de justification à l'interdiction de renoncer au titre lors de transactions avec les particuliers<sup>137</sup>. En outre, du point de vue de l'efficacité de l'entreprise coloniale, le monopole de la Couronne assurait la mainmise des autorités centrales sur un élément clé du développement du territoire, ce qui évitait ainsi que des objectifs nationaux soient compromis par des initiatives individuelles<sup>138</sup>.

Estimant que les fondements traditionnels de l'inaliénabilité du titre ancestral, sauf à la Couronne, sont soit douteux, soit dépassés, le professeur

---

134. La formule traditionnellement employée dans les traités extinctifs des droits ancestraux consiste à stipuler que, par le traité, les autochtones « cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient » : voir l'article 2.1 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1998, p. 6. Seule l'idée de « renonciation » aux droits paraît rendre compte de manière exacte et rigoureuse de la nature juridique de l'opération effectuée.

135. *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Guérin c. La Reine*, précité, note 7, 379-380.

136. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129.

137. Voir notamment : *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, 133; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 129. Cette justification se trouve d'ailleurs explicitement énoncée dans la *Proclamation royale de 1763*, précitée, note 1.

138. *Chippewas of Sarnia c. Canada (Attorney General)*, précité, note 92, 168; K. MCNEIL, « Self-Government and the Inalienability of Aboriginal Title », (2002) 47 *McGill L.J.* 473, 483.

McNeil a mis en avant une justification inédite, à savoir la souveraineté autochtone<sup>139</sup>. Selon lui, si un particulier ne peut acquérir le titre ancestral, c'est que ce dernier est dévolu à un groupe autochtone en tant qu'entité politique. Comme le titre participe de la puissance publique, il ne peut être transmis à un acteur privé, car seule une entité politique, donc la Couronne, peut exercer la souveraineté.

Peu importe le bien-fondé de la prémisse voulant que le titre soit consubstantiel à une souveraineté autochtone originale, la notion de souveraineté n'est nullement nécessaire pour rendre compte de l'inaliénabilité puisque le principe d'exclusivité autochtone, que le professeur McNeil passe sous silence, suffit. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, le non-autochtone se heurtera à son incapacité radicale de posséder un droit ancestral quel qu'il soit. De plus, la renonciation au titre n'opère aucun transfert de droits ancestraux comme tels. Il paraît alors critiquable de qualifier une renonciation au titre d'acte translatif de souveraineté ancestrale au profit d'un quelconque cessionnaire.

En outre, le professeur McNeil, s'appuyant encore ici sur l'idée de souveraineté autochtone, avance que la règle d'inaliénabilité ne devrait pas être opposable aux transactions entre les peuples autochtones qui sont des entités politiques habilitées à négocier entre elles sur les questions de souveraineté<sup>140</sup>. Selon ce point de vue, les Musqueams de la Colombie-Britannique pourraient, par exemple, acquérir aujourd'hui un hypothétique titre aborigène détenu par les Mi'kmaq du Québec sur une partie de la Gaspésie sans que joue le monopole étatique. Toutefois, cette approche ne considère absolument pas le fait que le titre aborigène constitue, par définition, un héritage « ancestral » spécifique et exclusif fondé sur le lien de continuité ethnoculturelle qui existe entre un groupe autochtone contemporain et une communauté historique fondatrice du rapport à la terre. Il est tout aussi impossible de céder à un groupe autochtone « étranger » le patrimoine irréductible de la collectivité que de le vendre à une entité non autochtone. En d'autres termes, il n'est guère plausible d'envisager que les Musqueams de la Colombie-Britannique puissent acheter, ou se voir conférer de quelque manière, un rapport ancestral aux terres traditionnelles des Mi'kmaq du Québec.

De plus, il est loin d'être certain que les tribunaux canadiens auraient la latitude voulue pour abandonner le principe fondamental voulant que, après avoir établi sa souveraineté sur le territoire, la Couronne soit la seule à pouvoir conférer des droits fonciers sur les terres n'ayant jamais été concédées. Si le titre aborigène constitue une dérogation au principe de

139. K. MCNEIL, *loc. cit.*, note 138, 483.

140. *Id.*, 501-502. Voir B. SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights », (1987) 66 *R. du B. can.* 727, 742-743.

domanialité des terres, c'est qu'il est réputé avoir été acquis *avant* l'affirmation de la souveraineté. Il ne serait pas possible d'en dire autant du titre que prétendraient acquérir les Musqueams aujourd'hui.

### 3.2.2 Les conséquences de l'inaliénabilité du titre

La prohibition d'aliéner le titre aborigène n'impose nullement un zonage ethnique faisant des terres autochtones une enclave étanche où les tiers, c'est-à-dire les personnes n'appartenant pas au groupe titulaire, ne peuvent ni se trouver, ni résider, ni jouir de quelque droit d'accès à la terre et aux ressources. Cela semble admis implicitement par la Cour suprême qui reconnaît que le titre aborigène autorise l'exploitation commerciale et industrielle du domaine ancestral<sup>141</sup>. Or comment la communauté pourrait-elle favoriser de telles activités de développement sur son territoire d'une manière absolument autarcique ?

En revanche, la Cour, au moment de statuer sur les droits ancestraux de chasse de subsistance, n'a-t-elle pas affirmé que seuls les individus appartenant au groupe détenant ces droits pouvaient pratiquer l'activité en question<sup>142</sup> ? Il ne faut surtout pas confondre sur ce point le titre aborigène et les droits ancestraux ayant pour objet une activité spécifique de prélèvement d'une ressource. Le « droit-activité » ne porte pas sur la terre ni n'emporte de maîtrise foncière générale ; il se limite plutôt, selon la Cour suprême, à des activités spécifiques faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe<sup>143</sup>, ce qui exclut en principe la possibilité qu'une personne ne participant pas à cette culture distinctive puisse les exercer<sup>144</sup>.

Par conséquent, pour jauger l'incidence de l'inaliénabilité du titre aborigène sur la capacité du groupe d'accorder des droits aux non-membres, il faut considérer que ce titre emporte, contrairement aux simples droits de prélèvement, une maîtrise de la terre elle-même<sup>145</sup> qu'il revient au groupe d'organiser selon son propre régime foncier<sup>146</sup>. C'est cette

141. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 116-124. De plus, la Cour estime que le fait d'autoriser les tiers à fréquenter un territoire peut constituer une manière d'exercer le titre aborigène.

142. Dans l'affaire *R. c. Powley*, précitée, note 75, par. 24, la Cour déclare que les droits ancestraux « ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales ».

143. Voir notamment : *R. c. Van der Peet*, précité, note 7, par. 46 ; *Mitchell c. M.N.R.*, précité, note 10, par. 12.

144. Cet argument pourrait être moins déterminant dans le cas de droits purement commerciaux qui ne se distinguent finalement pas des activités économiques des opérateurs non autochtones travaillant dans le même secteur.

145. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 111.

146. *Id.*, par. 115 et 166.

compétence collective lui permettant de contrôler l'usage de son domaine foncier ancestral que le groupe ne peut valablement céder à un tiers. Une transaction avec un promoteur n'appartenant pas au groupe et en vue de lui céder un droit de disposition allant jusqu'à soustraire une parcelle de terre au contrôle de la communauté serait frappée de nullité.

Par contre, toute une gamme d'ententes seraient envisageables pour autoriser les tiers à utiliser le territoire et à exploiter les ressources qui s'y trouvent conformément aux règles du groupe en la matière. Sous réserve de la limite intrinsèque qui contraint le titre aborigène lui-même et dont il sera question plus loin, rien ne s'opposerait, par exemple, à ce que le groupe consente aux tiers, par l'entremise de divers véhicules contractuels conformes à son régime normatif, des droits de prospection et de prélèvement des ressources ou bien des droits d'usage de parcelles à des fins commerciales ou résidentielles.

Ces droits ne devraient cependant pas cesser d'être « internalisés » par le groupe, c'est-à-dire d'être tributaires de la prérogative foncière de la communauté, y compris de sa faculté d'affirmer sa mainmise sur les terres visées. En pratique, le succès des autochtones dans la promotion d'investissements substantiels et durables, porteurs de développement économique et social, sera directement proportionné à leur volonté de sécuriser les droits des tiers et de permettre à ces derniers d'obtenir le financement nécessaire à la réalisation de leurs projets<sup>147</sup>. Les normes foncières issues du titre aborigène devraient donc prendre en considération le besoin de minimiser le risque d'une dépossession arbitraire des ayants droit exogènes.

L'interprétation de l'inaliénabilité proposée ici se rapproche de celle qui a été avancée par le professeur McNeil qui, pour sa part, se fonde sur le concept de souveraineté autochtone inspiré du droit américain. La Cour suprême des États-Unis a en effet reconnu aux peuples autochtones le statut de *domestic dependent nations* dotées d'une autonomie générale sur leurs affaires internes<sup>148</sup>. La plus haute juridiction canadienne n'a pas encore validé ce concept, bien qu'elle fasse découler du statut communautaire du titre ancestral une autorité normative du groupe sur les questions relatives à sa maîtrise foncière<sup>149</sup>. Cette compétence sectorielle concernant

147. Cette volonté se heurte peut-être encore pour un certain temps à l'indétermination de la portée de la limite intrinsèque, voir *infra*, section 3.3.4.

148. Voir K. MCNEIL, *loc. cit.*, note 138, 497-502.

149. . De plus en plus, toutefois, la Cour emploie une terminologie qui est de nature à alimenter l'argumentation favorable à un droit « inhérent » à une forme d'autonomie. Dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précitée, note 41, par exemple, la plus haute juridiction canadienne écrit que la Couronne a l'obligation de négocier des traités « qui permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne » (par. 20). Elle affirme que l'objet de l'article 35 est de « concilier les revendications de souveraineté respectives » (par. 20). Elle décrit également la souveraineté de la Couronne comme étant une autorité *de facto* (par. 32). Or, il semble *a priori* logique de

le foncier communautaire offre un fondement suffisant à l'interprétation de l'inaliénabilité mise en avant ici de telle manière que le sort réservé à la doctrine de la souveraineté interne ne pourra influencer sur sa validité.

Si les «étrangers» peuvent jouir de droits individuels substantiels quant à l'usage de la terre et des ressources communautaires, il est permis alors de se demander ce qui distingue juridiquement le non-autochtone de l'autochtone membre du groupe et titulaire de droits individuels dérivés du titre communautaire. Leur situation juridique se ressemble à plusieurs égards. Ainsi, ni l'un ni l'autre ne peut prétendre détenir un droit ancestral individuel aux fins de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les deux devront respecter les normes foncières de la communauté. En cas d'atteinte à leur droit émanant des autorités ou d'un particulier, l'un et l'autre invoqueront le titre de la communauté à l'origine de leur droit, mais ils ne pourront en pratique le faire sans l'appui de la communauté elle-même qui viendra défendre son titre et le régime foncier qui en découle.

À d'autres égards, cependant, les droits des membres et des non-membres diffèrent sensiblement. La personne appartenant au groupe pourra seule participer aux décisions communautaires se rapportant au régime foncier découlant du titre aborigène. Elle pourra aussi fort probablement jouir de droits individuels réservés aux seuls membres sans que cette différence de traitement puisse faire l'objet d'une contestation en vertu de la Charte canadienne<sup>150</sup>.

### 3.3 Un titre porteur d'une maîtrise de l'espace foncier

#### 3.3.1 Une maîtrise exclusive de l'espace foncier

L'exclusivité représente une modalité déterminante du titre ancestral en ce qu'elle rend illicite *a priori* toute utilisation non autorisée de l'espace et des ressources par l'État ou par les tiers. La Cour suprême a dissipé toute équivoque à ce sujet en soulignant que «l'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède le droit d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre<sup>151</sup>». Cet attribut du titre aborigène fait du consentement autochtone, donc du consensualisme, la condition première de tout projet de développement

---

prétendre que, s'il faut aujourd'hui concilier des souverainetés dans le droit étatique, c'est que celle des autochtones n'a pas été complètement évincée dans sa dimension interne par l'avènement de la Couronne. Sinon, il ne resterait rien à «concilier». Il faudra néanmoins voir quelle portée la Cour suprême elle-même donnera à ces propos.

150. L'article 25 de la Charte empêchera en effet d'utiliser cette dernière de manière à déroger à l'exclusivité autochtone qui autorise la communauté à réserver l'usage de la terre et des ressources à ses seuls membres. Voir G. OTIS, «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne?», dans G. OTIS, *op. cit.*, note 4, p. 127, aux pages 183-187.

151. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 155.

du territoire. C'est là une différence fondamentale par rapport aux autres droits ancestraux qui n'ont pour objet que des activités de prélèvement de ressources à des fins précises et qui, par conséquent, ne sont pas nécessairement incompatibles avec la coexistence, voire la superposition, de droits autochtones et non autochtones à l'égard d'un même espace, voire d'une même ressource.

En dépit de cette exclusivité de principe, il serait erroné de penser que la preuve d'un titre équivaldra à consacrer sans nuance un monopole autochtone sur l'usage et la gestion de l'espace et des ressources. Il sera loisible à l'État d'entamer l'exclusivité autochtone pour « la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel pour le bien de la société en général<sup>152</sup> ». Ainsi, à défaut d'être habilitées à supprimer purement et simplement le titre aborigène, les autorités pourront, si elles agissent de façon « honorable<sup>153</sup> », déroger à l'exclusivité autochtone au nom du partage équitable des ressources et du développement économique<sup>154</sup>.

L'obligation pour le gouvernement de démontrer le caractère équitable et proportionné d'une action portant atteinte au titre aborigène interdit cependant l'unilatéralisme arbitraire en sorte que ni les autochtones ni les autorités ne pourront faire l'économie du dialogue sur les questions relatives à l'accès au territoire. Compte tenu des interventions multiples de l'État ou de ses ayants droit sur une grande partie du territoire, et considérant que cette présence risque de s'accroître à l'avenir, c'est bien plus un pouvoir de négociation et, sans doute dans certains cas, de blocage que le groupe détenteur d'un titre aborigène possède qu'une véritable maîtrise exclusive de l'espace et des ressources. Nous hésitons néanmoins à affirmer, comme l'ont fait certains, que la reconnaissance d'un titre aborigène ne freinera pas substantiellement l'exploitation du territoire autochtone par la majorité non autochtone ni ne donnera clairement aux autochtones une capacité accrue d'utiliser leurs ressources conformément à leurs valeurs traditionnelles<sup>155</sup>.

### ***3.3.2 La maîtrise d'un espace foncier global***

Le titre aborigène porte en principe sur un espace foncier global, c'est-à-dire qu'il s'étend aux droits miniers<sup>156</sup> et peut comprendre le lit de

152. *Marshall III*, précité, note 1, par. 39.

153. Concrètement, cela exigera notamment une consultation plus ou moins poussée des autochtones, des mesures d'atténuation et une indemnisation au besoin : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 165-169.

154. *Id.*, par. 167.

155. Voir : G. CHRISTIE, « *Delgamuukw and the Protection of Aboriginal Land Interests* », (2000-2001) 32 *Ott. L. R.* 85 ; G. CHRISTIE, « *Aboriginal Resource Rights after Delgamuukw and Marshall* », dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, 241.

156. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 122.

cours d'eau et des droits hydriques<sup>157</sup>. Ainsi, le titre autochtone diffère, au Québec à tout le moins, de la propriété foncière privée assujettie dans un grand nombre de cas au principe de la domanialité des substances minérales<sup>158</sup>. Nous ne pouvons écarter la possibilité que le titre aborigène grève également certains espaces maritimes, bien que, s'agissant de ces derniers, la preuve d'une occupation exclusive au moment de l'affirmation parfois tardive de souveraineté puisse être singulièrement ardue<sup>159</sup>.

Une fois de plus, le titre aborigène se distingue ici fondamentalement des simples droits ancestraux de prélèvement de ressources puisque ceux-ci ne donnent de droits sur le fonds de terre – droit de passage, d'occupation et d'aménagement temporaires – qu'en corollaire à une exploitation ciblée de ressources halieutiques, fauniques, végétales, hydriques ou autres.

Si l'État entend limiter, pour des motifs valables, l'accès du groupe titulaire à certains espaces ou ressources, il devra le faire conformément aux critères de justification mentionnés précédemment étant entendu qu'une telle restriction ne saurait être complète ni permanente.

### 3.3.3 Une maîtrise foncière indifférenciée

Contrairement aux « droits-activités » qui ont pour objet une utilité particulière, le titre aborigène représente une maîtrise qui englobe l'ensemble des exploitations et des jouissances de l'espace foncier. La Cour suprême a en effet refusé de réduire le titre à un simple agrégat d'affectations différenciées dont chacune, appréhendée individuellement, devrait être intégrale à la culture précoloniale du groupe<sup>160</sup>. De plus, les usages contemporains de la terre autochtone n'ont pas à correspondre, du point de vue de leur objet, aux affectations connues des ancêtres précoloniaux et peuvent donc comprendre, sous réserve de la « limite intrinsèque » discutée ci-après, les usages agricoles, commerciaux et industriels. Autrement dit, là où les anciens s'adonnaient à des activités économiques de subsistance, il sera possible aujourd'hui d'exploiter des infrastructures touristiques ou de récolter le bois pour l'écouler sur les marchés nationaux ou internationaux<sup>161</sup>.

157. K. MCNEIL, *loc. cit.*, note 42, p. 115.

158. P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 18, p. 236-237.

159. Voir notamment : P. QUIG, « Testing the Waters: Aboriginal Title Claims to Water Spaces and Submerged Lands – An Overview », (2004) 45 *C. de D.* 659 ; C.R. BROWN et J.I. REYNOLDS, « Aboriginal Title to Sea Spaces: A Comparative Study », (2004) 37 *U.B.C. L. Rev.* 449 ; D.J.R. MOODIE, « Aboriginal Maritime Title in Nova Scotia: An "Extravagant and Absurd" Idea? », (2004) 37 *U.B.C. L. Rev.* 495.

160. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 115-124.

161. *Id.*, par. 132.

### 3.3.4 Une maîtrise contrainte par l'intangibilité des affectations fondatrices: « la limite intrinsèque »

De manière surprenante, la Cour suprême, après avoir pourtant insisté sur la portée générale de la maîtrise foncière associée au titre aborigène, astreint la communauté détentrice de ce titre au respect de ce qu'elle appelle « une limite intrinsèque ». Cette dernière rendrait illicite toute affectation contemporaine de l'espace et des ressources qui serait incompatible avec la pérennité du lien originel et unique que la communauté entretient avec la terre, c'est-à-dire qui ferait irrémédiablement obstacle à l'ensemble des usages, affectations ou activités traditionnels qui ont fondé le rapport précolonial à la terre<sup>162</sup>. C'est comme si un zonage culturel de l'espace foncier était décrété pour honorer une alliance ancestrale avec la terre<sup>163</sup>. De cette intangibilité des affectations fondatrices, il découle que le droit du groupe sur la terre n'est pas purement corporel en ce sens qu'il ne se confond pas avec la terre qui deviendrait une simple marchandise. C'est plutôt un droit de jouir de la terre à titre de dépositaire, avec la charge de transmettre aux générations futures un patrimoine qui comprend le rapport originel au terreau des ancêtres<sup>164</sup>.

La limite intrinsèque, qui semble procéder d'une volonté d'affirmer la différence autochtone en matière foncière, n'a aucun équivalent connu en droit comparé, et il ne s'en trouve nulle trace dans l'histoire juridique des relations entre les autochtones et la Couronne au Canada. Elle paraît inspirée d'une conception traditionaliste et stéréotypée du foncier autochtone qui risque malheureusement d'hypothéquer la capacité des autochtones de mettre en valeur leur territoire. Il n'est donc guère étonnant qu'elle se soit heurtée au scepticisme général de la doctrine<sup>165</sup>, surtout s'il est considéré qu'à cette limitation interne du titre pourront s'ajouter les limites externes découlant de la loi et dont la Couronne aura pu établir la justification au nom, notamment, de la conservation des ressources.

Il se peut toutefois que cette limite n'ait pas l'effet paralysant appréhendé. Son application sera d'abord tributaire de la nature des usages

162. *Id.*, par. 125-132

163. Il est intéressant de noter que le mythe d'une alliance fondatrice entre la communauté et la terre – et ses dieux – se trouve, selon les experts, au cœur des cultures foncières traditionnelles d'Afrique: voir J.P. MAGNANT, « Les normes foncières traditionnelles en Afrique noire », dans *La terre, l'eau et le droit en Afrique, à Madagascar et à l'Île Maurice*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 57, aux pages 59-61.

164. C'est à juste titre que des auteurs ont relié la limite intrinsèque au mythe de la « Terre Mère »: voir J.Y. HENDERSON, M.L. BENSON et I.M. FINDLAY, *Aboriginal Tenure in the Constitution of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 363.

165. Voir notamment: K. MCNEIL, *loc. cit.*, note 42, p. 116-122; S. GRAMMOND, *op. cit.*, note 21, p. 198-199; R.H. BARTLETT, « The Content of Aboriginal Title and Equality Before the Law », (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 377; G. OTIS, *loc. cit.*, note 107, 768-769; B. OLTUIS, « Defrosting Delgamuukw », (2001) 12 *N.J.C.L.* 385.

historiques ayant donné lieu au titre. Si, par exemple, l'occupation traditionnelle du site correspondait principalement à un établissement – village, campement saisonnier, lieu de rencontre –, la construction ultérieure d'infrastructures permanentes d'habitation et de services publics rendues nécessaires par la sédentarisation de la communauté ne devrait pas être jugée contraire à la destination première du titre qui était de fournir un lieu d'habitation et de socialisation aux membres de la communauté. Le problème de la limite intrinsèque se posera en fait lorsque les autochtones voudront utiliser le territoire à des fins qui ne sont pas fonctionnellement équivalentes aux usages historiques.

Les affectations non traditionnelles de l'espace et des ressources devront pouvoir coexister avec celles qui fondent le rapport originel de la communauté avec la terre. C'est dire que la contrainte pour les autochtones d'aujourd'hui sera fonction de la norme que les tribunaux appliqueront pour déterminer s'il y a ou non incompatibilité entre les mobilisations actuelles de la terre et le rapport « originel » du groupe avec l'espace en question. Une norme trop restrictive risquerait d'entraver lourdement la capacité d'innovation de la communauté et donc de l'enfermer dans le mythe romantique de la « terre vierge », alors même que la Cour suprême prétend reconnaître le potentiel économique du titre autochtone<sup>166</sup>.

Les exemples donnés par le juge en chef Lamer d'affectations susceptibles d'être problématiques – mine à ciel ouvert, stationnement sur un cimetière ancestral<sup>167</sup> – donnent à penser que seuls les usages rendant totalement et durablement impossibles les affectations traditionnelles seront proscrits par la limite intrinsèque. L'analogie proposée par le juge en chef avec la doctrine de l'*equitable waste* dans la common law des biens<sup>168</sup> indiquerait d'ailleurs, selon les spécialistes de la common law, une volonté d'éviter que la limite intrinsèque soit un obstacle très important à l'exploitation moderne de la terre<sup>169</sup>.

Les tribunaux exigeront sans doute un degré élevé d'incompatibilité entre les activités contemporaines et les affectations fondatrices. L'incompatibilité devrait être à la fois totale et permanente. Un usage contemporain laissant subsister sur une partie de l'espace foncier la possibilité de pratiquer les activités à l'origine du titre n'outrepassera probablement pas la limite intrinsèque. Certaines formes actuelles d'exploitation pourront être totalement incompatibles avec les activités historiques sur une partie

166. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 169.

167. *Id.*, par. 128.

168. *Id.*, par. 130.

169. W. FLANAGAN, « Piercing the Veil of Property Law: *Delgamuukw v. British Columbia* », (1998) 24 *Queen's L.J.* 279, 305; N. BANKES, « *Delgamuukw*, Division of Powers and Provincial Land and Resource Laws: Some Implications for Provincial Resource Rights », (1998) 32 *U.B.C. L. R.* 317, 324-325.

seulement de l'emprise foncière de la communauté. Par exemple, la construction d'un barrage hydroélectrique sur une portion du territoire pourrait empêcher certaines activités sur le site en question, mais elle ne rendra pas nécessairement la totalité des terres autochtones inutilisables à d'autres fins.

Par ailleurs, un usage des terres temporairement incompatible devrait être jugé licite dans la mesure où la régénération de la ressource est possible ou encore si la remise en état des lieux reste raisonnablement envisageable. C'est à juste titre que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a tenu compte du caractère renouvelable de la ressource forestière et de la portée limitée des opérations de coupe pour conclure que des coupes à blanc n'étaient pas contraires à la limite intrinsèque<sup>170</sup>. Si nous reprenons l'exemple de la mine à ciel ouvert, il faudra se demander si les méthodes d'exploitation et la transformation du milieu en résultant créeront une impossibilité permanente de reconstitution au moins partielle de ce milieu.

Enfin, la rupture devrait détruire les affectations fondatrices principales et non les affectations accessoires. Ainsi, un espace foncier utilisé accessoirement à des fins de cueillette, de chasse et de pêche à l'époque précoloniale pourra aujourd'hui faire l'objet d'affectations complètement différentes dans la mesure où ces dernières ne détruisent pas toute possibilité d'utiliser l'espace d'une manière conforme à la principale affectation historique.

Il se peut néanmoins que la limite intrinsèque, même assortie d'une norme élevée d'incompatibilité, soit outrepassée. Se posera alors le problème de la sanction. À la lecture de certains passages de l'arrêt *Delgamuukw*, nous pourrions penser que la survie même du titre ancestral serait en cause. Le juge en chef Lamer écrit en effet que, « si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène<sup>171</sup> ». Faut-il conclure qu'à défaut d'avoir renoncé à leur titre les autochtones perdent tous leurs droits fonciers dès qu'ils méconnaissent la limite intrinsèque? Faute d'avoir observé cette limite, seront-ils réputés avoir délaissé pour toujours leur titre au profit de Sa Majesté parce qu'ils auraient rompu le lien culturel les unissant aux terres des ancêtres?

Cette solution risquerait de spolier les communautés qui sont de nos jours les héritières d'une mise en valeur ou d'un aménagement du territoire réalisé par d'autres. Les générations successives ont utilisé leurs terres

170. *R. v. Marshall*, [2004] 1 C.N.L.R. 2211, par. 247-248. La Cour suprême n'a pas traité cette question lors de l'appel puisqu'elle a conclu qu'aucun titre aborigène n'avait été prouvé.

171. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 131.

en fonction de l'évolution de leurs besoins et de leurs conditions de vie. Des agglomérations, des routes, des stationnements, des centres commerciaux et des infrastructures de services publics ont été construits là où, sans doute, les anciens ont récolté des ressources naturelles nécessaires à leur subsistance. Se pourrait-il que les autochtones contemporains aient, dans certains cas, perdu tout titre ancestral sur la terre parce que leurs pères, mus par la nécessaire adaptation au changement, ont violé un « tabou » juridico-culturel dont ils ignoraient jusqu'à l'existence ?

Puisque c'est l'impossibilité purement matérielle de réactiver les usages ancestraux qui opérerait la dissolution de la tenure communautaire, il faudrait aussi accepter que l'extinction puisse résulter de l'occupation du territoire par des tiers. La réalisation d'un projet minier sur des terres n'ayant jamais été valablement purgées du titre aborigène pourrait détruire automatiquement tout droit ancestral sous-jacent. Or il n'existe pas de raison déterminante, sur le plan de la logique juridique, pour conclure qu'un manquement à la limite intrinsèque emporte la disparition pure et simple de tout titre aborigène. Un tel manquement signifie toutefois que l'usage irrégulier sera *a priori* illicite et pourra faire l'objet de recours par toute partie intéressée pour y mettre fin et obtenir réparation.

L'usage que la communauté pourra faire de la terre après avoir passé outre la limite intrinsèque se trouvera peut-être grandement diminué, mais le droit d'exclure les tiers subsiste de même que l'impossibilité pour la Couronne d'exploiter le territoire sans l'accord des autochtones, ou sans justification suffisante aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, restent entiers.

Une façon de régulariser un usage *a priori* illicite et de sécuriser les droits de la communauté pour l'avenir sera de convertir, par voie d'accord avec la Couronne, le titre ancestral en propriété de droit commun, ou en titre foncier exclusivement issu d'un traité. Toutefois, ce n'est là qu'une des solutions possibles. Les autochtones peuvent, sans abandonner leurs droits ancestraux sous-jacents, compléter leur maîtrise de la terre en obtenant par voie de traité une liberté de jouir de leur patrimoine que le droit commun du titre ancestral ne leur accorde pas<sup>172</sup>. Ces droits complémentaires, allant au-delà de ce que prévoit la limite intrinsèque, seraient issus de traités et non des droits ancestraux. Un tel enrichissement de la maîtrise foncière par voie de traité n'exige nullement l'extinction préalable du

---

172. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait des peuples autochtones parties à des traités modernes récents : voir, par exemple, l'*Accord définitif Nisga'a*, 1999, Canada, Colombie-Britannique et Nation nisga'a, art. 3.1-3.8. Voir aussi : *Accord définitif Tlicho*, art. 9.1.1 et 9.1.2, 2003, [en ligne], [www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2\_f.pdf] (23 novembre 2005); *Accord sur des revendications territoriales des Inuit du Labrador*, art. 4.4.1 et 4.4.2, 2005, [en ligne], [www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/labi\_f.pdf] (23 novembre 2005).

substrat de droit ancestral puisque, tel que nous l'avons expliqué précédemment, celui-ci peut survivre juridiquement à une activité incompatible avec la limite intrinsèque.

En l'absence d'un traité ou d'une clarification judiciaire de nature à sécuriser les intéressés, l'incertitude entourant l'effet concret de la limite intrinsèque sur la liberté foncière des communautés autochtones contraindra inmanquablement leur recherche de partenaires économiques non autochtones et hypothéquera la réalisation de projets de mise en valeur.

### ***3.3.5 Une maîtrise uniforme***

Les modes d'occupation historique du territoire à la base de la reconnaissance du titre ancestral varieront d'une communauté à l'autre. Toutefois, dès lors que l'existence du titre est établie, la nature générale de la maîtrise foncière qui en résulte sera la même pour toutes les communautés titulaires : un droit communautaire exclusif d'occupation et d'usage de la terre à la discrétion de la communauté sous réserve seulement de la limite intrinsèque<sup>173</sup>. Il est vrai, en revanche, que les contraintes associées à cette limite pourraient en principe varier en fonction de l'histoire et de la culture propres à chaque communauté.

## **CONCLUSION**

Notre étude montre que, bien que l'émergence du titre aborigène soit génératrice d'insécurité foncière, nul n'envisage de restituer aux peuples autochtones la maîtrise plénière et exclusive des vastes terres de chasse précoloniales. L'idée maîtresse de conciliation qui irrigue toute la jurisprudence de la Cour suprême exprime bien les limites du projet étatique de reconnaissance des droits ancestraux ; ce projet n'est pas de bouleverser fondamentalement l'ordre des choses.

Il faut aussi savoir que, malgré les doctes dissertations des universitaires et des magistrats, le titre aborigène n'a encore guère de substance concrète dans le quotidien autochtone. C'est qu'en pratique les communautés ne peuvent jouir effectivement de leur patrimoine ancestral qu'au terme d'un processus aléatoire de validation de leur prétention par les institutions étatiques. Un groupe estimant posséder un titre sur ses terres traditionnelles pourrait certes tenter d'exercer unilatéralement tous les droits afférents, y compris le contrôle exclusif de ces terres. Cependant, une telle stratégie mènera inexorablement à un face à face judiciaire ; ni la Couronne ni les tiers à qui cette dernière aura concédé des droits sur les terres ne voudront admettre de bon gré l'existence du titre revendiqué.

---

173. C'est pourquoi le professeur Slattery qualifie le titre aborigène de « droit générique » : voir B. SLATTERY, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights », (2000) 79 *R. du B. can.* 196.

Le groupe revendicateur peut encore s'abstenir d'exercer unilatéralement son contrôle du territoire tout en cherchant à faire reconnaître ses droits par la voie judiciaire. Or si les décisions confirmant l'existence de droits ancestraux de prélèvement de ressources à des fins de subsistance sur les terres publiques sont relativement nombreuses, il n'existe à ce jour aucun jugement déclarant un groupe autochtone titulaire d'un titre aborigène sur une partie quelconque du territoire canadien.

Il est tout de même possible de penser que, tôt ou tard, un groupe autochtone parviendra, en dépit des difficultés juridiques, des délais et du coût exorbitant qu'implique la présentation d'une revendication judiciaire, à convaincre un tribunal qu'il détient un titre aborigène sur des terres situées à l'extérieur d'une réserve. Cependant, en raison du pouvoir de la Couronne de porter atteinte, à certaines conditions, aux droits des autochtones, la consécration judiciaire d'un titre sera très loin de mettre fin au contentieux foncier entre les autochtones et la Couronne ou ses ayants droit.

L'obligation faite au gouvernement d'agir de manière honorable au moment de restreindre l'exercice des droits ancestraux induit cependant une logique de dialogue. Celle-ci ne peut qu'être accusée par le droit désormais reconnu aux autochtones d'être consultés et, au besoin, de bénéficier de mesures d'accommodement tenant compte de leurs préoccupations, avant que puisse être réalisé un projet sur tout territoire à l'égard duquel existe une revendication crédible de titre aborigène<sup>174</sup>. Si nous ajoutons à ce portrait l'obligation pour la Couronne de négocier honorablement toute revendication sérieuse de titre aborigène ou de droits ancestraux<sup>175</sup>, nous ne pouvons que conclure à l'existence d'une politique judiciaire ayant pour objet de renvoyer dans la sphère politique le règlement des revendications autochtones.

Que les magistrats veuillent quitter l'avant-scène se conçoit aisément puisque le juste partage du pouvoir, de la richesse et de la légitimité historique entre les premiers peuples et la société issue de la colonisation sera ultimement l'affaire des élus. La négociation de traités paraît inévitable, du moins à long terme. Encore faut-il dire que l'incitation judiciaire à la conclusion d'ententes ne pourra probablement porter ses fruits que si les juges restent disponibles pour encadrer, voire superviser, des pourparlers qui, souvent, s'enlisent, font perdurer l'insécurité foncière et exacerbent presque autant les tensions intercommunautaires que les actions unilaté-

---

174. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, précité, note 121. Il faudra néanmoins que le projet envisagé soit de nature à influencer négativement sur les droits potentiels des autochtones.

175. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 41, par. 20 et 25. Voir aussi *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 10, par. 186.

rales. En d'autres termes, il se peut que le dialogue passe par quelques allers-retours entre le prétoire et la table de négociation<sup>176</sup>.

De la négociation naîtra, un jour ou l'autre, quelque solution de compromis. Assisterons-nous alors enfin à la pérennisation triomphante de cette figure singulière du foncier autochtone esquissée par la Cour suprême? Rien n'est moins sûr. Dans la foulée de l'affaire *Delgamuukw*, chaque fois qu'un traité moderne a reconnu un titre foncier autochtone, les parties se sont empressées de neutraliser des attributs essentiels de la tenure ancestrale échafaudée par les tribunaux. Cette figure-là du titre aborigène, sitôt sortie des limbes juridiques, pourrait bien y sombrer à nouveau comme une ombre fugace. N'en sous-estimons toutefois pas la résilience puisque les traités modernes, en s'abstenant de l'éteindre, lui préparent peut-être une reviviscence au tournant du siècle prochain...

---

176. Voir notamment P. DIONNE, «La reconnaissance et la définition contemporaines des droits ancestraux : négocier ou s'adresser aux juges?», dans G. OTIS (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 71, aux pages 78-80. Voir aussi L.I. ROTMAN, «Let's Face it, We are all Here to Stay: but do We Negotiate or Litigate?», dans K. WILKINS (dir.), *op. cit.*, note 20, 202.

# « LA NOTION DE BIENS »

*Madeleine Cantin Cumyn\* et Michelle Cumyn\*\**

## INTRODUCTION

### 1. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION DE BIEN

#### 1.1 Droit romain

#### 1.2 Ancien droit

#### 1.3 Les codifications du 19<sup>e</sup> siècle

### 2. LA NOTION DE BIENS SOUS LE RÉGIME DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

#### 2.1 La notion de biens dans le *Code civil du Québec*

#### 2.2 L'affaire *Greenberg c. Gruber*

#### 2.3 L'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*

## CONCLUSION

\* \* \*

## INTRODUCTION

Dans le langage courant, le substantif bien évoque l'idée d'une valeur pour l'individu. Il est souvent, mais pas nécessairement, réservé à des objets ayant une valeur économique, qu'il s'agisse ou non d'objets matériels. Dans un sens plus restreint, le bien, objet matériel, est parfois opposé

---

\* Professeure, Titulaire de la Chaire Wainwright de droit civil, Faculté de droit, Université McGill. La préparation du présent essai a été facilitée par l'obtention d'une subvention de recherche du Fonds Wainwright de la Faculté. Je remercie M<sup>me</sup> Véronique Roy, étudiante à la Faculté, pour son aide diligente à titre d'assistante de recherche.

\*\* Professeure, Faculté de droit, Université Laval. Les développements sur l'histoire de la cession de créance se fondent sur des recherches effectuées dans le cadre d'un projet financé par le C.R.S.H. et feront ultérieurement l'objet d'une étude plus détaillée. Je remercie M. Guillaume Talbot-Lachance, étudiant au baccalauréat, pour son excellent travail à titre d'auxiliaire de recherche.

à d'autres objets de commerce, comme dans l'expression « biens et services<sup>1</sup> ».

Les dictionnaires juridiques dans la tradition civiliste attribuent au mot bien deux sens précis. Sous une première acception, le bien désigne une chose matérielle susceptible d'appropriation. Sous une seconde acception, les biens désignent l'ensemble des droits patrimoniaux<sup>2</sup>. Comme le précise le *Dictionnaire de droit privé*, seul le deuxième sens, celui de droit patrimonial, est juridiquement exact. Néanmoins, les deux acceptions apparaissent couramment dans nos textes de loi, même lorsqu'il est crucial, pour déterminer la portée d'une disposition législative, de savoir si elle vise une chose matérielle ou un droit patrimonial. Or, on constate que le *Code civil du Québec*, loin de faire preuve de discernement dans l'usage des termes techniques, a accentué l'ambiguïté autour du mot bien, au point que des questions aussi fondamentales que celle de la détermination de l'objet d'un droit de propriété, et, par conséquent, de l'extension de ce droit, divisent aujourd'hui les interprètes.

L'assimilation de l'objet matériel susceptible d'appropriation à un bien, faisant figurer la chose directement dans le patrimoine, est une habitude que l'on fait remonter au droit romain où le droit de propriété n'est pas dissocié de la chose qui en est l'objet. Cette synecdoque, assez naturelle dans le langage courant tant du profane que du juriste, contribue à maintenir l'ambiguïté de la terminologie en usage<sup>3</sup>. En effet, le droit civil a connu une évolution qui l'a conduit à reconnaître les droits réels en tant que catégorie spécifique de droits à l'intérieur du patrimoine<sup>4</sup>. Les droits réels, dont l'archétype est le droit de propriété, sont ainsi distingués des droits personnels, aussi dits droits de créance, et des droits intellectuels, que l'on a aujourd'hui tendance à considérer comme formant un troisième type de droits patrimoniaux<sup>5</sup>. Certes, comme toute classification,

- 
1. C'est ainsi qu'il faut lire, par exemple, la définition du mot « bien » à l'art. 1(d) de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, même s'il n'est pas précisé que le bien désigne ici une chose corporelle: « "biens": un bien meuble et, dans la mesure requise pour l'application de l'article 6.1, un immeuble ». L'art. 2 précise en effet que la loi « s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant et ayant pour objet *un bien ou un service* » (nos italiques). La notion de service n'est pas définie.
  2. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 111-112; France ALLARD et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 30-31.
  3. Savatier parle quant à lui d'un raccourci, d'une élisioin, voir: René SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », (1958) *R.T.D. civ.* 1, p. 2.
  4. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, n° 700, p. 1579, estime que la « distinction du droit réel et du droit personnel forme l'arête du droit du patrimoine ».
  5. Pour une description de situations juridiques ne répondant pas à la définition du droit réel ni du droit personnel, voir: Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177.

la distinction des droits réels, des droits personnels et des droits intellectuels n'est pas exempte de difficultés. Les juristes doivent confronter celles-ci. Cependant, occulter la catégorie des droits réels n'est pas la voie à suivre, ainsi que le montrent avec éloquence deux décisions récentes de nos tribunaux d'appel<sup>6</sup>. La tendance observée à désigner l'objet du droit de propriété comme un bien conduit à « la propriété d'un bien », alors que la propriété est elle-même un bien. Ensuite, il suffit de redonner au mot bien son sens plus large, pour admettre l'idée de « propriété d'une créance » et de tout autre droit patrimonial<sup>7</sup>. Titre et propriété se confondent et placent le juriste devant un état du droit où les concepts premiers perdent leur sens et les catégories civilistes de base s'évanouissent.

La présente étude cherche à comprendre les pratiques terminologiques actuelles. Si les juristes québécois n'ont pas d'autre choix que de composer avec la polysémie du mot bien dans le droit actuel, ils doivent selon nous continuer de donner effet aux distinctions fondamentales qui opposent les différentes catégories de droits patrimoniaux, notamment la distinction des droits réels et des droits personnels. D'ailleurs, cette question n'intéresse pas que le droit des biens : à titre d'illustration, l'autonomie de la cession de créance par rapport à la vente, maintenant consacrée par le titre des obligations, dépend du maintien de cette distinction.

Dans un premier temps, nous retraçons sommairement l'évolution de la notion de bien depuis le droit romain. Nous jetons ensuite un regard critique sur l'usage que fait le *Code civil du Québec* de cette notion juridique. L'apparition et la transformation de la notion de bien sont considérées dans la double perspective de la distinction entre le droit réel et le droit personnel et de la réception de la cession de créance.

## 1. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION DE BIEN

Depuis la redécouverte du droit romain, les notions de « bien » et de « chose » semblent inextricablement liées. Le droit romain ne s'intéressait qu'aux choses, tandis que l'Ancien droit employait chose et bien de manière interchangeable. Les codifications du 19<sup>e</sup> siècle n'ont pas, elles non plus, imposé un emploi différencié de ces termes.

6. *Greenberg c. Gruber*, C.A. Montréal, n° 500-09-014103-048, le 27 mai 2004, MM. les juges Gendreau, Forget et Pelletier, JE 2004-1180 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée); *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666. Ces décisions sont analysées ci-dessous aux parties 2.2 et 2.3.
7. Cette idée a été défendue notamment par les auteurs suivants : Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 43-55; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *R.T.D. civ.* 305. Elle est critiquée notamment par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil : introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd. 1994, p. 183-187; Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1997, nos 17-26; Christian ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2000, p. 66.

## 1.1 Droit romain

Aux mots français « chose », « bien » et « droit », correspond un seul terme latin : *res*. En droit romain, la *res* vient à désigner tout objet qui intéresse le droit<sup>8</sup>. Au départ, la *res* désigne la chose, objet tangible ou matériel. Le droit romain admet ensuite, aux côtés des choses dites corporelles, les *res corporales*, un nouveau groupe de choses, celui des *res incorporales*, qui désigne notamment les droits, objets abstraits et intangibles<sup>9</sup>. Faut-il donc établir un rapprochement entre la catégorie romaine des *res incorporales* et la notion de bien ? Ce serait inexact. En effet, pour les Romains, la propriété dite quiritaire ou *dominium* se confond avec la chose même qui en est l'objet, cet objet étant nécessairement une chose corporelle : le *dominium* est la *res corporalis*<sup>10</sup>. Ainsi, la propriété ne figure pas parmi les *res incorporales*. Lorsque deux personnes se disputent une chose, ce n'est pas le droit de propriété qui fait l'objet de leur litige, mais la chose même dont elles s'estiment toutes deux propriétaires.

Parce que la propriété englobe d'emblée tous les avantages que comporte son objet corporel, le droit romain ne se préoccupe pas d'en étudier le contenu, ni le régime<sup>11</sup>. Il s'attache plutôt à classer les choses afin de déterminer, notamment, lesquelles sont dans le commerce et lesquelles ne sont pas susceptibles d'appropriation. Il s'attarde également à la manière dont une personne peut céder sa chose à autrui : le transfert consensuel de la propriété revêt à la fois une dimension matérielle, la remise de la chose, et une dimension intentionnelle, la volonté de transférer la propriété.

Le droit romain admet que certaines personnes puissent avoir un droit à l'égard de la chose d'autrui. Ce droit ou *jus in re aliena* s'impose au propriétaire et limite l'usage qu'il peut faire de sa chose. Or, les servitudes et l'usufruit, à la différence de la propriété, font partie des *res incorporales*. S'il est probable qu'à l'instar de la propriété, les Romains aient au départ confondu les servitudes avec leur objet matériel (le sentier, la source), les possibilités ouvertes par cette conception s'avèrent trop limitées et le droit romain évolue vers une construction juridique abstraite. C'est d'ailleurs

- 
8. Charles Gustave MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 436-437.
  9. Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1961, p. 4-5 ; Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 74-76.
  10. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd. par Félix SENN, Paris, Dalloz, 2003, p. 278 ; Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, A. Marescq, 1886, p. 128 ; C.G. MAYNZ, *op. cit.*, note 8, p. 441 ; Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 85 ; Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne : douze autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, p. 194-195.
  11. Les quelques devoirs qui découlent du voisinage sont envisagés dans le cadre des obligations.

pour rendre compte de ces droits dans la chose d'autrui que les Romains créent la catégorie des *res incorporales*. Leur contenu et leur régime sont ceux que le droit détermine.

S'agissant du droit de créance, les *Institutes* de Justinien classent celui-ci parmi les *res incorporales*, aux côtés des servitudes, de l'usufruit et de l'hérédité<sup>12</sup>. Soulignons le caractère disparate de cette catégorie qui ne connaît pas de régime juridique propre. Son principal intérêt est de faciliter le recours à des constructions juridiques abstraites.

Il est intéressant de noter que, dans la catégorie des *res incorporales*, se retrouvent non seulement des droits, mais aussi une universalité, l'hérédité. L'idée d'un ensemble de choses, de droits et de dettes, ou *universitas*, transmis par un seul acte au décès, est ainsi acquise dès le droit romain et mènera plus tard au concept de patrimoine<sup>13</sup>. Malgré cela, le droit romain semble rester fidèle dans son principe à la conception personnelle de l'obligation : elle est un lien unissant les personnes du débiteur et du créancier<sup>14</sup>. Si elle peut être transmise en cas de décès de l'une des parties, c'est grâce à la fiction juridique suivant laquelle l'héritier continue la personne du défunt<sup>15</sup>.

Il peut paraître étonnant que la conception personnelle de l'obligation à laquelle souscrit le droit romain ne l'ait pas pour autant empêché d'élaborer un régime complet et presque parfait de la cession de créance<sup>16</sup>. Le procédé employé est celui de la *procuratio in rem suam*, le mandat judiciaire conclu dans l'intérêt du mandataire<sup>17</sup>. Le cédant de la créance constitue le cessionnaire son mandataire afin qu'il obtienne le paiement du débiteur, étant entendu que le cessionnaire gardera pour lui l'objet du paiement. Le cessionnaire est ainsi habilité à poursuivre le débiteur en agissant sous le nom du cédant<sup>18</sup>.

Pour protéger le cessionnaire, des constitutions impériales adoptées aux 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> siècles retirent au cédant le droit de révoquer son mandat ou de réclamer lui-même le paiement au débiteur, et sanctionnent également

12. Joseph Anthony Charles THOMAS, *The Institutes of Justinian: Text, Translation and Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1975, livre 2, titre 2, par. 1, p. 84.

13. Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, A. Rousseau, 1925, p. 169.

14. P.F. GIRARD, *op. cit.*, note 10, p. 274.

15. C.G. MAYNZ, *op. cit.*, note 8, p. 390 ; E. PETIT, *op. cit.*, note 13, p. 506-507.

16. L'interprétation du droit romain, voulant qu'il n'ait jamais véritablement admis la cession de créance, mais seulement des succédanés, est d'ailleurs contestée, avec raison nous semble-t-il, par plusieurs historiens du droit. Pour un exposé clair et succinct de la controverse à ce sujet, voir : Jacques-Yvan MORIN, *Essai sur la cession de créance dans le droit du Québec*, Montréal, Université McGill, 1952, p. 8 et *sq.*

17. Le droit romain a également recours à la novation par changement de créancier. Cependant, le mandat judiciaire s'avère un véhicule mieux adapté aux effets recherchés par les parties et c'est dans le cadre de celui-ci que la cession de créance connaîtra son plein essor.

18. C.G. MAYNZ, *op. cit.*, note 8, t. 2, p. 77 et *sq.* ; E. PETIT, *op. cit.*, note 13, p. 508-509.

le débiteur qui paie le cédant après avoir été notifié de la cession<sup>19</sup>. D'autres constitutions répriment les abus en matière de cession de droits litigieux, accordant notamment au débiteur cédé un droit de retrait, comme le prévoit encore aujourd'hui l'article 1784 C.c.Q.

Pour compléter cette brève présentation de la conception et de la classification des biens en droit romain, il nous faut évoquer la distinction qu'il établit, sur le plan de la procédure, entre les actions personnelles et les actions réelles. Les actions personnelles permettent au créancier d'exiger en justice l'exécution par une autre personne d'une obligation, généralement d'origine contractuelle ou délictuelle. Les actions réelles sont le moyen de revendiquer une chose dont le demandeur se prétend propriétaire ou d'obtenir le respect d'une servitude ou d'un usufruit. Les Romains effectuaient donc déjà un certain rapprochement entre la propriété, la servitude et l'usufruit, puisque l'action réelle s'applique à tous ces cas. En revanche, d'autres droits qui ont également pour objet une chose, tels que le droit du locataire, un *jus ad rem*, ou celui de l'acheteur qui n'est pas encore devenu propriétaire de l'objet de la vente, sont sanctionnés par une action personnelle découlant du contrat entre les parties<sup>20</sup>. Comme on sait, cette distinction entre les actions réelles et personnelles fera fortune dans le développement ultérieur des droits occidentaux, puisqu'elle amorce le processus de distinction substantielle entre droit réel et droit personnel et est consacrée aux articles 565 et suivants du *Code de procédure civile*. Ce cheminement doit être expliqué puisqu'au départ, tout oppose le droit médiéval au droit romain.

## 1.2 Ancien droit

En ce qui a trait aux biens, l'incompatibilité est d'abord totale entre la société médiévale et le droit romain<sup>21</sup>. Alors que la propriété romaine est exclusive, au point même que les Romains ne dissociaient pas celle-ci de son objet, le droit médiéval prévoit l'appropriation multiple des différents usages du sol, notamment sous la forme de domaines et tenures dont aucun n'accorde à son titulaire un droit exclusif. Les droits de jouissance s'exerçant simultanément sur une même terre sont indissociables des obligations reliant entre eux ses différents occupants<sup>22</sup>. Bien malin qui parviendrait à appliquer ici la distinction des actions réelles et personnelles du droit romain. Il est vrai que les romanistes ont réussi à dégager de l'opposition romaine la distinction moderne entre droits réels et

19. P.F. GIRARD, *op. cit.*, note 10, p. 780 et *sq.*

20. J.A.C. THOMAS, *op. cit.*, note 12, livre 4, titre 6, p. 282 et *sq.*

21. A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 10, p. 84-87.

22. *Id.*, p. 85-86.

obligations. Selon Anne-Marie Patault, il s'agit toutefois d'un « pur exercice de virtuosité doctrinale sans appui dans les réalités coutumières<sup>23</sup> ». La distinction ne pourra s'imposer véritablement qu'avec le déclin du système féodal et l'émergence de la propriété exclusive.

De même, la distinction romaine des *res corporales* et des *res incorporales* trouve peu d'échos à l'époque féodale, puisque le sol n'est pas l'objet de propriété exclusive : les différents droits qui existent à l'égard du sol, et qui constituent, à cette époque, les biens les plus importants, sont davantage apparentés aux choses incorporelles du droit romain. En revanche, la distinction secondaire établie par le droit romain entre les choses corporelles meubles et immeubles devient en Ancien droit la nouvelle *summa divisio* s'appliquant, du moins en pays coutumiers, tant aux choses corporelles qu'incorporelles<sup>24</sup>.

Les auteurs coutumiers nous semblent employer indifféremment les termes « choses » et « biens », lorsqu'il s'agit de caractériser les avoirs d'une personne. La principale préoccupation du droit médiéval, dans sa classification des choses ou des biens, est de distinguer les biens durables et productifs destinés à être conservés dans les familles, appelés dans le nord de la France *héritages*, et les biens périssables ou aptes à être vendus par les individus, appelés *chatels* ou *cateux*. Des protections particulières s'appliquent aux héritages pour en préserver l'affectation familiale. Ainsi, ces biens sont généralement insaisissables, ils sont transmis de plein droit aux héritiers légaux et leur transfert entre vifs est soumis à d'importantes restrictions. Or, la distinction des immeubles et des meubles établie par les Romains en fonction du critère de fixité semble de prime abord rendre compte de ces deux catégories de biens, non pas dans leurs finalités, mais dans leur contenu. Ainsi, à partir du 13<sup>e</sup> siècle, les auteurs coutumiers superposent les deux classifications, tout en donnant graduellement préséance à la terminologie romaine. Les auteurs mettent alors en relief trois caractéristiques des biens immeubles : ils sont fixes, perpétuels et produisent régulièrement des fruits ou des revenus.

Cette superposition des catégories romaines et coutumières n'est pas sans causer des maux de tête aux auteurs coutumiers et il est impossible, en fin de compte, de comprendre la classification des meubles et des immeubles établie dans les différentes coutumes, en s'appuyant uniquement sur le critère de fixité. Il s'avère essentiel de garder à l'esprit la raison d'être fondamentale de la classification, dans la société et l'économie de l'Ancien régime. Ainsi, dans un premier temps, le droit coutumier tend à assimiler

23. *Id.*, p. 146.

24. En droit romain, cette distinction avait une incidence sur les règles relatives au transfert de la propriété et à la prescription acquisitive. Par fidélité au droit romain, les pays de droit écrit auraient résisté à l'application de la distinction entre meubles et immeubles aux choses incorporelles. Ces dernières auraient continué de constituer une catégorie à part.

à des immeubles les biens les plus précieux : par exemple les navires, les bijoux et les rentes. Dans un second temps, alors que s'imposent graduellement la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, l'Ancien droit autorise l'individu à qualifier lui-même certains biens pour les soumettre au régime juridique de sa convenance<sup>25</sup>.

Si l'intégration des conceptions du droit romain relatives à l'immeuble est difficile, cette intégration est plus harmonieuse en ce qui concerne les obligations. Au Moyen Âge, le droit des contrats connaît un très grand essor grâce aux commerçants qui développent, par des mécanismes ingénieux, divers modes de paiement et de crédit. En particulier, la cession de créance est une institution fort importante dans l'Ancien droit. Il est toutefois difficile d'en retracer l'évolution historique en raison de la diversité des formes qu'elle emprunte, des utilisations qui en sont faites et des règles qui lui sont appliquées dans les différents pays tant coutumiers que de droit écrit.

Alors que le droit germanique et le droit anglo-saxon demeurent longtemps réfractaires à la cession de créance, la majorité des coutumes françaises en admettent la validité, comme en attestent plusieurs sources datant du 13<sup>e</sup> siècle<sup>26</sup>. Ainsi, la cession peut être effectuée par le cédant et le cessionnaire dans un acte écrit<sup>27</sup>. Le débiteur poursuivi en justice par le cessionnaire doit payer sa dette au profit de ce dernier. En revanche, les coutumes qui n'admettent pas la cession de créance, à l'instar du droit germanique, considèrent que le débiteur est tenu de payer uniquement le créancier en faveur de qui il a contracté la dette<sup>28</sup>. Certains auteurs invoquent la rigueur des moyens d'exécution employés par certains créanciers à cette époque, où l'emprisonnement pour dette est encore pratiqué, pour expliquer la réticence de certains droits coutumiers à l'égard de la cession de créance : pour le débiteur, l'identité de son créancier n'est pas indifférente<sup>29</sup>.

Dans les droits qui n'admettent pas la cession de créance sans le consentement du débiteur ou qui l'admettent, mais de manière imparfaite, deux techniques sont employées pour parvenir au même résultat. La

25. Jean BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, A. Fontemoing, 1908, p. 198 et sq.

26. Mireille CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain 10<sup>e</sup>-13<sup>e</sup> siècle*, Toulouse, M. Espic, 1959, p. 511 et sq.; Jean YVER, *Les contrats dans le très ancien droit normand*, Domfort, Marsat, 1926, p. 108; Pierre-Clément TIMBAL, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, t. 2, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1977, p. 277.

27. Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1961, p. 224-225.

28. Henri BRUNNER, «Les titres au porteur français du Moyen-Âge», (1886) *N.R.H.D.F.E.* 11, p. 24-25.

29. J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 25, p. 484; J. YVER, *op. cit.*, note 26, p. 273.

première était déjà connue des Romains : il s'agit de la novation par changement de créancier<sup>30</sup>. La seconde serait une invention d'origine germanique ou italienne : il s'agit de la clause au porteur dite alternative, très courante dans les actes français du 13<sup>e</sup> siècle<sup>31</sup>. Par celle-ci, le débiteur s'engage à payer son créancier ou le porteur de la lettre. Les avantages de la clause au porteur sont multiples. Le débiteur consent d'avance à la cession de créance et ne peut donc pas s'en plaindre. La cession de la créance est effectuée très simplement par la remise du titre constatant celle-ci. Le porteur n'a pas à prouver l'origine ou la nature de son titre lorsqu'il intente une poursuite contre le débiteur : la simple détention du titre suffit. Seul le cédant de qui le titre aurait été obtenu par des moyens illicites est habilité à invoquer ce moyen et il peut intervenir au procès pour faire échec à l'action du porteur. Quant au débiteur, il peut payer le porteur en toute quiétude, car il est dès lors libéré de sa dette<sup>32</sup>.

Les historiens du droit remarquent que les clauses au porteur sont très répandues dans les actes français du Moyen Âge, jusqu'au 16<sup>e</sup> siècle environ. Or, tout indique que ces clauses ont été insérées dans les actes non seulement en prévision d'une cession de créance éventuelle, et afin de faciliter celle-ci, mais surtout dans le but de contourner les restrictions qui entourent alors la représentation en justice<sup>33</sup>. En effet, le droit médiéval interdit à quiconque de se faire représenter en justice s'il n'a pas obtenu du roi une autorisation sous la forme de lettres de grâce. Au départ, il faut établir l'impossibilité de se présenter soi-même en raison d'une absence ou d'une maladie. Ensuite, les lettres autorisant la représentation en justice sont accordées à tous ceux qui en font la demande, moyennant certains frais. Durant plusieurs siècles, la cession de la créance, surtout au moyen des titres au porteur, a été employée pour contourner soit l'interdiction de la représentation en justice, soit les formalités et les frais requis

---

30. Voir *supra*, note 17. À la suite d'une cession de créance intervenue entre le cédant et le cessionnaire, ce dernier peut craindre que le cédant, profitant de l'ignorance du débiteur non informé de la cession ou agissant de connivence avec lui, ne porte atteinte à ses droits en recevant le paiement de la dette. Aussi, les cessionnaires s'empressent-ils souvent de s'entendre directement avec le débiteur cédé en obtenant un nouvel engagement de sa part, à des conditions un peu plus favorables pour lui. Cet accord entre le nouveau créancier et le débiteur est généralement interprété comme une novation de la créance. Voir : M. CASTAING-SICARD, *op. cit.*, note 26, p. 315.

31. D'après Ourliac et Malafosse, les clauses au porteur existaient au Bas-Empire et de là, seraient passées dans les actes italiens du haut Moyen Âge, puis en France. On retrouve également dans la pratique les clauses à ordre et les simples clauses au porteur, mais celles-ci jouent un rôle moins important dans le développement de la cession de créance : P. OURLIAC et J. de MALAFOSSÉ, *op. cit.*, note 27, p. 223. On retrouve également des clauses au porteur dans le droit germanique, voir : H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28, p. 12.

32. J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 25, p. 488-489.

33. À ce sujet, il faut lire l'étude magistrale de H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28. Celle-ci est largement corroborée par les recherches de P.-C. TIMBAL, *loc. cit.*, note 26, p. 295 et *sq.* et J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 25, p. 485, 494.

pour l'obtenir. Grâce à cette cession de créance fictive, tout se passe comme si le représentant était le véritable créancier agissant en son nom propre, alors qu'il agit en fait pour le compte du cédant.

Cette situation ne dure pas indéfiniment. Ainsi, dès la fin du 14<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence et les auteurs coutumiers commencent à appliquer à la cession de la créance au porteur les règles romaines du mandat<sup>34</sup>. Les raisons de ce revirement ne sont pas aujourd'hui bien connues, mais il est possible que les lettres servant essentiellement à des fins de représentation, les auteurs coutumiers soient portés à leur appliquer le régime juridique correspondant à cette réalité, d'autant plus qu'il est susceptible de mieux protéger le mandant. Dès lors que s'applique le régime du mandat, il faut en déduire que celui-ci est révocable et prend fin à la mort du mandant<sup>35</sup>. Pour éviter la qualification de mandat, le porteur doit démontrer qu'il est bien le cessionnaire de la créance en présentant une preuve de la cession, la possession du titre ne permettant plus de laisser présumer celle-ci<sup>36</sup>. Ainsi, les créances au porteur sont dépouillées de leurs principaux attraits, et il faudra attendre plusieurs siècles pour les voir connaître un nouvel essor. Quant à la représentation en justice, elle est autorisée sans nécessité d'obtenir des lettres de grâce, à partir de 1483<sup>37</sup>.

Soulignons qu'à ses débuts, tant en droit romain qu'en droit médiéval, la cession de créance se développe de manière tout à fait autonome par rapport au régime de la vente<sup>38</sup>. Elle emprunte au schéma de la

34. P.-C. TIMBAL, *op. cit.*, note 26, p. 298-301.

35. Ainsi se répand l'adage: «Homme mort n'a porteur de lettres», voir: H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28, p. 41, P.-C. TIMBAL, *op. cit.*, note 26, p. 300.

36. H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28, p. 144 et *sq.*, 158; P.-C. TIMBAL, *op. cit.*, note 26, p. 301.

37. H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28, p. 14: le roi renonce à cette mesure à la suite des États généraux de Tours. Cela est confirmé par l'art. 1 de l'Ordonnance touchant la justice édictée par François 1<sup>er</sup> en 1528: «Les procurations des parties pour constituer procureur sont valables sans autre autorisation» (*Recueil d'édits et d'ordonnances royaux sur le fait de la justice et autres matières les plus importantes*, Paris, Montalant, 1720, t. 1) Le système avait commencé à montrer des signes d'effritement dès le début du 15<sup>e</sup> siècle, comme en témoignent ces lettres du roi Charles VI, adressées en 1407 aux procureurs du Châtelet de Paris: «Comme il est d'usage devant le Châtelet de Paris, qu'on ne peut y plaider par procureur sans lettres de grâce, qu'il est possible d'obtenir au prix de 10 sols, mais que plusieurs ne le font pas, et les procureurs ne se les demandent pas entre eux, mais plutôt gardent pour eux l'argent versé par leurs clients à cette fin, ce qui cause au roi grand préjudice et dommage, nous réitérons la règle et exigeons que les lettres soient lues et publiées, sans quoi [...]» (*Ordonnances des rois de France de la troisième race*, Paris, Imprimerie royale, 1723, t. 9, 15 novembre 1407).

38. Ainsi Gaius, après avoir présenté les modes de transfert de la propriété, traite de la cession de créance en ces termes: «Les obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées, n'admettent aucun de ces modes d'aliénation. En effet, si je veux que ce qui m'est dû par un tiers te soit dû, nous ne pouvons obtenir ce résultat par aucun des modes d'aliénation des choses corporelles. Ce qu'il faut, c'est que, sur mon invitation, tu stipules du tiers, ce qui a pour effet de le libérer de ses obligations à mon égard et de l'engager vis-à-vis de toi: c'est ce qu'on appelle une novation d'obligation. Sans cette novation, tu ne pourras actionner en ton propre nom, et tu dois procéder de mon chef, comme si tu étais mon connaisseur ou mon procureur» (Gaius, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, Les belles lettres, 1950, second commentaire, n° 38, p. 43).

représentation ou de la substitution de créancier, plutôt qu'à celui du transfert d'un droit<sup>39</sup>. La cession d'une créance soulève d'ailleurs des difficultés et comporte des caractéristiques qui la différencient nettement du transfert de la propriété d'une chose matérielle, notamment la nécessité de trouver un équilibre entre la protection du cessionnaire et celle du débiteur cédé. Cependant, pour des raisons encore mal connues, les auteurs coutumiers vont graduellement assimiler la cession de créance soit à une donation, si elle est à titre gratuit, soit à une vente, si elle est à titre onéreux<sup>40</sup>. Ainsi en viendront-ils à appliquer à la cession de créance, par analogie, la nécessité d'une tradition pour que soit effectuée la transmission de la créance au cessionnaire, comme l'exprime l'adage : « Simple transport ne saisit point », repris dans la Coutume de Paris<sup>41</sup>. D'après l'interprétation qui est donnée à cet adage par les commentateurs de la Coutume de Paris, la signification de la cession de créance au débiteur est nécessaire pour rendre effective la transmission de la créance au cessionnaire et pour rendre celle-ci opposable aux débiteurs et aux tiers. L'importance pratique de cette règle, qui devient à partir du 16<sup>e</sup> siècle le point d'ancrage de la cession de créance dans le droit coutumier, tient notamment au fait qu'elle permet au cessionnaire, par la notification au débiteur, d'assurer son droit au paiement de l'obligation, une règle connue du droit romain mais qui n'avait pas encore été fermement articulée dans l'Ancien droit<sup>42</sup>.

Si l'Ancien droit parvient tant bien que mal à une relative harmonisation des conceptions romaines avec le droit coutumier, les codifications du 19<sup>e</sup> siècle fournissent une nouvelle occasion de parfaire la synthèse en retenant les meilleurs éléments de chaque système et en regroupant ceux-ci en

39. Ces liens subsistent encore aujourd'hui et la cession de droits litigieux continue de soulever des problèmes délicats : voir P. GLENN, « L'écho double du champart : y a-t-il des traces en droit civil québécois? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la dir. de Benoît MOORE, Montréal, Thémis, 2003, p. 713-724.

40. En 1390, Bouteillier parle déjà de « vendre sa dette » : Jean BOUTEILLIER, *Somme rural*, éd. par Charondas Le Caron, Paris, Barthelemy Mace, 1611, p. 393-394. L'évolution est parachevée dans l'œuvre de Pothier, qui assimile nettement la cession de créance à une vente ou à une donation, voir : Robert Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd. par BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 217-218.

41. Pierre LEMESTRE, *Coutume de Paris*, Paris, Bernard Brunet, 1741, art. 108, p. 149.

42. H. BRUNNER, *loc. cit.*, note 28, p. 24 ; J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 25, p. 486. Vers 1253, Pierre de Fontaines admet la règle suivant laquelle le débiteur qui n'a pas connaissance de la cession et qui acquitte sa dette envers le cédant, est libéré envers le cessionnaire ; cependant, la nécessité de dénoncer la cession de créance au débiteur, pour parer à cette éventualité, n'est pas clairement articulée : Pierre DE FONTAINES, *Le conseil de Pierre de Fontaines, ou Traité de l'ancienne jurisprudence française*, éd. par MARNIER, Paris, Durand, 1846, n<sup>o</sup> 49. Les origines précises de l'adage « Simple transport ne saisit point » demeurent obscures et font l'objet d'un débat parmi les historiens du droit. Il nous paraît plausible, comme le suppose Brunner, que cette règle ait d'abord été imposée pour la transmission d'une rente ou pour la cession de créance à titre gratuit, que l'on a voulu soumettre au régime de la donation, puis généralisée à toutes les cessions de créance : H. BRUNNER, *Id.*, p. 28-29.

un ensemble cohérent. Avec le recul, force est de constater que le succès est mitigé, en ce qui a trait à la définition et à la classification des biens.

### 1.3 Les codifications du 19<sup>e</sup> siècle

Il n'y a pas entre le *Code civil des Français* et le *Code civil du Bas Canada* de divergence significative dans l'emploi qu'ils font des substantifs chose et bien, ni dans les définitions qu'ils donnent de la propriété et de ses démembrements. Cette similarité des deux codes n'a rien d'étonnant puisqu'elle est le reflet de la similitude de leur droit positif. Celui-ci a été pareillement façonné par les Coutumes, elles-mêmes modifiées par le droit romain, le droit des biens de chaque ordre juridique ayant subi la même *révolution* lors de l'élimination définitive des systèmes féodaux de tenures<sup>43</sup>. Au Bas-Canada comme en France, la prohibition de recréer différents domaines de propriété, analogues aux anciens domaines du système seigneurial, a laissé tout le champ de l'appropriation individuelle de l'immeuble à la seule propriété de conception romaine et aux *jura in re aliena*. La reconnaissance des droits réels comme formant une catégorie distincte de droits patrimoniaux est l'aboutissement de ce cheminement. En effet, dès lors que le *dominium* est la seule façon d'être propriétaire d'un héritage, les autres droits, les *jura in re aliena*, qui permettent d'en détacher au profit d'un tiers une ou quelques utilités seulement, sont nécessairement des droits moindres mais de même nature que la propriété. Leur finalité est de reconnaître un rapport direct avec une chose matérielle immeuble ou meuble qui appartient à autrui.

La pénétration du droit romain de la propriété, qui a mené jusqu'à l'élimination des conceptions rivales d'appropriation de l'immeuble issues du droit féodal, supposait que l'on adapte la langue juridique, un processus qui a toutefois mis un certain temps avant de se refléter dans le discours des juristes, ainsi que l'on constate à la lecture du *Code civil des Français* et du *Code civil du Bas Canada*. Il est admis que ces codes consacrent la propriété exclusive caractéristique du droit romain, comme en témoigne la célèbre définition :

La propriété est le *droit* de jouir et disposer des *choses* de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements<sup>44</sup>.

La propriété est dorénavant présentée comme un droit, ce qui, certes, constitue une différence notable par rapport au droit romain, non pas du concept lui-même de propriété, mais dans la manière de la décrire. La

43. Madeleine CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », dans *Droit québécois et droit français, communauté, autonomie, concordance*, sous la dir. de H.P. GLENN, Montréal, Yvon Blais, 1993, p. 375-382.

44. Art. 544 C.N., 406 C.c.B.C. [nos italiques].

définition de la propriété fait porter celle-ci sur une « chose », ce qui semble bien viser un objet matériel puisqu'elle évoque la « *res corporalis* ». Mais ne peut-on pas contester cette affirmation à partir de l'article qui précède immédiatement la définition de la propriété, qui a pour fonction d'introduire les différentes catégories de droits réels et se lit comme suit :

On peut avoir, sur les *biens*, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des servitudes à prétendre<sup>45</sup>.

À l'évidence, la portée en droit des termes « biens » et « choses » est encore incertaine dans l'esprit des codificateurs, s'ils les emploient indifféremment pour désigner l'objet d'un droit réel<sup>46</sup>. La même pratique s'observe chez les auteurs qui les ont inspirés<sup>47</sup>, mais ceux-ci s'exprimaient dans le contexte de l'application concomitante de l'ancien droit des tenures et du droit romain<sup>48</sup>. Le livre sur les biens du *Code civil des Français* et celui du *Code civil du Bas Canada* énoncent le régime juridique des principaux droits réels sans que cette qualification ne leur soit jamais donnée. C'est pourtant parce que la propriété et ses démembrements sont des droits réels qu'ils sont assujettis à l'enregistrement des droits réels pour les rendre opposables aux tiers lorsque leur objet est un immeuble<sup>49</sup>. Chez les auteurs qui ont commenté le code après son adoption, chez Mignault par exemple, le mot chose n'a pas nécessairement un sens différent du mot bien, mais on observe que le mot chose domine lorsque le sujet traité

45. Art. 405 C.c.B.C.; voir aussi l'art. 543 C.N.

46. Voici comment les commissaires concevaient en 1866 les notions de biens et de choses : « C'est à dessein que dans la rubrique de ce titre, ainsi que dans les articles dont il se compose, il est fait usage du mot biens et non du mot choses... En un mot les choses sont tout ce que l'on peut utiliser, les biens tout ce que l'on possède de fait » (*Code civil du Bas Canada, comprenant les rapports des Commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, George E. Desbarats, 1865, vol. 1, p. 362).

47. Jean DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, nouv. éd. revue et corrigée, Paris, Nicolas Gosselin, 1713, p. 16-18, 105, 260. POTHIER, *Ceuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, nouv. éd. par M. DUPIN, Paris, M<sup>me</sup> Charles Béchét, 1835, notamment t. 5, traité des successions, p. 1 (droits actifs et passifs), p. 186 et *sq.* (biens); t. 6, traité de la communauté, p. 33 et *sq.*, 59 et *sq.* (choses et biens); t.8, traité des personnes et des choses, p. 68 et *sq.* (tutelle: biens) et p. 96 à 121 (choses et propriété); t. 10, les Coutumes, p.12 et *sq.*, 289 et *sq.* et 440 et *sq.* (choses et biens). Domat et Pothier utilisent fréquemment les locutions latines de *jus in re* et de *jus ad rem*, mais ni l'un ni l'autre n'a recours au concept de droit réel.

48. Sur la place occupée par le droit romain dans le droit du Bas-Canada à l'époque de la codification, lire Sylvio NORMAND et Donald FYSON, « Droit romain et codification du droit privé au Bas-Canada: les sources utilisées par les commissaires », dans *La question agraire à Rome: droit romain et société*, sous la dir. de E. Hermon, Como, Edizioni New Press, 1999, p. 175-183, et dans le même ouvrage, Sylvio NORMAND et Martine DUMAIS, « Le droit romain dans le droit coutumier du Bas-Canada selon François-Maximilien Bibaud », p. 165-173.

49. Art. 2098 et *sq.* C.c.B.C. L'hypothèque est qualifiée de droit réel accessoire d'une créance et a pour objet un immeuble: art. 2016 et 2017 C.c.B.C. et art. 2114. C.N. Domat, *op. cit.*, note 47, p. 191-197, décrivait l'hypothèque, qui pouvait avoir pour objet un meuble ou un immeuble, comme l'accessoire de l'engagement pour la sûreté duquel elle est établie. À l'époque de Pothier cependant, *op. cit.*, note 47, l'hypothèque est qualifiée de droit, mais elle ne peut grever qu'un immeuble.

s'inspire du droit romain, tel que la propriété, l'usufruit et les servitudes, que l'auteur qualifie expressément de droits réels, alors que le terme biens désigne clairement les droits patrimoniaux dans le contexte de l'exécution forcée des obligations d'un débiteur insolvable<sup>50</sup>. On sait par ailleurs que les codifications du 19<sup>e</sup> siècle continuent de placer la distinction des meubles et des immeubles à l'avant-plan, en dépit de son utilité dorénavant réduite. Comme dans l'Ancien droit, elles assujettissent à cette distinction tous les biens, alors qu'il aurait déjà mieux valu suivre le droit romain et ne l'appliquer qu'aux choses corporelles ou aux droits réels.

L'indétermination terminologique règne à l'époque de la codification dans le discours des juristes, qui n'ont pas encore pris la pleine mesure du changement radical qu'opère sur les notions de bien, chose et droit l'abolition du système féodal des tenures. Le concept de propriété qui en ressort en droit positif n'en est pas moins celui d'un droit unique, exclusif et perpétuel, qui ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles, mobilières ou immobilières. C'est en ce sens que la propriété est un droit réel : elle ne laisse place qu'à d'autres droits réels de moindre envergure que l'on désigne par le terme démembrements<sup>51</sup>. S'impose alors la distinction entre les droits réels et les autres droits ou biens, à cette époque essentiellement les droits de créances. Même s'ils n'emploient pas les expressions « droit réel » et « droit personnel », optant plutôt pour les termes biens et obligations, les deux codes mettent en œuvre le caractère structurel de ces catégories, les droits réels faisant l'objet d'un livre distinct, le livre deuxième de chaque code. Par ailleurs, une évolution demeure souhaitable : les codes soumettent la cession de créance au régime de la vente, comme dans l'Ancien droit, plutôt que d'en consacrer l'autonomie, conformément au droit romain<sup>52</sup>.

Qu'en est-il maintenant au Québec, où le législateur s'est donné une deuxième chance de parvenir à une systématisation optimale du droit privé ?

## 2. LA NOTION DE BIENS SOUS LE RÉGIME DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

Le *Code civil du Québec* ne résout pas les ambiguïtés entourant les notions de biens et de choses. Les pièges conceptuels qu'il renferme ont

50. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 388-397, 428-432, 464-465 ; t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p.1 et *sq.*

51. A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 10, p. 141-152 ; Madeleine CANTIN CUMYN, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », (1980) 48 *R. du B.* 3, p. 6-15.

52. Ainsi retrouve-t-on, dans le *Code civil du Bas Canada*, un chapitre intitulé « De la vente des créances et autres choses incorporelles » et, dans le Code Napoléon, un chapitre, toujours situé dans la vente, intitulé « Du transport des créances et autres droits incorporels ».

déjà entraîné des décisions judiciaires que nous jugeons fort critiquables. Nous nous attarderons à deux d'entre elles : la décision unanime de la Cour d'appel dans l'affaire *Greenberg c. Gruber*<sup>53</sup> et l'arrêt de la Cour suprême du Canada rendu par la majorité des juges de la formation, dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*<sup>54</sup>.

## 2.1 La notion de biens dans le *Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* conserve les classifications englobantes du *Code civil du Bas Canada* qui distinguent les biens selon qu'ils sont meubles ou immeubles et selon qu'ils sont corporels ou incorporels. Tout bien doit donc être placé dans la catégorie des meubles ou des immeubles, et être aussi qualifié comme bien corporel ou incorporel<sup>55</sup>.

La distinction entre les meubles et les immeubles tire essentiellement son origine de la période féodale, ainsi que nous l'avons vu. Quoique le contenu de chaque catégorie soit substantiellement différent de ce qu'il était à cette époque, il ne prête pas aujourd'hui à controverse : les droits réels sont meubles ou immeubles selon le caractère mobilier ou immobilier de la chose qui est leur objet, lequel est déterminé par l'application des articles 900 à 903 C.c.Q. Les droits de créance et les droits intellectuels sont meubles par détermination de la loi : en effet, le critère de mobilité ou de fixité ne leur est pas applicable<sup>56</sup>.

Il en va autrement du caractère corporel ou incorporel des biens : selon quels critères va-t-on appliquer la distinction<sup>57</sup> ? Les qualificatifs évoquent la classification romaine qui considère la propriété, c'est-à-dire la chose, comme l'unique *res corporalis*, toutes les autres situations juridiques étant des *res incorporales*<sup>58</sup>. C'est à peu de chose près l'interprétation qui a prévalu sous l'ancien code puisque l'expression meuble corporel ou immeuble corporel était comprise comme ne visant que le droit de propriété d'une chose mobilière ou immobilière, les autres droits patrimoniaux tombant dans le groupe des biens incorporels<sup>59</sup>. Cette lecture qui

53. Précitée, note 6.

54. Précitée, note 6.

55. Art. 899 C.c.Q. : 899. Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles.

56. On notera que les sûretés sont aussi mobilières ou immobilières selon que le droit qui en est grevé est un bien meuble ou un immeuble. Les sûretés, même coiffées depuis Pothier de l'appellation de droits réels accessoires, ne sont pas pour autant en elles-mêmes des biens puisqu'elles n'ont pas d'existence autonome par rapport à la dette dont elles garantissent l'exécution.

57. Rappelons que cette classification, d'abord introduite par nos premiers codificateurs, est absente du *Code civil* français : comparer les art. 374 C.c.B.C. et 516 C.N.

58. Voir ci-dessus, partie 1.1.

59. Voir les art. 2251 et 2268 C.c.B.C. et les *Rapports des Commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada*, *op. cit.*, note 46, vol. 1, p. 366, 368 ; P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 50, t. 2, p. 395. Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, P.U.M., 1977, p. 106-108 et 152-153.

assimile le bien corporel au droit de propriété d'un objet matériel, la *res* romaine devenant le *bien*, peut-elle être continuée sous l'empire du nouveau Code? On estimera, de prime abord, que la question n'a qu'un intérêt limité à la vue des rares dispositions qui s'y réfèrent<sup>60</sup>. Il y a lieu d'en douter cependant parce que, dans le *Code civil du Québec*, l'incertitude quant à la portée de la distinction entre le bien corporel et le bien incorporel est susceptible de nourrir la controverse sur la notion même de bien.

L'Office de révision du Code civil avait jugé opportun de donner explicitement au mot bien le sens de droit patrimonial. Conservant la distinction entre les meubles et les immeubles, il omettait sciemment la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels<sup>61</sup>. Malheureusement, ces recommandations ne furent pas suivies dans le Code. En guise de justification, les *Commentaires du ministre de la Justice* comportent l'observation suivante: « il (le chapitre 1<sup>er</sup> du Livre 4<sup>e</sup>) ne définit pas cependant la notion de bien, celle-ci étant, dans le code, utilisée généralement dans son sens juridique de chose susceptible d'appropriation ou appropriée ou, à l'occasion, dans son sens économique de chose matérielle procurant une utilité<sup>62</sup> ». Quoique l'on puisse avoir quelques réserves à l'égard de certains aspects des propositions de l'Office, l'explication donnée de leur rejet global soulève une question fondamentale: l'absence d'une notion claire et univoque du mot bien est-elle conciliable avec l'objectif énoncé dans la disposition préliminaire d'élaborer le Code en un tout cohérent à la hauteur de sa mission de constituer le droit commun applicable au Québec?

L'affirmation du ministre laisse croire qu'il est à la fois superflu et impossible de préciser le sens du mot bien. Certes, il n'est pas aisé de donner une seule définition de ce substantif, dès lors que les rédacteurs du Code l'ont utilisé dans trois sens distincts. D'abord, les biens dans le Code sont synonymes de droits patrimoniaux. On en trouve des exemples aux articles 614, 899, 908, 1260, 1299, 2644, notamment. C'est le sens dans lequel le projet de Code civil proposait de définir ce terme, sens juridique il nous semble, puisque les biens désignent les droits dont le titulaire peut en principe librement disposer, qui sont transmis à son décès et qui sont saisissables parce qu'ils constituent le gage commun de ses créanciers. Pourtant, ce sens principal du mot bien ne paraît pas correspondre au sens juridique retenu par le ministre.

60. Les termes corporel et incorporel qualifiant un bien apparaissent aux art. 733, 906, 1268, 2666, 2684 et 3105, outre l'art. 899 C.c.Q.

61. Voir O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, vol. 2, p. 345.

62. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Le Code civil du Québec. Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, vol. 1, p. 581.

Le deuxième sens dans lequel le mot biens est employé est celui de droits réels *dits principaux*. Ainsi s'explique le titre « Des biens » donné au Livre 4<sup>e</sup> du Code dont l'objet premier est d'énoncer le régime juridique du droit de propriété et de ses démembrements<sup>63</sup>. Le commentaire du ministre ne fait pas non plus référence à cet usage du mot bien dans le Code.

Dans une troisième acception, le mot bien désigne l'objet du droit de propriété ou d'un de ses démembrements<sup>64</sup>. Il désigne alors une chose corporelle appropriée, une chose matérielle procurant une utilité, selon l'explication du ministre, mais qui ne correspond pas, il nous semble, au sens que les économistes donnent au mot bien, ainsi que le suggère aussi le commentaire du ministre. Les économistes ne désignent-ils pas comme un bien tout objet ayant une valeur? La notion de biens dans la science économique ne concorde pas nécessairement avec les catégories juridiques (ce n'est pas son rôle), notamment, elle ne tient pas compte de l'existence de choses ou de droits hors du commerce juridique, comme les choses communes et les droits extrapatrimoniaux.

La légèreté avec laquelle les rédacteurs du Code disposent d'un terme de l'art, qui est une notion structurante en droit civil, est pour le moins déconcertante<sup>65</sup>. Plutôt que de paraître avaliser les pratiques terminologiques laxistes qui confondent la langue juridique et la langue commune, il aurait été souhaitable que les rédacteurs rompent avec elle et ne recourent au substantif *biens* que pour désigner les droits patrimoniaux.

La pluralité de sens dans lesquels le substantif bien est employé dans le Code reflète la position adoptée par une partie de la doctrine récente. Ainsi, des auteurs considèrent que tous les biens au sens large peuvent faire l'objet d'un droit de propriété<sup>66</sup>. Ils donnent notamment au mot bien dans la définition de l'article 947 C.c.Q. le sens de droit patrimonial

63. Un autre exemple s'en trouve peut-être à l'art. 615 C.c.Q.

64. Pour des exemples, voir les art. 911, 947 et 1120 C.c.Q. Ces occurrences sont nouvelles sauf pour la mention à l'art. 911 qui trouvait son équivalent dans l'art. 405 C.c.B.C. Le mot bien désigne aussi l'objet de la possession juridique à l'article 921 C.c.Q. On note par ailleurs qu'à l'ubiquité du mot bien dans le Code, correspond la quasi-disparition du mot chose!

65. La critique n'est pas nouvelle: voir John E.C. BRIERLEY, « Les langues du *Code civil du Québec* » dans *Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, p. 129-146, p. 136. Est-il besoin de rappeler que, dans la tradition civiliste, en plus de classer les biens selon qu'ils sont droits réels ou droits personnels, on distingue aussi les biens des droits extrapatrimoniaux, ces derniers faisant l'objet d'un régime juridique en opposition au régime général qui s'applique aux biens. Les droits extrapatrimoniaux sont intransmissibles entre vifs et à cause de mort. Ils sont insaisissables et insusceptibles de prescription extinctive. Il n'y a donc à l'égard de ces droits qu'une liberté limitée de contracter: voir, notamment, les art. 3, 2632, 2639, 2644 à 2649, 2876 et le régime auquel sont soumis les droits extrapatrimoniaux dans les livres 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> du Code et dans la Charte des droits et libertés de la personne.

66. Pour un résumé des positions des auteurs québécois, voir S. NORMAND, *loc. cit.*, note 5, p. 183 et *sq.*

alors qu'il est plus plausible que ce terme y soit employé dans le sens de chose corporelle ou matérielle, du reste un sens auquel les Commentaires du ministre se réfèrent expressément, contrairement au premier. À notre point de vue, loin d'être banale, l'assimilation de tout titre ou droit patrimonial à un droit de propriété emporte une modification substantielle des institutions de notre droit. N'est-ce pas méconnaître le concept de droit réel que de définir la propriété comme un rapport entre une personne et un droit plutôt qu'une chose, objet corporel ainsi qu'il était généralement compris antérieurement? Croit-on résoudre le problème de la qualification des biens d'apparition récente en les intégrant dans la catégorie des droits réels? On observe en effet que le Code désigne explicitement plusieurs des droits dits intellectuels en termes de propriété intellectuelle, littéraire, artistique, industrielle, commerciale<sup>67</sup>. Certes, la doctrine française du début du siècle dernier a mis en usage l'expression *propriétés incorporelles* pour désigner le droit d'exploiter commercialement le produit abstrait de l'activité humaine<sup>68</sup>. De semblable façon, d'aucuns considèrent l'actionnaire d'une société commerciale comme le propriétaire de la société ou assimilent le droit que représentent les actions à un droit de propriété. Pourtant, comme plusieurs auteurs le font observer, quelle est l'utilité de qualifier un bien en termes de propriété si le régime propre aux droits réels ne lui donne pas une réglementation adéquate<sup>69</sup>? En réalité, la démarche qui consiste à analyser les biens nouveaux en fonction des catégories plus anciennes que sont le droit réel et le droit de créance ne fait que banaliser le vrai problème de qualification qu'ils posent<sup>70</sup>.

Sur une note plus positive, le *Code civil du Québec*, à la différence du projet de l'Office de révision du Code civil, reconnaît opportunément

67. Articles 458, 909, 1612 C.c.Q., quoique, dans la version anglaise, c'est le terme *property* qui est utilisé, correctement il nous semble, non pas *ownership*.

68. Voir à ce sujet les remarques d'Anne-Marie PATAULT, « Biens », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis ALLARD et Stéphane RIALS, Paris, 2003, p. 130-135, p. 132.

69. Voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 7, p. 168-169; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 9-12, 72-73, 90 pour le droit intellectuel et p. 54-56 pour le droit de l'actionnaire. L'effort déployé pour asservir le droit intellectuel au régime du droit réel de propriété mène à assimiler la création d'une œuvre de l'esprit au mécanisme de l'occupation et la divulgation de l'œuvre à la possession, une démarche qui, certes, n'emporte pas la conviction. Quelle en est du reste l'utilité?

70. Le besoin d'élaborer un régime adapté aux droits intellectuels est illustré par l'affaire *Diffusion YFB inc. c. Disques Gamma (Québec ltée)*, [1999] R.J.Q. 1455 (C.S.), qui devait décider de la validité d'un contrat attribuant un droit d'exploitation exclusive d'œuvres musicales devant être créées pendant la durée de cinq ans prévue au contrat. Le tribunal valide le contrat, dont l'objet est une création future, non pas en considérant le droit concédé par l'artiste comme un droit de propriété, l'article 1453 C.c.Q. s'y opposant, ni, malgré le renvoi à l'article 1374 C.c.Q., comme un droit de créance. En effet, l'artiste n'avait aucune obligation contractuelle de composer une œuvre. Le tribunal a plutôt conclu « que la cession du droit d'exploiter une œuvre future, c'est-à-dire une œuvre qui n'est pas encore en existence, devient légale et exécutoire dès que l'œuvre existe » (p. 1460). Il y a ici création opportune d'une règle prétorienne nouvelle.

l'autonomie de la cession de créance. Dans un nouveau chapitre du livre Des obligations, le législateur regroupe tous les mécanismes qui permettent la transmission entre vifs de l'obligation, dont la cession de créance. Sans s'en expliquer cependant (est-ce le poids de la tradition?), le législateur a omis d'y inclure les dispositions sur la cession de droits successoraux et la cession de droits litigieux. Celles-ci continuent de figurer parmi les dispositions sur la vente, dans un paragraphe qui s'intitule « De la vente de certains biens incorporels ». Le législateur a également maintenu ouverte, dans la définition de la vente, la possibilité que celle-ci puisse opérer le transfert d'un droit autre qu'un droit réel<sup>71</sup>. C'est comme si le législateur avait craint d'opérer une césure complète et définitive entre la cession de créance et la vente.

S'agissant notamment du mot bien, deux décisions récentes permettent d'illustrer les conséquences, à notre avis fâcheuses, auxquelles l'imprécision terminologique de notre nouveau Code donne ouverture.

## 2.2 L'affaire *Greenberg c. Gruber*

Dans l'affaire *Greenberg c. Gruber*<sup>72</sup>, la Cour d'appel était saisie d'une requête en irrecevabilité pour cause de prescription extinctive d'une action intentée par un actionnaire minoritaire en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>73</sup>. Le litige principal opposait trois associés, actionnaires en parts égales de deux compagnies différentes. Les associés avaient convenu dans un écrit non signé qu'un seul d'entre eux serait inscrit comme actionnaire de l'une des compagnies alors que les deux autres étaient les seuls actionnaires enregistrés de l'autre compagnie. À la suite d'une mésentente entre les associés, les actionnaires inscrits de cette dernière compagnie ont écarté le demandeur de la gestion de l'entreprise et rejeté la prétention qu'il soit aussi actionnaire pour un tiers des actions.

Appliquant le délai général de prescription extinctive de 10 ans du Code au recours de l'actionnaire minoritaire fondé sur la législation fédérale, le premier juge a rejeté la requête en irrecevabilité du recours, le délai de prescription n'étant pas écoulé<sup>74</sup>.

La Cour d'appel maintient la conclusion de rejet de la requête en irrecevabilité, mais en se fondant sur des motifs qui nous paraissent

71. Art. 1708 C.c.Q: La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer.

Le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit dont on est titulaire.

72. Précitée, note 6.

73. L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.

74. *Gruber c. Greenberg*, le 10 décembre 2003, J.E. 2004-330, M. le juge J. Gomery.

aberrants dans notre système de droit. En effet, tout en étant d'accord sur l'applicabilité des règles de prescription du Code à une demande faite en vertu d'une loi fédérale, le tribunal estime que, puisque le droit de propriété est perpétuel et n'est pas assujéti à la prescription extinctive, le demandeur n'a pas perdu sa qualité de propriétaire d'un tiers des actions. Et d'ajouter la cour, le demandeur n'aurait perdu cette qualité que si les défendeurs étaient eux-mêmes devenus propriétaires des actions du demandeur par la voie de la prescription acquisitive. Ainsi donc le statut d'actionnaire pourrait s'acquérir ou être prouvé comme un droit réel par une possession utile pendant le temps requis pour la prescription acquisitive.

Quel est donc l'objet de ce droit de propriété ou de la possession de l'actionnaire à l'égard duquel l'exercice du *corpus* et l'*animus* de propriétaire doivent être prouvés? Dans notre droit, le statut d'actionnaire ne résulte jamais de la prescription acquisitive mais de l'apport de fonds ou de services à l'entreprise constituée en personne morale. La qualité d'actionnaire est établie, non pas par la possession, mais par l'inscription de son nom dans les registres de la compagnie ou, si le nom d'un tiers y est inscrit conformément à une convention de prête-nom, comme c'était la situation dans l'affaire Greenberg, en faisant la preuve de cette convention pour valoir contre-lettre<sup>75</sup>. Il est tout à fait inapproprié de suggérer que le régime propre aux droits réels, et notamment celui du droit de propriété, puisse gouverner la situation juridique de l'actionnaire et qu'il ait un droit perpétuel. Quoi qu'on puisse en dire, l'actionnaire n'est pas « propriétaire » de ses actions puisque l'action n'est pas une chose corporelle, mais représente à la fois les éventuels droits de créance que l'actionnaire peut faire valoir contre la société (droit de recevoir les dividendes lorsqu'ils sont déclarés, droit de partager le produit de liquidation des actifs en cas de dissolution) et les pouvoirs qu'il peut exercer à l'égard de la société en tant, notamment, que membre de l'assemblée des actionnaires. La décision de la Cour d'appel montre de façon exemplaire ce que produit la *propriété des biens*: la distinction entre le droit réel et le droit personnel s'évanouit et tous les droits patrimoniaux sont perpétuels<sup>76</sup>!

75. Art. 1451 C.c.Q.

76. Les conséquences malencontreuses du recours inapproprié au concept de propriété sont aussi illustrées dans *Carrigan c. La Cour du Québec*, [2005] R.J.Q. 1610, C.A., conf. [2004] R.J.Q. 2241 (C.S.) où les tribunaux devaient déterminer la nature du lien de droit résultant d'un soi-disant « bail en propriété » relatif à un appartement situé dans un immeuble dont une compagnie est propriétaire, aux fins de l'application de l'article 1940 permettant au locateur-propriétaire de reprendre possession des lieux loués. Le « bail en propriété » désigne la convention entre la compagnie et ses actionnaires, conférant à chacun le droit d'occuper un appartement dans l'immeuble de la compagnie. C'est à bon droit que les tribunaux n'ont pas reconnu à l'actionnaire, qui a loué l'appartement rattaché à son action, le droit d'évincer son locataire pour occuper lui-même les lieux, faute d'avoir à la fois la qualité de propriétaire et celle de locateur.

La Cour suprême a elle aussi du mal à réconcilier les divers emplois du mot bien dans le Code.

### 2.3 L'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*

L'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*<sup>77</sup> a posé la question du sens à donner aux expressions *remise du bien ou du titre* et *détention du bien ou du titre* employées par les articles 2702 et 2703 C.c.Q. qui fixent les exigences pour la constitution d'un gage (ou hypothèque mobilière avec dépossession) dans le nouveau Code. De la portée reconnue à ce terme dépend la validité de cette sûreté lorsqu'elle est consentie par une personne physique sur une créance qui n'est pas constatée dans un titre au porteur. Rappelons que les restrictions imposées par le Code aux personnes physiques pour la constitution d'hypothèques mobilières ont notamment pour but de les protéger contre le surendettement et les pratiques agressives de certains prêteurs<sup>78</sup>. Ainsi, la personne physique qui n'agit pas dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise ne peut pas hypothéquer ses créances, sauf si celles-ci sont constatées dans un titre qui rend possible la constitution d'un gage<sup>79</sup>.

Il s'agissait en l'occurrence de quatre certificats de dépôt, que leurs titulaires, les époux Blouin et Bérubé, ont donné en gage à la Caisse populaire, pour garantir le remboursement d'un prêt. Les dépôts constatés par les certificats n'étaient ni rachetables avant l'échéance, ni négociables, ni transférables. Il ne s'agissait donc pas de créances constatées dans un titre au porteur, au sens des articles 1647 et *sq.* C.c.Q. À la suite de la faillite des époux Blouin et Bérubé, la Caisse a transmis une réclamation à titre de créancière garantie pour le montant des dépôts. La validité du gage a toutefois été remise en cause par le syndic à la faillite.

L'interprétation des articles 2702 et 2703 a divisé le tribunal, une forte dissidence étant inscrite par trois magistrats sur une formation de sept juges. Pour les juges de la majorité, le mot bien dans les articles interprétés est employé dans le sens de droit patrimonial, incluant les biens corporels et incorporels et le mot titre vise tant le titre négociable que non négociable. Le domaine d'application du gage s'étend donc à tout bien d'un débiteur pourvu que trois conditions énoncées par la majorité soient remplies. Cette interprétation du mot bien inclut le titre de créance, sans en être un synonyme et n'explique donc pas que ce terme ait été ajouté au mot bien dans les articles du Code que le tribunal devait appliquer.

---

77. Précité, note 6.

78. Voir les art. 2683 à 2684 C.c.Q.

79. Art. 2683 et 2702 C.c.Q.

L'interprétation de la majorité a l'effet de considérablement élargir la possibilité de recourir au gage, contrairement au droit antérieur et aussi, à notre avis, à la politique législative poursuivie dans la réforme du droit des sûretés.

Les juges dissidents ont, quant à eux, été d'avis que le mot bien utilisé dans le contexte du gage doit vouloir dire chose corporelle et le titre, viser le titre au porteur. Ainsi donc, selon les juges de la minorité, le bien envisagé comme objet d'un gage est une chose corporelle, comme, pour nous, le bien objet du droit de propriété dans la définition modifiée de l'article 947. Exceptionnellement, le droit accepte d'assimiler à la chose la créance matérialisée dans un titre au porteur, puisque cette matérialisation permet d'appliquer par analogie certaines règles propres aux droits réels, notamment celles qui concernent la possession et l'opposabilité aux tiers<sup>80</sup>. L'interprétation minoritaire, qui aurait eu l'effet de confirmer les décisions des tribunaux inférieurs<sup>81</sup>, s'inscrit dans la continuité avec le droit antérieur tant pour ce qui est du domaine du gage que des exigences dont dépend sa validité.

Ces deux décisions de nos tribunaux d'appel discréditent, à nos yeux, l'opinion énoncée dans le commentaire du ministre voulant qu'il ne soit pas nécessaire ni utile de définir le mot bien et généralement montre le devoir qu'a le législateur de faire un usage rigoureux de la terminologie juridique afin que les lois reçoivent une interprétation compatible avec les objectifs poursuivis. Si le mot bien, lorsqu'il est employé dans le Code, devait être systématiquement lu comme visant tout droit patrimonial – ce qui pourtant, constitue son sens exact –, on assisterait à un bouleversement important, touchant éventuellement l'ensemble de notre système de droit. En effet, la plupart des concepts et des catégories fondamentales sont mis en cause selon la portée qui est donnée au mot bien dans les divers contextes où il apparaît dans le Code.

## CONCLUSION

Dans notre tradition juridique, le droit réel décrit le rapport immédiat et autonome entre une personne et une chose matérielle, lequel rapport autorise le titulaire du droit à tirer lui-même directement toutes les utilités de la chose, s'il s'agit du droit de propriété, ou certains usages ou utilités seulement, s'il s'agit d'un démembrement. Le droit de créance ou droit personnel vise un rapport entre deux personnes qui autorise l'une d'elles à exiger de l'autre l'exécution de la prestation à laquelle elle est

80. Voir les art. 1647 et *sq.* C.c.Q.

81. [2001] R.J.Q. 321 (C.A.); C.S. Rimouski, n° 100-11-000756-986, le 5 mars 1999, M. le juge Claude-Henri Gendreau, JE 99-803.

obligée. Bien que partageant tous deux les caractères des droits patrimoniaux, ces deux types de liens de droit produisent des effets nettement différents, ainsi que leurs régimes respectifs en témoignent, qu'il s'agisse d'en faire la preuve, de la manière dont ils sont exercés par leurs titulaires, de leurs effets à l'égard des tiers ou des modes par lesquels ils peuvent faire l'objet d'un transfert ou d'une sûreté<sup>82</sup>. Certes, la singularité de la catégorie des droits réels ne s'est confirmée que relativement récemment dans l'histoire de la tradition civiliste. Elle n'en constitue pas moins la seule technique actuelle de répartition des utilités des choses matérielles qui a remplacé le droit coutumier des tenures. L'idée d'un rapport direct personne-chose ne pouvait fleurir à l'intérieur d'un système qui répartit ces utilités au moyen de rapports interpersonnels. Dans le *Code civil du Québec*, la catégorie des droits réels a opportunément acquis une visibilité qu'elle n'avait pas dans le code antérieur<sup>83</sup>. Décrit comme un droit sur un bien cependant, on ne sait plus quelles situations juridiques le droit réel recouvre.

Les classifications sont un trait épistémologique de la tradition civiliste. Leur valeur ne dépend pas de leur habileté à englober toutes les situations juridiques, mais le plus grand nombre d'entre elles. Il appartient aux juristes de donner la meilleure solution aux cas se situant à la limite des catégories. Ainsi, la matérialisation de certaines créances a justifié des emprunts au régime des droits réels, comme l'illustre très bien le cas de la créance constatée dans un titre au porteur. Cette dernière n'en demeure pas moins un droit personnel. De même, les mesures législatives prises pour renforcer la situation juridique du locataire d'un immeuble ont pu faire croire que son droit personnel s'était muté en droit réel<sup>84</sup>. Le locataire demeure néanmoins un créancier de l'obligation du locateur de lui fournir la jouissance de l'immeuble<sup>85</sup>. Et que dire de la notion d'obligation réelle, ainsi que l'on qualifie les obligations qui s'imposent au titulaire d'un droit réel et se transmettent avec ce droit? La pratique contractuelle en matière d'emphytéose étend les obligations de l'emphytéote envers le nu-proprétaire au point où l'on peut se demander si le rapport direct personne-chose, qui est de l'essence du droit réel, n'est pas remplacé par un rapport créancier-débiteur donnant accès à l'immeuble.

---

82. Voir Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3-55.

83. La mention apparaît notamment aux articles 904, 911, 921, 930, 1119, 1453 C.c.Q., outre celles que l'on trouve dans le contexte de la publicité foncière comme dans le précédent code.

84. Voir Jean DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952.

85. Art. 1851 et 1854 C.c.Q.

Doit-on conforter ou contester ces pratiques? Certaines forces intangibles ont été considérées comme ayant une existence matérielle suffisamment perceptible pour qu'il soit possible d'en faire des objets du droit de propriété<sup>86</sup>. Enfin, de nouvelles formes de richesses sont difficiles à classer parmi les catégories existantes de biens que sont les droits réels, les droits personnels et les droits intellectuels, mais rien en droit n'empêche d'admettre de nouvelles catégories de biens, pour autant que leur spécificité le justifie. Ces difficultés n'entament aucunement, à notre avis, l'intérêt de la dissociation des régimes juridiques applicables aux droits réels, d'une part, et aux droits personnels, de l'autre, laquelle est fondée sur les caractéristiques propres de leur objet respectif, comme le montre d'ailleurs encore l'autonomie, récemment admise dans notre code, de la cession de créance par rapport à la vente. Que gagnerait dès lors le droit civil à soumettre tous les droits patrimoniaux au régime de la propriété, ainsi que semble le souhaiter une partie de la doctrine et de la jurisprudence?

Bien que nous soyons conscientes que nos propositions n'emportent pas d'emblée l'allégeance du dédicataire de ces lignes, elles se veulent un témoignage d'estime et d'amitié à l'égard de monsieur François Frenette dont la carrière comme professeur et comme notaire a été entièrement consacrée à l'illustration et au développement du droit civil.

---

86. Art. 906 C.c.Q.

# REWARDING OWNERSHIP, VALUING POSSESSORS: MAKING SENSE OF ARTICLES 957-962 OF THE C.C.Q.\*

*David Lametti\*\* and Audrey E. Boctor\*\*\**

## I. INTRODUCTION

## II. THE NATURE OF PROPERTY OBJECTS AND RELATIONS

## III. THE GENERAL THRUST OF THE C.C.Q. PROVISIONS

## IV. OBJECTS, RELATIONS AND JUSTIFICATIONS: A HYPOTHESIS ON INTERPRETING

## V. TESTING THE HYPOTHESIS: MAKING SENSE OF THE PROVISIONS

## VI. SUGGESTED REFORMS

\* \* \*

## I. INTRODUCTION

The legal concept of ownership and the factual concept of possession cohabit the book on property in the *Civil Code of Quebec* (C.C.Q.)<sup>1</sup>. For the most part the cohabitation is comfortable and consensual: the

---

\* The authors wish to thank Roderick Macdonald and Robert Godin for their comments, as well as the Wainwright Trust, Faculty of Law, McGill University for supporting their research and writing. David Lametti also wishes to thank his successive classes in Civil law Property to date who have served as a testing ground for the hypotheses contained herein. In David Lametti's teaching of Civil law property, he is pleased to observe that on many controversial points of codal interpretation, he has often agreed with Professor Frenette! Professor Frenette's treatment of this subject under the C.C.L.C. remains of capital importance to understanding – and improving – the analogous provisions under the C.C.Q.: “Des améliorations à l'immeuble d'autrui” [1980] *C.P. du N.* 1. Indeed, Professor Frenette's analysis shows a remarkable sensitivity – implicitly and explicitly – to the important role that the resource plays in property relationships.

\*\* Associate Professor of Law and Member, Institute of Comparative Law, McGill University

\*\*\* B.A. (Western Ontario), LL.B., B.C.L. (McGill)

1. Of course, this is a relatively recent development, the recent possession provisions having been “repatriated” from the book on prescription. The change, quite rightly, was met with conceptual “joy”: see P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 1999, p. 204.

doctrinal writers tell us that the justification for protecting possessors stems from the historical truth that the possessor is usually the owner, and that all, perhaps especially owners, are protected by maintaining stability and public order<sup>2</sup>; as such, any justifications for rewarding the factual state of possession are meant to reinforce the legal institution of ownership. However, there will be circumstances when the forced cohabitation is rather strained, that is when the possessor's interests conflict directly with the owner's. In such cases, the justifications for rewarding possessors necessarily conflict with those supporting the claims of owners. Open, unequivocal and continuous possession<sup>3</sup> leading to a claim in acquisitive prescription affords one pointed example: here the owner stands to lose his real right to the possessor. Another example is afforded by the doctrine of accession: in specific circumstances the possessor may end up with the immovable<sup>4</sup>.

To a large extent, the proliferation of registration systems as a means of publicizing real rights has altered traditional balances struck between owners or other real right holders and possessors. Indeed with the promulgation of the C.C.Q. in 1994, it had appeared that the real right of ownership as manifested by a registration of right entered on the register for immovables would be protected to the highest degree possible, often against the interest of the possessor/acquirer<sup>5</sup>. However, that vision of the effects of registration of rights was never fully implemented in the C.C.Q., and recent changes to the C.C.Q. brought about by *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions relating to land registration* (previously known as Law 115) not only revert back formally the traditional principle in Quebec of registering documents, but also weaken the *de facto* presumptions working in favour of the registered owner against all comers<sup>6</sup>. Regarding possession, the weakening of the presumptions in

2. See LAFOND, *op. cit.*, note 1 p. 238-239; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4<sup>th</sup> ed., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 383; and S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Laffeur, 2000, p. 299. See also J. CARBONNIER, *Droit civil 3: Les biens*, 19<sup>th</sup> ed., Paris, PUF, 2000, p. 208, F. TERRÉ & P. SIMLER, *Droit civil: Les Biens*, 6<sup>th</sup> ed., Paris, Dalloz, 2002, p. 76-79, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CINNAMONTI, *Traité de droit civil: Les Biens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 55, and A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p. 129.
3. As per article 922 C.C.Q..
4. See e.g., with respect to immovables, article 960 C.C.Q., discussed below.
5. See the original articles 2943 and 2944 C.C.Q. which would have created irrefutable presumptions in favour of registered owners, and would have had deemed notice provisions that would have had the effect of interrupting the continuity of acquisitive prescription. Moreover, article 2962 would have deemed all acquirers or third parties relying on the register to be in good faith. For what was the state of the law, see P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 234-237.
6. *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions relating to land registration*, s.p. 2000, c. 42, s. 13, has now softened articles 2943 and 2944 C.C.Q. In particular, a real right registered in the land register is no longer deemed to be known by article 2943 by any subsequent acquirer (including a possessor attempting to formalize his right), and the nature of the presumption of the existence of a right registered in the land register for over ten years has been reduced from an irrefutable to a simple one:

favour of registered ownership has at least formally increased the possibility of a possessor's claims of a real right through acquisitive prescription. It does so by making any non-registered interest less enforceable in the face of the register and by weakening the previously strong presumptions of validity in favour of legal registered real rights, perhaps illustrating the resiliency of the concept of privileging possession.

A final striking example is the subject-matter of this analysis: possessors might be compensated when they build constructions, works or plantations on an immovable belonging to someone else. The C.C.Q. allows for the financial protection of possessors of immovables as against owners under the general doctrine of accession in cases where possessors have made physical improvements or made expenditures on physical changes to the immovable and would not have a claim to the real right itself: in such circumstances possessors are usually entitled to some form of compensation from owners in situations where the possessor has added value to the owner's property resource by disbursing monies on various sorts of expenditures. In general, these situations arise when an immovable is purchased under a resolutive condition which then is invoked, in cases of apparent ownership (and thus mistaken ownership) and in cases where a court intervenes to declare ownership<sup>7</sup>. In these cases, the interests of the owner are balanced against the interest of the physical contribution of the possessor according to the status of the possessor and the nature of the disbursements made. These are provisions that we wish to examine more closely.

**2943.** A right that is registered in a register in respect of property is presumed known to any person acquiring or publishing a right in the same property.

A person who does not consult the appropriate register or, in the case of a right registered in the land register, the application to which the registration refers, and the accompanying document if the application is in the form of a summary, may not invoke good faith to rebut the presumption.

**2944.** Registration of a right in the register of personal and movable real rights or the land register carries, in respect of all persons, simple presumption of the existence of that right.

For a discussion of the evaluation and impact of these changes, see the progression in a series of articles by François Brochu. Most recently, see F. BROCHU and B. BEAULIEU, «Les hauts et les bas de la rénovation cadastrale », (1999) 101 *R. du N.* 11. See also R. GODIN, "Registration Systems" [unpublished text prepared for CIDA – McGill Russian Civil Law Reform Project, on file with D. Lametti].

**2943.** Un droit inscrit sur les registres à l'égard d'un bien est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien.

La personne qui s'abstient de consulter le registre approprié et, dans le cas d'un droit inscrit sur le registre foncier, la réquisition à laquelle il est fait référence dans l'inscription, ainsi que le document qui l'accompagne lorsque cette réquisition prend la forme d'un sommaire, ne peut repousser cette présomption en invoquant sa bonne foi.

**2944.** L'inscription d'un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l'égard de tous, présomption simple de l'existence de ce droit.

7. See P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1029; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 437-438.

The *Civil Code of Quebec* attempts to regulate the compensation of possessors and corresponding rights of owners at articles 957 to 963. In doing so, the Code implicitly considers different factors ranging from the character of the possessor on the one hand to the nature of the expenditures on the other. As was the case in the *Civil Code of Lower Canada*, the Legislator has distinguished between good and bad faith possession, and between necessary and useful disbursements. The newer code also adds the third category of “amenities” to the mix. However, the C.C.Q. applies these distinctions inelegantly both in formal and substantive terms. The formal drafting of the provisions in both French and English leaves much to be desired, changing what one might call the point of view or optic of the article from owner to possessor without apparent logic or rationale. Moreover, and more troubling, imprecise drafting leads to serious conceptual confusion, as we shall argue below, allowing for multiple interpretations of certain provisions with vastly differing outcomes with seemingly unjustified and incoherent rationales.

We attempt to clarify this confusion on a principled basis, first by outlining the underlying or animating justifications behind the provisions on compensating possessors, and second by identifying the problem. Throughout, we clarify how the valuation of the resource or object of property is important to the whole exercise. We suggest how the provisions must be understood in terms of logic, justice and fairness, and background property concepts. In short, we identify what we believe to be the proper balance to be struck in such cases, the balance which ought to be used as an interpretative guide to discerning the Legislator’s truest intent. This balance involves not only rewarding ownership but also valuing possession.

## II. THE NATURE OF PROPERTY OBJECTS AND RELATIONS

Before embarking on these applied analyses, however, some fundamental observations about the concept of property are necessary. In analytic terms, the concept of property is quite complex, and a great deal has been written on the subject. One has to bear in mind the fact that the use of the term “property” both comprises a relationship to other individuals and refers to an object of social wealth. The French language is better equipped to deal with this phenomenon, using the terms *bien* and *propriété* as an obvious means of distinguishing the object from the relationship – other European languages do likewise – but as we shall see, this initial linguistic advantage does not necessarily pay dividends in understanding the provisions on disbursements to possessors. In any event, both aspects of “property”, as a relationship and as the subject-matter of

that relationship, need to be accounted for in a full understanding of the use of the term property. This is true not only in political as well as legal discourse, where the term property is in constant use, but is also most certainly true in the Civil Code, where the word property might mean a legal relationship known as a real right (usually referring to the real right known as “ownership” (*propriété*)) or an object of property (most notably as in articles 899 and 947 C.C.Q.). These considerations do apply to this particular case.

This is especially true in our understanding of the role that resources play in determining the shape of property norms. One of us<sup>8</sup> has written elsewhere that we need to bring some analysis to bear on the impact that the “object of social wealth” has on the property institution<sup>9</sup>; property is, after all, about resources, whether these be tangible things or intangible forms of wealth such as intellectual property. In that article, a balanced understanding of private property was introduced, one that took objects of property into account along with property relationships. A new metaphor was suggested and defended – that private property is a relationship between or among individuals *through* objects of social wealth – and incorporated into the following comprehensive definition of private property:

Private property is a social institution that comprises a variety of contextual relationships among individuals through objects of social wealth and is meant to serve a variety of individual and collective purposes. It is characterized by allocating to individuals a measure of control over the use and alienation of, some degree of exclusivity in the enjoyment of, and some measure of obligation to and responsibilities for scarce and separable objects of social wealth<sup>10</sup>.

This apparently slight change of metaphor and ensuing re-definition better reflect the contextual nature of private property in both property law and theory, and have profound implications on property discourse. Notably, the change implies that the object of a property relation has some impact on the property relationship itself. By bringing the object of wealth back into the property picture, the social goals that determine the contours of the rights to and obligations surrounding various kinds of resources are brought more clearly into relief. Thus, the move opens the door for certain objects of property to determine the contours of the property relationship, conditioning its duties and rights; this is common practice in property discourse, though it is usually implicit. The general social goals of private property as an institution as well as the particular social goals pertaining to a specific resource are a necessary part of understanding private property.

8. With the valuable assistance of the other.

9. See D. LAMETTI, “The Concept of Property: Relations *through* Objects of Social Wealth”, (2003) 53 *U.T.L.J.* 325, p. 332-352.

10. D. LAMETTI, *loc. cit.*, note 9, p. 326.

The property “question”, therefore, in terms of legal normative ordering, is one of classifying both relations and objects of social wealth in a contextually-based analysis. Needless to say, from the perspective of the participants in the legal system, the classification will have important legal ramifications. All this is intuitively true to the property lawyer and indeed the C.C.Q. routinely classifies according to such analyses: property-as-object finds its articulation in such classic distinctions as movable and immovable, corporeal and incorporeal, fungible and non-fungible, fruit and revenue, in commerce and *hors commerce*, while property-as-relationship manifests itself in the concepts of ownership, special modes and dismemberments of ownership, possession, and the other categories of titularity. These classifications are inextricably intertwined – the focus may shift from object to relation and back – but the two concepts can never really be fully separated, as the so called “object” classification will have profound implications on the property relationship. This formal application of what is property’s duality is actually quite flexible in practice, and at the very least, allows for a more balanced treatment of property and in a sense a conceptual advantage over the common law<sup>11</sup>.

The example of reimbursing possessors brings all of these aspects of property into clear relief. In regulating legally such situations of fact, not only do we try to understand and balance the interests of those involved in property relationships by looking at the nature of the possessor vis-à-vis the owner, but we also try to understand the nature of the object and particularly how it is valued, how its value changes (enhanced or reduced), etc. Such an analysis forces us to undertake an examination of the social aspects of property. Of course we value ownership, given its role and status in our legal and economic systems. While it still requires justification, ownership has been justified and re-justified, benefiting both persons and resources to the extent that it remains the touchstone of Civil law property<sup>12</sup>. However, neither the justifications nor the concept are absolute, and scope remains for other considerations.

The example of possession is illuminating precisely because it puts the focus of the inquiry on the resource. Indeed it is usually the possessor who has the most direct contact – control and care – of the object of property, and who may very well be more in tune with what we have identified as the social dimension of property: its teleology. It is often the

11. See D. LAMETTI, “Civil Law Property as (Movable) Rehabilitative Therapy” (A Comment on Sarah Worthington, “Rehabilitating Personal Property Law as a Serious Topic for [Research and] Teaching”, (2002) 36 *Can. Bus. L. J.* 292.

12. On justifying property, the literature is truly vast. A useful starting point is D. LAMETTI, “Property and (Perhaps) Justice”, (1988) 43 *McGill L.J.* 665. That ownership remains the touchstone of Civil law property needs no support; those who wish to de-amplify the absoluteness of ownership, such as the authors of this essay, bear the burden of proving the contrary.

possessor who cares for the resource, preserves the resource, improves the resource or puts it to productive use. These are all aspects of the property relationship that are important to more than just the owner, and go towards how a society (and often a market) values the resource. Here one might call upon a more robust concept of destination to understand the general value and specific valuation of objects of property<sup>13</sup>. In the case of possession, given that as a society we value certain types of resources, we might wish to reward efforts to preserve or improve them, especially where the enhancement of value is relatively objective. And, as we shall see below, we might reward efforts to enhance even where those efforts are only subjectively useful and perhaps only merely idiosyncratically valuable. All of this is not only plausible, but consistent with the very nature of property as both object and relationship.

### III. THE GENERAL THRUST OF THE C.C.Q. PROVISIONS

In general, the provisions in the C.C.Q. and in doctrinal writings reflect the overall intuition of the above analysis. The property relationships – *de facto* possession and *de jure* ownership – and the actors within those relationships – possessors and owners – are both in focus. As property relations are relations with others through resources, then both the owner and possessor relate directly to the resource, one acting with a real right, the other acting as if he<sup>14</sup> also had a real right, and each relating to each other through the resource. Third parties, for whose protection rules rewarding possession are in part enacted, also relate through the resource in the sense that they are generally excluded whether vis-à-vis the owner or the possessor. Registration systems place these third parties more formally into a relationship with owners, while *de facto* possession accomplishes the same function with respect to possessors. However, the protection of possessors is in part justified because it also protects the interests of third parties dealing with possessors; the possessor is likely to be the owner in most cases.

While often obscured in property discourse, the objects of property are as critical to the understanding of the provisions on possession, as in other places in the Code where the focus is explicitly on objects. In possession cases, there is a great deal of emphasis on the movable or

13. For a more extensive discussion of this more robust concept of destination, see D. LAMETTI, “The *Destino* of Destination in Civil Law Property” [Unpublished manuscript on file with the authors; forthcoming]. See also D. LAMETTI, *The Deon-Telos of Private Property: Ethical Aspects of the Theory and Practice of Private Property* [forthcoming McGill-Queen’s UP], based on a DPhil thesis of the same title, 1999, Oxford University, ch. 3.

14. Throughout this essay we will use “he” to refer to the possessor, and “she” for the owner; this practice will lighten the analysis later in the paper.

immovable object held by the possessor: how it has been held, for how long, how it is valued, and as we shall see, how changes made to an immovable are valued. That we consider objects of property in this calculation at all illustrates the importance of the type of resource in property analysis: we value immovables. We appreciate improvements and other kinds of capital expenditures made on them, and indeed we do not wish either to provide, for reasons of policy, a disincentive for such expenditures to be made, or, for reason of justice, an owner to receive an unjust benefit in some of these instances<sup>15</sup>.

The same intuition underlies articles 957 through 963 on works undertaken on the immovable of another. The relationship between owner and possessor is recognized, and its quality largely determined by the good or bad faith of the possessor. But the object is also omnipresent in these provisions. More specifically, these articles focus on the actions taken upon objects of property, the capital constructions, works or plantations, categorizing them formally as “necessary”, “useful” and “amenities”. Once categorized, the relationships and ensuing rights and obligations can be ascertained. Clearly, then, the object is the filter through which the property relationship passes, in this case, the relationship among the owner, the possessor and in fact the rest of the world.

Turning now specifically to the articles at the heart of this analysis, these general statements about the nature of the property relationship get particularized. That is, the general introductory provision on reimbursing possessors gives a sense of all of these facets of the concept of property in this specific context:

**Art. 957.** The owner of an immovable acquires by accession ownership of the constructions, works or plantations made on his immovable by a possessor, whether the disbursements were necessary, useful or for amenities.

**Art. 957.** Le propriétaire de l'immeuble acquiert par accession la propriété des constructions, ouvrages, ou plantations faits sur son immeuble par un possesseur, que les impenses soient nécessaires, utiles ou d'agrément.

Thus the owner generally gets the value of the resource, united so as to prevent the resource from being held in common, thus protecting its full, appreciated value<sup>16</sup>. We would also add that the main aspects of – or, if

15. This last point was underscored by Professor Frenette:

Ce droit a pour base un principe analogue à celui de l'enrichissement sans cause, principe qui, sans avoir fait l'objet d'énoncé formel de la part du législateur, est néanmoins reproduit et appliqué dans quantité de dispositions éparses et particulières.

See F. FRENETTE, “Des améliorations à l'immeuble d'autrui”, [1980] *C.P. du N.* 1, p. 18. As with all other rights, this protection is not absolute, a point also emphasized by Professor Frenette.

16. The bias against undivided co-ownership is in full evidence here, as it was under the C.C.L.C.: see F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 17.

you will, actors in – the property relationship are identified in this base provision, owners and possessors, as well as the general nature of the object or resource, an immovable. Also identified are the kinds of transformations of the immovable object of property that will produce legal consequences: disbursements of three kinds. It is interesting to note that the quality of the possessor is not yet mentioned, perhaps further enhancing formally the importance given to both the quality of the disbursement as well as the general bias in favour of the owner.

This provision of the C.C.Q., and those that follow, were intended to correspond to articles 417-419 of the *Civil Code of Lower Canada*; the new provisions of the C.C.Q. are largely similar to the rules governing artificial accession under the C.C.L.C.<sup>17</sup> The Draft Civil Code attempted similar balances, and as we shall see, provides an interesting point of reference<sup>18</sup>.

17. The provisions are not identical, but we will not deal with the totality of changes to these provisions; rather, the reader ought to consult the doctrinal works cited throughout this article. The key provision of the C.C.L.C. for our analysis was as follows:

417. When improvements have been made by a possessor with his own materials, the right of the proprietor to such improvements depends on their nature and on the good or bad faith of such possessor.

If they were necessary, the proprietor of the land cannot have them taken away; he must, in all cases, pay what they cost, even when they no longer exist; saving, in the case of bad faith, the compensation of rents, issues and profits.

If they were not necessary, and were made by a possessor in good faith, the proprietor is obliged to keep them, if they still exist, and to pay either the amount they cost or that to the extent of which the value of the land has been augmented.

If, on the contrary, the possessor were in bad faith, the proprietor has the option either of keeping them, upon paying what they cost or their actual value, or of permitting such possessor, if the latter can do so with advantage to himself and without deteriorating the land, to remove them at his own expense; otherwise, in each case, the improvements belong to the owner, without indemnification; the owner may, in every case, compel the possessor in bad faith to remove them.

417. Lorsque les améliorations ont été faites par un possesseur avec ses matériaux, le droit qu'y peut prétendre le propriétaire du fonds dépend de leur nature et de la bonne ou mauvaise foi de celui qui les a faites.

Si elles étaient nécessaires, le propriétaire du fonds ne peut les faire enlever; il doit dans tous les cas en payer le coût, lors même qu'elles n'existent plus, sauf la compensation des fruits perçus, si le possesseur était de mauvaise foi.

Si elles n'étaient pas nécessaires et qu'elles aient été faites par un possesseur de bonne foi, le propriétaire est encore tenu de les retenir si elles existent et de payer soit la somme déboursée, soit celle au montant de laquelle la valeur du fonds a été augmentée.

Si, au contraire, le possesseur était de mauvaise foi, le propriétaire peut, – son choix, les retenir en payant ce qu'elles ont coûté ou leur valeur actuelle, ou bien lui permettre de les enlever – ses frais, si elles peuvent l'être avec avantage pour ce tiers et sans détériorer le sol; aux cas contraires, les améliorations restent au propriétaire du fonds sans indemnité; le propriétaire peut, dans tous les cas, forcer le possesseur de mauvaise foi les enlever.

18. CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Québec Civil Code, Vol. 1, Draft Civil Code* (1977) (hereafter DCC), Articles 76 to 82. The Draft Civil Code Provisions were as follows:

However, there are subtle differences between the old and the new provisions that are nonetheless significant because both iterations represent an attempt to clarify this area of the law.

**76:** Ownership of the land entails ownership of all improvements made to it by a possessor.

«Improvements » means any work that serves to increase the value of the property, especially buildings, plantations, new works and repairs.

**77:** The owner of the land may not compel the possessor to remove the necessary improvements.

He may not compel the possessor in good faith to remove any useful improvements he has made.

**78:** A possessor in good faith who is obliged to return a thing is entitled to reimbursement of the cost of the necessary improvements he has made, even if they no longer exist.

If the improvements are useful, and still exist, he is entitled either to reimbursement of their cost or to an indemnity equal to the appreciation, as the owner decides.

**79:** The possessor in bad faith who is obliged to return a thing is entitled to reimbursement of the cost of the necessary improvements he has made, even when they no longer exist, subject to compensation for fruits collected.

**80:** The owner is not obliged to keep useful improvements made by a possessor in bad faith; he may compel the possessor to remove them at his own expense and to restore the premises to their original state.

If the owner decides to keep the improvements, he must either repay their cost to the possessor or pay him an amount representing their present value; however, if the improvements cannot easily be removed by the possessor, the owner may retain them without paying him.

**81:** When the possessor has done works on a property other than those listed in Article 76, the owner may preserve the works without indemnity, or compel the possessor to remove them and to restore the premises to their original state.

**76:** Le propriétaire du fonds acquiert la propriété de toutes les améliorations qui ont été apportées par un possesseur.

On entend par améliorations tous les travaux ayant pour effet d'augmenter la valeur du fonds, notamment les constructions, plantations, ouvrages nouveaux et réparations.

**77:** Le propriétaire du fonds ne peut contraindre le possesseur à enlever les améliorations nécessaires.

Il ne peut davantage contraindre le possesseur de bonne foi à enlever les améliorations utiles qu'il a faites.

**78:** Le possesseur de bonne foi tenu à restituer la chose a droit au remboursement du coût des améliorations nécessaires qu'il a faites, lors même qu'elles n'existent plus.

S'il s'agit d'améliorations utiles qui existent encore, il a droit, au choix du propriétaire, soit au remboursement de leur coût, soit à une indemnité égale à la plus-value.

**79:** Le possesseur de mauvaise foi tenu de restituer la chose a droit au remboursement du coût des améliorations nécessaires qu'il a effectuées, lors même qu'elles n'existent plus, sauf de la compensation des fruits perçus.

**80:** Le propriétaire n'est pas tenu de retenir les améliorations utiles effectuées par un possesseur de mauvaise foi; il peut contraindre ce dernier à les enlever à ses frais et à replacer les lieux dans leur état antérieur.

Si le propriétaire décide de retenir ces améliorations, il doit, soit en rembourser le coût au possesseur, soit lui payer un montant représentant leur valeur actuelle; le propriétaire peut, toutefois, retenir les améliorations et ne rien payer au possesseur s'il s'agit d'améliorations qui ne peuvent pas être enlevées avec avantage par le possesseur.

**81:** Dans le cas où le possesseur a fait sur le fonds des travaux autres que ceux qui sont visés par l'article 76, le propriétaire a le choix de les retenir sans aucune indemnité ou de contraindre le possesseur à les supprimer et à remettre les lieux dans leur état antérieur.

This attempt to inject clarity into the provisions is most obviously manifested in two specific changes, both seen in this base article. First, the C.C.Q. replaces the notion of “improvements” with “constructions, works or plantations”. This amendment might represent an attempt to add an element of objectivity to the kinds of actions that are rewarded, which need not necessarily represent ameliorations to the immovable. Both under the C.C.L.C. and the C.C.Q., prominent doctrinal writers were of the view that a work was an improvement. Frenette, writing on the C.C.L.C., states that the word *impense*, used four times in the C.C.L.C., is equivalent to the word *amélioration*<sup>19</sup>. More recently, Vincelette, writing on the C.C.Q., arrives at a similar conclusion<sup>20</sup>. While it is no doubt true that in the vast majority of cases an expenditure or “disbursement” (*impense*) on a “work, construction or plantation” – a capital expenditure – will result in an “improvement” (*amélioration*) in terms of adding something of objective value to the immovable, it seems to us that “improvement” has at least in part a qualitative dimension that might be seen as subjective or contextual. Indeed, not all capital expenditures add value to an object – anyone renovating a kitchen is always told that the renovations may not in fact increase the market value of the home because of their idiosyncratic nature – though they might in fact be significant. This might be of particular importance to the application of provisions on amenities, for reasons identified below. The possibility exists that the expenditure will not raise the value of the immovable. At the very least, it must be conceded that the change in wording has removed some of the normative weight of these provisions previously added by the word “improvement”. The approach of the Draft Civil Code was similar on the one hand but differed on the other. It maintained the concept of «improvement» in its wording, but attempted a definition of the concept: “‘Improvements’ means any work that serves to increase the value of the property, especially buildings, plantations, new works and repairs<sup>21</sup>”. This seems to reinforce the argument that improvement imports an augmentation in value to the immovable.

Second, the provision at the same time widens formally the category of actions on the immovable that attract the protection of the law. As

---

**82:** The rules established respecting improvements made by a possessor in bad faith apply to a holder, unless the law or the act governing such detention provides otherwise.

**82:** Les règles établies pour le cas d'améliorations faites par un possesseur de mauvaise foi s'appliquent au détenteur, à moins que la loi ou l'acte régissant telle détention n'en dispose autrement.

19. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 13-14. Of course, the expenditures to be considered are capital expenditures and not mere maintenance, a point that we take as a given in this analysis.
20. D. VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 167.
21. See article 76 DCC, *supra*, note 18. There is no doubt that Professor Frenette inspired the addition for this definition: see F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 1.

stated above, the article, by removing the word “improvement”, indirectly allows for compensation for non-improvements. More directly, and perhaps most importantly, the C.C.Q. moves from two categories of qualifying expenditures to three. Whereas the C.C.L.C. formally recognized two basic categories of improvements, necessary and non-necessary, the C.C.Q. recognizes three separate categories of constructions, works or plantations, keeping “necessary” constructions, works or plantations, and dividing non-necessary expenditures into i.e., «useful» and “amenities”<sup>22</sup>, thus shifting any normative weight that might have been found in the word “improvement” onto these terms. Informally, a similar concept to amenities existed in the doctrinal writing and *jurisprudence* under the C.C.L.C.: that of *impenses voluptuaires* or *somptuaires*<sup>23</sup>. Whether the category is actually new or a formalizing of the older doctrinal category, depends on the degree to which one sees an amenity as adding value to the immovable object. Professor Vincelette sees the C.C.Q. as having created a new category, given his view that the two concepts did not correspond exactly: an amenity normally adds value, in his reading, whereas the category of *amélioration voluptuaires* did not<sup>24</sup>. Given our view of the dropping of the word “improvement”, and the textual possibility that a disbursement does not necessarily objectively improve the immovable in the case of an amenity, the differences may be less than perceived. We would also note that the DCC also in effect created a similar innominate third category of expenditures being neither necessary nor useful, and most importantly not classified as improvements, with different legal consequences for the possessor<sup>25</sup>, thus resembling the new structure of the C.C.Q. Thus, if we are correct, the DCC supports the claim that amenities need not objectively improve the immovable, in its substance as well.

That these refinements in the C.C.Q. were meant to clarify the law is evident in the following Commentary of the Minister of Justice:

Dans la section relative – l’accession artificielle, le chapitre deuxième reprend globalement les règles fondamentales du *Code civil du Bas Canada* qui traitaient des ouvrages, constructions et plantations faits par un possesseur. Cependant, le code introduit les notions d’impenses nécessaires, impenses utiles et impenses d’agrément pour clarifier les règles et remplacer la notion d’amélioration, utilisée dans le droit antérieur<sup>26</sup>.

22. For examinations of this change, see generally D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 439-445; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1034-1046; and D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 168-176.
23. See F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 14-15. For a more complete analysis, see D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 174-175 and the citations to the doctrine and decided cases contained therein.
24. D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 174-175.
25. See article 81 DCC, *supra*, note 18.
26. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, vol. 1., Quebec City, Les Publications du Québec, 1993, article 957 [hereafter *Commentaries*].

As seen already, the notion of improvement in the dominant reading of the C.C.Q. has not been replaced. Whether the new provisions in this and subsequent articles have indeed *clarified* the process of indemnification of the possessor who makes disbursements on the property of an owner is the focus of this essay.

Returning, then, to our point of departure, article 957 states the general governing principle: the owner has a priority over the possessor in terms of getting the full possession and value of the object, acquiring ownership of the constructions, works or plantations made by the possessor, regardless of the nature of the expenditures. The phrase “constructions, works or plantations” has the character of relative permanence; it is this relative permanence that raises value that is the concept in the notion of *impenses*<sup>27</sup>. Value might be added to the immovable in the three possibilities mentioned in the codal provision. For the purposes of this argument, little needs to be said about the differences among the three kinds of disbursements, other than to presume that there is a hierarchy present with necessary disbursements being the most valued and amenities the least valued. That is to say, necessary disbursements are the most desirable in objective terms, as they are valuable to both the owner and the possessor, or indeed any subsequent *de jure* or *de facto* holder of the immovable. Useful disbursements are secondarily desired in some relatively objective sense and with some relatively objective means of valuation, and indeed they will have a positive impact on the market value of any given resource. Disbursements on amenities are the most subjectively valued – representing the highly idiosyncratic preferences of a possessor – and therefore the least objectively desirable.

The doctrinal writing assists in this regard. Necessary expenditures are those which go to the objective value of the immovable, and are fully integrated into it; in this sense they cannot be removed<sup>28</sup>. They are necessary to the very preservation of the immovable and are disbursements which the owner would have had to have made<sup>29</sup>. As the Minister’s Commentaries express:

Peu importe la bonne ou mauvaise foi du possesseur, celui-ci a le droit d’être remboursé de ces impenses, même si les constructions, ouvrages, ou plantations n’existent plus, car ces impenses ont, par leur nature même, *servi – la conservation du bien*. Il

27. See P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1034-1035; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 438 and D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 168.

28. F. FRENETTE, *loc. cit.* note 15, p. 15; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1037-1039; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 440-441; and S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 87. Specific examples of necessary expenditures are contained in all of these doctrinal sources.

29. F. FRENETTE, *loc. cit.* note 15, p. 15; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1037; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 438-439, 441; S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 86-87; and D. VINCELETTE *op. cit.*, note 20, p. 169.

n'y a donc pas lieu ici de pénaliser la mauvaise foi d'un possesseur en lui refusant le droit d'être remboursé, *puisque l'intérêt présumé du propriétaire est que le bien soit conservé*<sup>30</sup>.

In this light, the writers confirm that major repairs, while not necessarily “improvements” in that they tend more to maintain the capital value of the resource rather than increase it, have generally been considered to be necessary expenditures<sup>31</sup>. One sees that necessary disbursements, especially those constituting major repairs, are protected in other parts of the C.C.Q., thus confirming the status of necessary expenditures in the hierarchy that is articulated in these provisions<sup>32</sup>.

Useful expenditures, while not necessary, are generally new physical additions to the immovable which “transform” the immovable and raise the economic value of the resource<sup>33</sup>. They are relatively objective: while the constructions, works or plantations falling under this heading may not be desired or valued by a particular owner, they will likely be valued by most owners and indeed by the market<sup>34</sup>.

The third category, ostensibly the new category identified above, is that of amenities. The Minister's Commentaries refer to these as “subjectively valued”<sup>35</sup>, and this we take to mean that they are of such a nature that many persons would not consider them to have added economic value to the immovable. They are seen to go to the subjective enjoyment of the possessor, and not to the objective benefit of the immovable<sup>36</sup>. These are of a highly idiosyncratic value, and often luxuries; indeed, they may only be of value to the possessor. It is here that Professor Vincelette argues that the term *impenses d'agrément* or amenities, contrary to the

30. *Commentaries, supra*, note 26, for article 958 [Our emphasis].

31. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 15: “[L]es améliorations nécessaires se rapportent et se limitent [...] aux grosses réparations ...”; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1037; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 438-439; S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 86-87; and D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 169.

32. See e.g. articles 1137 (usufructuary treated as a good faith possessor as regards necessary disbursements) and 1153 (giving usufructuary the right to to make major repairs, with reimbursement, where the owner fails to do so); and article 1203 (emphyteutic lessee bound to make major repairs). These provisions illustrate the importance of maintaining the object. See also F. Frenette, *loc. cit.*, note 15, p. 25 ff (Part III). Reference can also be made to articles 1164ff C.C.Q. with respect to lease.

33. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 14-15; P.-C. LAFOND *op. cit.*, note 1, p. 1039-1040; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 441; S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 87; and D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 170. Specific examples of useful expenditures are contained in all of these doctrinal sources.

34. On objective appreciation: see especially F. FRENETTE *loc. cit.*, note 15, p. 14-15. See also P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1039; and S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 87.

35. *Commentaries, supra*, note 26, for article 962.

36. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1043; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 441-442; S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 87; and D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 174-175. Examples of amenities are offered in these doctrinal sources.

doctrinal concept of *impenses voluptuaires*, implies an increase in value. While this is true, in our view the value added may be entirely subjective, and thus of no value to anyone else. In this sense, we are inclined to view this new term as not necessarily adding any relatively objective value, and formalizing the older concept<sup>37</sup>. Nevertheless, for the purposes of the argument that follows, Vincelette's interpretation may also be used. What is important is that, on any reading, this category is less valued than the category of useful expenditures.

The mechanics of compensating possessors are set out in the provisions subsequent to article 957, and it is here that we begin to see the complexity of competing interests embodied in the Code. The concept of good and bad faith introduced in article 958 continues to run throughout articles 959 to 962, creating the framework for compensation and other rights that might accrue to the possessor in such situations<sup>38</sup>. At this

37. For support on this point, see P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1043-1044: « Elles peuvent apporter une plus-value au bien, mais, le cas échéant, celle-ci s'apprécie davantage en fonction d'une norme subjective qu'objective ». [Our emphasis]; and D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 441-442.
38. Finally, it should be noted for the sake of completeness that certain procedural advantages might accrue to the possessor according to his status as a good or bad faith possessor, namely the right to retain pending compensation.

**Art. 963.** A possessor in good faith has a right to retain the immovable until he has been reimbursed for necessary or useful disbursements.

A possessor in bad faith has no right under this article except in respect of necessary disbursements he has made.

This provision gives further weight to the advantage that a good faith possessor has over a bad faith possessor with respect to useful disbursements, and further weight to the protection of necessary disbursements generally. The C.C.L.C. had a similar provision:

**419.** In case the party in possession is compelled to give up the immovable upon which he has made improvements for which he is entitled to be reimbursed, he has a right to retain the property until such reimbursement is made, without prejudice to his personal recourse to obtain repayment; saving the case of surrender in any hypothecary action, which is especially provided for in the title *Of Privileges and Hypothecs*.

The DCC formulation was as follows:

**84:** Whenever an owner is obliged to pay an indemnity under the preceding provisions, he may not take back his immovable until he has executed his obligation.

**Art. 963.** Le possesseur de bonne foi a le droit de retenir l'immeuble jusqu'à ce qu'il ait obtenu le remboursement des impenses nécessaires ou utiles.

Le possesseur de mauvaise foi n'a ce droit qu'à l'égard des impenses nécessaires qu'il a faites.

**419.** Dans le cas où le tiers détenteur est tenu de restituer l'immeuble sur lequel il a fait des améliorations dont il a droit d'être remboursé, il lui est permis de le retenir jusqu'à ce que le remboursement soit effectué, sans préjudice au recours personnel de ce tiers pour l'obtenir, sauf le cas de délaissement sur poursuite hypothécaire auquel il est spécialement pourvu au titre *Des privilèges et hypothèques*.

**84:** Dans tous les cas où le propriétaire est obligé, en vertu d'une des dispositions précédentes, de verser une indemnité, il ne peut reprendre son immeuble qu'après avoir rempli son obligation.

point, the provisions clearly begin to turn around both the quality of the possessor – good and bad faith – and the quality of the expenditure identified in article 957. This equilibrium is at the heart of this section of the Code. As before, under the C.C.Q. reimbursement of the possessor depends on two factors: the quality of the possessor and the quality of the expenditure<sup>39</sup>. As such, we need to understand the justifications behind these competing interests and try to understand how all of the provisions ought to fit together in a more coherent whole. This we turn to in the following section.

#### IV. OBJECTS, RELATIONS AND JUSTIFICATIONS: A HYPOTHESIS ON INTERPRETING

Although the C.C.Q. provisions are intended to clarify the former C.C.L.C. provisions, the animating philosophy of the rules remains the same. The difficulty lies in striking and then articulating the proper balance between these sometimes competing sets of rationales.

As a first step, let us set out what one should expect from the legislative response identified above to the situation of works made or added to the immovable of another. In terms of the quality of possession, one should expect good faith possessors to be rewarded over bad faith possessors; acting in good faith is held to be a pre-condition for the exercise of civil rights in the Civil law tradition and must be encouraged. In this property context, good faith possessors by definition acted on the belief that they held the right they exercised in practice. This view is said to reinforce ownership as an institution, and private ownership has a long utilitarian pedigree in terms of being seen as favourable to resource management<sup>40</sup>. Moreover, good faith possessors did not believe they were incurring the risks associated with detention or even bad faith possession, in which cases there is an inherent or assumed risk of being dislodged in the future<sup>41</sup>.

---

39. With respect to enunciation of this principle in the C.C.Q., see: P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1031; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 439; and S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 88-89. With respect to the C.C.L.C., see: F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 9.

40. A view that, naturally, brings the object into focus. The idea that resources are better managed individually than collectively was advanced by Aristotle in response to Plato's vision of common ownership (of women and children) in *Republic*, and forms the starting point for utilitarian arguments favouring private ownership. Modern variants of the intuitive utilitarian argument that one will better care for what is one's own find expression in modern law and economics analyses, and especially the so-called tragedy of the commons.

41. Of course, this raises the question of the detainer being treated as a bad faith possessor in article 964 C.C.Q., as well as in various other specific provisions throughout the Code: articles 1137 and 1138 (usufruct), article 1210 (emphyteusis) and article 1891 (lessor-lessee). We thank Robert Godin for reminding us of this question. That analysis is beyond the scope of this paper.

In terms of the object and the quality of the expenditure upon it, we should briefly remind ourselves about the categories of disbursements leading to constructions, works or plantations: necessary, useful, and amenity. A necessary disbursement is best regarded as objectively valuable and necessary to the preservation and protection of the immovable. It is the type of expenditure that *all* owners would value and indeed make themselves in order to maintain the capital value of the resource. An expenditure on a construction that is useful, on the other hand, does not have that same quality of objective value. However, the word «useful» implies a rather high degree of objective value: *many*, if not *most*, owners would appreciate the expenditure and it would likely raise the value (capital or otherwise) of the immovable. An amenity has a highly subjective, idiosyncratic value, which some, if not most, people might not appreciate. A landscaped English garden (to an *amateur* of wilder gardens), plush carpeting (to the person who prefers *bois franc*), and other such expenses in our view fall into this category<sup>42</sup>.

Thus, on this understanding of the objective versus the subjective value of objects of property, one would expect necessary disbursements to be protected more than useful disbursements, which in turn should receive a greater degree of protection than disbursements made for amenities. Protecting the resource through the expending of necessary disbursements is objectively valuable and necessary and highly encouraged. Improving the resource through useful expenditures is objectively valuable and to be encouraged somewhat, while expenditures on amenities, while subjective, are not to be discouraged, as at least some others might value them similarly.

In order to give effect to these underlying assumptions, there exist a number of possibilities for how a coherent hierarchy of protection could be structured according to each of these two rationales for protection. If quality of possession (i.e. the status of the possessor) takes priority over the nature of the expenditures, then the hierarchy would appear as follows:

### **Approach A**

**Most protected**  
 Good Faith Possessors  
 Bad Faith Possessors  
**Least Protected**

This approach would privilege good faith possessors above all else. While justifiable in the abstract, such a weighing in favour of the good

42. See the discussion above, at notes 29-38 and surrounding text, and the sources cited therein for further examples.

faith possessor tells us nothing about the nature of the expenditures and indeed gives very little or no consideration to the resource in question. Under this approach, a bad faith possessor who constructed a supporting wall to prevent the house from crumbling would receive less protection than a good faith possessor who built a Roman fountain in the courtyard. This approach also tells us little about the rights of the owner. In fact, such an approach might operate to the detriment of the owner, by forcing reimbursement for expenses which she otherwise might not have made on the immovable.

If quality of expenditure takes priority over the qualities of the possessor, then the hierarchy changes completely:

### **Approach B**

#### **Most protected**

All Necessary Expenditures

All Useful Expenditures

All Expenditures on Amenities

#### **Least protected**

By contrast, Approach B looks to the resource exclusively. This approach focuses on the object of property, and in particular the objective value of the constructions, works or plantations made to it, and ignores the quality of the possessor. Under this approach, protection is based solely on the relative benefit to the resource. Certainly, this approach cannot be maintained either. In terms of property relations, the distinction between good and bad faith possession is a core concept of the civil law of property in Quebec, protecting as it does the certainty of ownership, by helping to bolster the certainty of title<sup>43</sup>. This is especially true where

43. The French system provides a useful point of comparison. Briefly, the rules governing compensation are scattered throughout the French Civil Code, and as such, a general theory of compensation is hard to deduce. On first glance, it seems as though compensation under the French Civil Code follows Approach B. The doctrinal writers tell us that the duty to compensate, often seen today as an application of the general theory of unjust enrichment, is determined solely in accordance with the type of expenditure and does not at all account for the quality of possession. See *e.g.* J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 2, p. 327: “Cette obligation est indépendante, en général, de la bonne ou mauvaise foi du possesseur; mais elle varie avec la nature des travaux faits sur l’immeuble”. See also F. TERRÉ & P. SIMLER, *op. cit.*, note 2, p. 385-386.

Like the C.C.Q., the French Civil Code divides expenditures into three categories: “impenses nécessaires”, “impenses utiles” and “impenses voluptuaires ou somptuaires”. The owner must reimburse necessary expenditures, as these are expenditures that she would have had to make on her own, however, as in the C.C.Q., she can deduct the fruits and revenues from the amount owed to her by the bad faith possessor. See J. CARBONNIER, note 2, p. 327, F. TERRÉ & P. SIMLER, *op. cit.*, note 2, p. 386 and Civil Code, article 862. As for amenities, the owner is never required to compensate, but the possessor has the option of removing his amenity if that can be done without damaging the soil. See J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 2, p. 327, F. TERRÉ & P. SIMLER, *op. cit.*, note 2, p. 386 and Civil Code, article 599, al. 3.

the owner is relying on the register. The distinction is also paramount to assessing legal consequences: innocent good faith actors need to be shielded from acts taken in good faith in a way that risk-taking bad faith possessors do not. It is conceivable that such an approach might create an injustice as regards to the good-faith possessor, at the very least by giving the bad faith possessor similar treatment. If one wishes to discourage at least certain (if not all) kinds of bad faith behaviour, this approach is un-persuasive.

A balanced approach would have to take both of these sets of competing justifications into account. Here, one tries at once to balance the competing virtues of good faith and objectively valuable expenditures (necessary, then useful disbursements) and placing them all over bad faith and more subjective expenditures (useful disbursements, then amenities). Given the structure of the C.C.Q., there are a number of possible combinations. The balancing of the six legal categories might be done as follows, with the initial bias in favour of the expenditure:

---

As with the C.C.Q., the real confusion arises in the case of useful disbursements. In general, the position according to the doctrinal writers is that compensation is due to the possessor, regardless of his good or bad faith, but the owner chooses whether to compensate the cost or the increase in value to the immovable. See articles 861, 1673, 2175 of the Civil Code. However, this rule only applies when the useful expenditure is made on an immovable already in existence, such as installing running water or updating the drainage system. See J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 2, p. 333-335, F. TERRÉ & P. SIMLER, *op. cit.*, note 2, p. 208 ff. This appears to ensure that the expenditure has a more objective value from the outset. Where the useful expenditure is a *new* construction or plantation, compensation is governed by article 555 of the Civil Code, a provision which deals explicitly with accession. Article 555 states:

Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent.

Thus, where the useful expenditure is a new work, construction or plantation, it seems as though the French Civil Code is more in line with the interpretation that we argue ought to be given to article 959. Where the possessor is in good faith, the owner compensates either the plus-value or the cost of the improvement. Where the possessor is in bad faith, the owner is entitled to compel removal, but if she decides to keep the useful expenditure, she must compensate. Thus, although the choice is left entirely to the owner's discretion, the bad faith possessor is at least guaranteed to walk away with something. Moreover, at least in so far as many useful expenditures are concerned, this article reassures us that quality of possession *does* matter alongside type of expenditure.

### Approach C

#### **Most protected**

Good Faith Necessary

Bad Faith Necessary

Good Faith Useful

Bad Faith Useful

Good Faith Amenity

Bad Faith Amenity

#### **Least Protected**

That is, the object of property determines the larger ordering of the categories of the hierarchy (necessary, useful and amenities), while good and bad faith forms the subset within each category. The structure is defensible in that it values more greatly objectively valuable expenditures while also preferring in some measure good faith over bad faith. Indeed, as we shall see below, this option may very well represent the present state of affairs: this may be closest to the structure of the C.C.Q., taking into account a number of interpretive tangles to be identified. This hierarchy also best represents the structure of the Draft Civil Code, although it appears in that text that what we now call “amenities” are treated similarly, regardless of good or bad faith<sup>44</sup>. Other hybrids are also possible. For example, one could obviously construct a balanced hierarchy with some slight differences, giving the quality of the possessor priority over the object:

### Approach D

#### **Most protected**

Good Faith Necessary

Good Faith Useful

Good Faith Amenity

Bad Faith Necessary

Bad Faith Useful

Bad Faith Amenity

#### **Least Protected**

This is a defensible hierarchy if the main focus is on the motives of the actors, and less on the nature of the resource; in such a case, the main concern is good faith and the status of the owner.

---

44. Article 81 DCC.

Moreover, one might try to balance exactly the various concerns and propose an approach which treats possessors and possessions as equally as possible. Such a diagram would look like this:

### **Approach E**

#### **Most protected**

Good Faith Necessary

Good Faith Useful & Bad Faith Necessary

Good Faith Amenity & Bad Faith Useful

Bad Faith Amenity

#### **Least Protected**

If this approach is chosen, then good faith possessors on useful items and bad faith possessors on necessities ought to be more or less equally treated. From the perspective of the possessor, each is less protected than the most protected category of good faith-necessary expenditures. Similarly, good faith possessors spending on amenities ought to be more or less equally situated with bad faith possessors spending on useful improvements; both of these, again from the perspective of the possessor, are less well-protected than good faith-useful and bad faith-necessary, but more protected than the undisputed least-protected category of bad faith-amenity. This is not to say that the treatment of either Good Faith-Useful and Bad Faith-Necessary or Good Faith-Amenity and Bad Faith-Useful must be identical, but one should expect them to be in the same order of affairs. One would also expect certain linear coherence for the treatment of one sort of possessor, and one type of resource expenditure.

The determination as to which of the above represents the best approach and the more general question of how one balances these competing sets of justifications, are inextricably bound up in how our society values possessors and how it values the protection of the immovable resource. However, regardless of the exact position one takes, some conclusions are clear from the outset. First, good faith possessors spending on necessary expenditures are the most well protected in any of the formulations. Second, bad faith possessors disbursing on amenities ought to be the least well-protected. It is the middle categories between these clear cases where one must make a choice, a choice which ought to be based on the weight given to competing rationales for favouring owners or possessors.

Although all five approaches are possible, intuitively, one of the three balanced approaches seems to make the most sense. Good faith is generally rewarded over bad faith, while disbursements are generally assessed according to the capital value that they bring to the resource in question.

A balanced approach is also the most easily justified: if our initial understanding of private property as comprising both resources and relations is correct, a view which takes both of these necessary aspects of the property institution into account is self-evidently superior, all other things being equal. Approaches C, D and E attempt to integrate both considerations, although each gives slightly different weight to cases where either the quality of possession or quality of expenditure is middling.

Is there a preferred choice amongst the three more balanced approaches (C, D & E)? Without the robust understanding of the nature of property set out earlier in this paper – that property is relationship through objects of social wealth, and as such the object is of some import – we might still be inclined, as was completely the case with Approach A, to focus primarily on the quality of the possessor. If so, in the areas where competing interests are critical to the outcome, we might be inclined to favour Approach D. In our view, this approach, while superior to Approach A, too weakly accounts for the object in question. One of the primary reasons for valuing possession is the preservation and improvement of the resource, and there will be times where we will want the quality of the expenditure to have some measure of priority in the normative hierarchy. This same analysis serves to undermine Approach E as well: we simply ought to reward or protect the necessary expenditures no matter who makes them, over the useful expenditures of the good faith possessor.

We shall therefore move forward with the argument that Approach C best represents the balances that our society is attempting to make between the rights of ownership and the value-added, if you will, of possessors. Approach C, putting both factors simultaneously on a diagram with two axes, might be represented graphically as follows:

**DISBURSEMENTS : OWNERS VERSUS POSSESSORS ?**

	<b>Good Faith Possessor</b>	<b>Bad Faith Possessor</b>
<b>N</b>	<b>Area 1:</b> Best (strongest) protection for possessor Worst (weakest) protection for owner	<b>Area 2:</b> Second strongest protection for possessor Second weakest protection for owner (or fifth strongest for owner)
<b>U</b>	<b>Area 3:</b> Third strongest protection for possessor ; Third weakest protection for owner (or fourth strongest for owner, fourth weakest for possessor)	<b>Area 4:</b> Third strongest protection for owner ; Fourth strongest protection for possessor ; (or fourth weakest for owner, third weakest for possessor)
<b>A</b>	<b>Area 5:</b> Second strongest protection for owner ; Second weakest protection for possessor (or fifth strongest for possessor)	<b>Area 6:</b> Best (strongest) protection for owner ; Worst (weakest) protection for possessor

Here N refers to necessary disbursements on construction, U to useful and A to amenities. The vertical axis represents the objective quality of the expenditure by the possessor. As such, N (necessary disbursements) is superior to U (useful), and both of these are superior to A (amenities). The horizontal axis represents the objective quality of the possessor – is he in good or bad faith? – with the former acquiring more protection than the latter.

Under this representation, the possessor is best protected in the top left-hand sector, Area 1, and his protection weakens as he moves down and right. The opposite is true for the owner, who is best protected in the bottom right-hand sector, Area 6, and is less well protected as she moves up and to the left. This diagram follows Approach C above, and gives slightly greater weight to the quality of the disbursement: hence a bad faith possessor making a necessary disbursement (Area 2) is slightly better off than a good faith possessor making a useful one (Area 3) and a bad faith possessor making a useful disbursement (Area 4) is slightly better off than a good faith possessor adding an amenity (Area 5). The situation from the perspective of the owner is the converse.

The advantage of this analysis on two axes is that the diagram better captures, in a sense, the complexity of balances as between two competing sets of priorities (possessor and expenditure) more uniformly and coherently than the linear exposition in the hierarchies. In particular, there is coherence as amongst the various situations. As such, while the diagram follows Approach C, it also captures to some extent what was valuable from Approaches D and E, in that while Area 2 protects the possessor better than Area 3, Areas 2 and 3 together should be somewhat similar. The same is true for Areas 4 and 5. Each should in some way be better for the possessor, than what lies below and to the right.

This diagram in our view captures the set of balances that ought to animate the treatment of possessors and owners in the case of expenditures made on constructions. It would adequately protect owners by better protecting good faith possessors over bad, and would protect possessors as well as owners and society in general by privileging objectively valuable expenditures over more subjective ones. It would do so consistently and justly. All of this coheres more closely with the idea advanced in Part II that the law of property, in whatever legal system, must account for both persons and objects, by understanding how people relate through objects. With this schema in mind, we can now try to make sense of the provisions of the C.C.Q..

## V. TESTING THE HYPOTHESIS: MAKING SENSE OF THE PROVISIONS

After having identified the structure of protection that we argue *ought* to govern the rules regarding the reimbursement of possessors who make disbursements on the property of an owner, let us now turn to a more detailed analysis of the provisions in order to determine exactly where the provisions as drafted challenge the underlying theory and how the situation can best be resolved. We will analyze the provisions in light of our justificatory analysis and structure.

Article 957 has been set out above. Articles 958 and 959 govern necessary and useful disbursements:

**Art. 958.** The owner shall reimburse the possessor for the necessary disbursements, even if the constructions, works or plantations no longer exist.

If the possessor is in bad faith, however, compensation may be claimed for the fruits and revenues collected, after deducting the costs incurred to produce them.

**Art. 959.** The owner shall reimburse the useful disbursements made by a possessor in good faith, if the constructions, works or plantations still exist ; he may also, if he chooses, pay him an indemnity equal to the increase in value.

The owner may, on the same conditions, reimburse useful disbursements made by a possessor in bad faith ; he may in that case effect compensation for the fruits and revenues owed to him by the possessor.

The owner may also compel the possessor in bad faith to remove the constructions, works or plantations and to restore the place to its former condition ; if such restoration is impossible, the owner may keep them without compensation or compel the possessor to remove them.

**Art. 960.** The owner may compel the possessor to acquire the immovable and to pay him its value if the useful disbursements made are costly and represent a considerable proportion of that value.

**Art. 958.** Le propriétaire doit rembourser au possesseur les impenses nécessaires, même si les constructions, ouvrages ou plantations n'existent plus.

Cependant, si le possesseur est de mauvaise foi, il y a lieu, déduction faite des frais engagés pour les produire, - la compensation des fruits et revenus perçus.

**Art. 959.** Le propriétaire doit rembourser les impenses utiles faites par le possesseur de bonne foi si les constructions, ouvrages ou plantations existent encore ; il peut aussi, - son choix, lui verser une indemnité égale - la plus-value.

Il peut, aux mêmes conditions, rembourser les impenses utiles faites par le possesseur de mauvaise foi ; il peut alors opérer la compensation pour les fruits et revenus que le possesseur lui doit.

Il peut aussi contraindre le possesseur de mauvaise foi - enlever ces constructions, ouvrages ou plantations et - remettre les lieux dans leur état antérieur ; si la remise en état est impossible, le propriétaire peut les conserver sans indemnité ou contraindre le possesseur - les enlever.

**Art. 960.** Le propriétaire peut contraindre le possesseur - acquérir l'immeuble et - lui en payer la valeur, si les impenses utiles sont coûteuses et représentent une proportion considérable de cette valeur.

The articles dealing with amenities are as follows:

**Art. 961.** A possessor in good faith who has made disbursements for amenities for himself may, as the owner chooses, either remove the constructions, works or plantations he has made, if that can be done advantageously without causing damage to the place, or abandon them.

If he abandons them, the owner is bound to reimburse him for either the cost or the increase in value of the immovable, whichever is less.

**Art. 962.** The owner may compel the possessor in bad faith to remove the constructions, works or plantations he has made as amenities for himself and to restore the place to its former condition ; if such restoration is impossible, he may keep them without compensation or compel the possessor to remove them.

**Art. 961.** Le possesseur de bonne foi qui a fait des impenses pour son propre agrément peut, au choix du propriétaire, enlever, en évitant d'endommager les lieux, les constructions, ouvrages ou plantations faits, s'il peuvent l'être avantageusement, ou encore les abandonner.

Dans ce dernier cas, le propriétaire est tenu de rembourser au possesseur le moindre du coût ou de la plus-value accordée - l'immeuble.

**Art. 962.** Le propriétaire peut contraindre le possesseur de mauvaise foi - enlever les constructions, ouvrages ou plantations qu'il a faits pour son agrément et - remettre les lieux dans leur état antérieur ; si la remise en état est impossible, il peut les conserver sans indemnité ou contraindre le possesseur - les enlever.

One can now address the interpretation of these articles in a more coherent and conceptual manner. First, if the above justificatory analysis is accepted, it is possible to set out these provisions in order to mimic as best as possible the above diagram. We would hope to see something such as the following, in principle:

**DISBURSEMENTS: CIVIL CODE OF QUEBEC?**

	<b>Good Faith Possessor</b>	<b>Bad Faith Possessor</b>
<b>N</b>	<b>(Area 1): Paragraph 958 (1)</b> Best (strongest) protection for possessor Worst (weakest) protection for owner	<b>(Area 2): Paragraph 958 (2)</b>
<b>U</b>	<b>(Area 3): Articles 959 &amp; 960</b>	<b>(Area 4): Paragraph 959 (2) &amp; (3), Article 960</b>
<b>A</b>	<b>(Area 5): Articles 961</b>	<b>(Area 6): Article 962</b> Best (strongest) protection for possessor Worst (weakest) protection for owner

Filling in the actual sectors of the diagram with the articles of the C.C.Q., consider the following more detailed comparison of the ensemble of provisions in each area:

**DISBURSEMENTS : CIVIL CODE OF QUEBEC ?**

	<b>Good Faith Possessor</b>	<b>Bad Faith Possessor</b>
<b>Necessary</b>	<p align="center"><b>(Area 1)</b></p> <p><b>958(1):</b> Possessor is reimbursed for the necessary disbursements, even if the constructions, works or plantations no longer exist.  <b>[963:</b> Possessor has the right to retain the immovable until reimbursed.]</p>	<p align="center"><b>(Area 2)</b></p> <p><b>958(2):</b> Possessor is reimbursed on the same conditions, however, owner may claim fruits and revenues collected, after deducting the costs incurred to produce them.  <b>[963:</b> Possessor has the right to retain the immovable until reimbursed.]</p>
<b>Useful</b>	<p align="center"><b>(Area 3)</b></p> <p><b>959(1):</b> Possessor is reimbursed if the constructions, works or plantations still exist. The owner chooses to pay either the cost or the increase in value.  <b>[963:</b> Possessor has the right to retain the immovable until reimbursed.]</p> <p><b>960:</b> If the useful disbursements are costly and represent a considerable portion of the value of the immovable, owner may compel the possessor to acquire the immovable, and possessor must pay owner its value.</p>	<p align="center"><b>(Area 4)</b></p> <p><b>959(2):</b> Possessor may be reimbursed on the same conditions, in that case, compensation for the fruits and revenues owed to the owner may be deducted.  <b>959(3):</b> Possessor may also be compelled to remove the constructions, works or plantations and to restore the place to its former condition ; if restoration is impossible, the owner may keep them without compensation or compel the possessor to remove them.</p> <p><b>960:</b> If the useful disbursements are costly and represent a considerable portion of the value of the immovable, owner may compel the possessor to acquire the immovable, and possessor must pay owner its value.</p>
<b>Amenities</b>	<p align="center"><b>(Area 5)</b></p> <p><b>961:</b> Possessor may, as the owner chooses, either remove the constructions, works or plantations he has made, if that can be done advantageously without causing damage to the place, or abandon them.                        If he abandons them, owner must reimburse him for either the cost or the increase in value of the immovable, whichever is less.</p>	<p align="center"><b>(Area 6)</b></p> <p><b>962:</b> Possessor may be compelled to remove the amenities and restore the immovable to its former condition, if such restoration is impossible, owner may keep them without compensation or compel the possessor to remove them.</p>

Beginning with Area 1, it would appear that our theory as to the structure of protection for possessors is represented in at least some of the actual provisions. Article 958 focuses primarily on the object of property and the action taken on it – namely a necessary expenditure – and secondarily on whether the possessor is in good or bad faith. The first paragraph of the provision is straightforward: necessary disbursements, presumably highly desirable, are fully compensated in principle<sup>45</sup>. The second paragraph adds the concept of the bad faith possessor, whose status will not be as well-protected as that of the good faith possessor. The paragraph, while providing compensation, relegates the bad faith possessor to the status of someone who had an implicit contract to manage the resource for the owner: as such, the owner compensates the possessor for the necessary expenses and the costs of producing fruits and revenues, but the possessor must return the actual fruits and revenues to the owner<sup>46</sup>.

Overall, it is clear that the underlying justification of article 958 is the protection of the immovable – that is, the object of property in question – and especially its conservation.

Certainly, the best protected possessor is the good faith possessor who makes necessary disbursements (Area 1), followed by the bad faith possessor who makes necessary disbursements (Area 2). Both are reimbursed whether or not the constructions, works or plantations still exist, both have the right to retain the immovable until reimbursed. The only difference, as we have seen, is that the bad faith possessor may expect a deduction to be made for the fruits and revenues.

Moving to Areas 3 and 4, the resolution of competing interests becomes increasingly more complex in article 959 as the constructions, works or plantations are merely useful. In this case the expenditure on the immovable is no longer objectively necessary, but rather, only objectively

45. The Draft Civil Code had proposed a similar result: article 76 DCC, *a contrario*. See D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 169-170.

46. The provision reads:

**931.** A possessor in good faith need not render account of the fruits and revenues of the property, and he bears the costs he incurred to produce them.

A possessor in bad faith shall, after compensating for the costs, return the fruits and revenues from the time he began to be in bad faith.

**931.** Le possesseur de bonne foi est dispensé de rendre compte des fruits et revenus du bien; il supporte les frais qu'il a engagés pour les produire.

Le possesseur de mauvaise foi doit, après avoir compensé les frais, remettre les fruits et revenus, à compter du jour où sa mauvaise foi a commencé.

As the bad faith possessor understands that he is not the *de jure* owner, this solution is also understandable in terms of assumed risk, and mirrors the analysis of article 931 of the C.C.Q., and respects the intuitive assumption that good faith is rewarded over bad faith, all else being equal.

We do not express any opinions on the timing of compensation or questions of reimbursing cost versus plus-value: see D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 171, notes 619 and 623 and accompanying text; and D.C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 441-442.

valuable. Thus, it stands to reason that the competing factor – that of the quality of the possessor (good or bad faith) – will play a much greater role in determining compensation. Also introduced into the overall mix is the articulation of another type of protection for the possessor, the possibility of removing the works from the immovable as an alternative to compensation.

The position of the good faith possessor expending on useful works (Area 3) is still quite strong. The first paragraph of article 959 requires the owner, at her option, to reimburse the possessor for either the costs of the improvements or the increase in value<sup>47</sup>. Moreover, the good faith possessor also has the right to retain the immovable until reimbursed<sup>48</sup>. Here the focus on the object of property and the notion of good faith work together: the disbursements were relatively valuable in objective terms, the enhanced object still exists to be enjoyed by the owner, and the possessor having acted in good faith. All of this results in a possessor who is deserving of compensation.

In comparative terms, the provision is consistent with the hierarchy above. That is, the necessary disbursements of the bad faith possessor are still protected more fully than the useful disbursements of the good faith possessor: the possessor is better off in Area 2 than he is in Area 3. Paragraph 959(1) allows the owner to choose to reimburse for the plus value to the immovable, all of which might be less than the actual disbursement, whereas in Area 2 the possessor gets back his costs. That the necessary disbursements of the bad faith possessor are slightly better protected is reflected in the capital importance given to objective resource protection and conservation, even over improvements of a relatively objective value. Such a concern with preservation is less important at the level of useful disbursements and amenities, and here the resource focus appears to shift to its ability to be enjoyed in absolute terms and the degree of objectivity that can be attached to the enjoyment of that capital expenditure. So, in both cases of disbursements on useful constructions, in order to be reimbursed, such constructions, works or plantations must still exist such that they can be enjoyed. Indeed, the importance of the expenditure on the object is such that the good faith possessor (and, it appears, the bad faith possessor as well<sup>49</sup>) may be compelled to acquire the immovable if the useful disbursements are too costly and represent a considerable proportion of the value of the immovable.

---

47. Note here how the use of the masculine and feminine pronouns helps to clear up any ambiguity in the English text of the articles: “him” in this article refers, p. different points to both the owner and possessor!

48. Article 960 C.C.Q.

49. Although this provision is less easy to understand or justify, given the dominant reading of article 959: see below at note 57 and accompanying text.

The problems begin in Area 4. The fate of the bad faith possessor spending on useful constructions (Area 4) is somewhat confusing. In this case, it *appears* in paragraph 959(2) that the owner *may* reimburse him, though whether such reimbursement is obligatory and on what terms is unclear. Finally, as per paragraph 959(3), the owner may compel removal of the works and force restoration by the bad faith possessor, but again on what terms is not readily transparent. As such, an elaboration of why the provisions are problematic on their own terms is necessary.

As drafted, paragraphs 959(2) and (3) bear three possible interpretations:

(i) First, the use of the word “may” throughout the article in describing options for the owner implies that she also “may *not*” choose any of those options, thus rendering the provisions in the article completely suppletive. On this reading, no compensation for useful disbursements by the possessor would actually be required at *any* point.

(ii) Second, these two paragraphs of the article may be read as presenting a closed category of options. Thus, the owner «may» choose from among any one of them, but has complete discretion as to which she will choose. Thus she may compensate (but reclaim fruits, as if the possessor had a contract with her<sup>50</sup>), or she may compel removal and restoration. At that point, where such removal and restoration is impossible, she may keep without compensation or simply compel removal. Thus the owner is left holding all the cards, as it were. It is important to note that nothing in this reading compels compensation at any point, as the words “may [...] reimburse” seem to imply<sup>51</sup>.

(iii) Third, the two paragraphs of the article, while they still present options to the owner, might be considered as a series of *ordered* steps, or “hoops” to jump through. One might attempt a strong reading in favour of the possessor, with reimbursement being the default option set out in paragraph 959(2), and the other options set out in paragraph 959(3) becoming necessary only when reimbursement is an insufficient option in the circumstances. A weaker – and more plausible – reading in favour of the possessor, after allowing for the owner to choose to compensate (while effecting compensation for revenues), allows the owner to compel removal and restoration of the works. At that point, where such removal and restoration is impossible, she may keep without compensation or simply compel removal. *However*, if the owner chooses to keep the works *where removal and restoration is possible*, then the owner must compensate.

50. *Supra*, note 47.

51. It might be argued that «may reimburse» only creates an option to reimbursement on “the same terms”, *i.e.* as if the possessor were in good faith, without restricting other norms for reimbursement that might apply to the bad faith scenario. This seems to be of little consequence in our view to wider overall argument, especially in light of Vincelette’s interpretation of paragraph 959(3), which makes paragraph 959(2) suppletive in any event: we thank Peter Repetto for raising this point.

All three options raise problems. It should be noted at the outset that the wording in French presents similar options: *il peut* seems to imply that the owner is not compelled. The question remains: are the options only those in the article, and if so, must they be read in a certain order?

In the case of the first option, this reading of paragraph 959(2) makes much of the rest of the provision redundant. If an owner can simply choose not to reimburse, why bother with the more complex set of provisions outlined in paragraphs 959(3)? Moreover, it is quite possibly unfair, allowing the owner to profit from very useful improvements made to the immovable without compensating the person who undertook them, and without even allowing that person the opportunity to remove them.

The second reading might affect similarly unfair results. Even if the owner is forced to choose from among options presented in either paragraph 959(2) or 959(3), this option might still be seen as being quite unfairly biased in favour of the owner, in the sense that an owner could still profit from and enjoy the benefits of certain kinds of improvements which are not easily removable, or could at least hide behind this façade<sup>52</sup>. Here an owner could use the option of paragraph 959(3) as a means of getting around the goal of compensation for useful expenditures articulated in paragraph 959(2), by keeping the improvements without compensation. At worst, why would any one *ever* compensate under paragraph 959(2) if the option to not compensate under paragraph 959(3) is omnipresent? Lingering doubts remain in defining the notion of impossibility in paragraph 959(3). Is the impossibility purely physical? Might it also be financial? Can the owner still force the possessor to remove if removal and restoration will cost more than the value of the useful improvement? When viewed from any of these perspectives, the option to not compensate is so attractive in cases where the useful disbursements are truly useful, that it, like the first reading, renders paragraph 959(3) redundant. At the very least, the interrelationship of the two paragraphs is unclearly defined.

According to the Minister's Commentaries, it would seem that the second interpretation is the one that was envisaged:

Dans le cas où le possesseur est de mauvaise foi, le code reconnaît au propriétaire la possibilité de retenir ou non les constructions, ouvrages ou plantations faits mais, que ceux-ci lui conviennent ou non, sa discrétion est entière. [...] Il peut également contraindre le possesseur à enlever ces constructions, ouvrages ou plantations et à remettre les lieux dans leur état antérieur<sup>53</sup>.

Here the owner chooses whether or not to keep to the works or constructions, or compel removal, but the question of compensation being

52. F. Frenette had quite wisely seen this possibility in the C.C.L.C.: see F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 20, but attributed it to the price to be paid for respecting property ownership!

53. *Commentaries, supra*, note 26, for article 959.

required where the disbursements are kept remains underdeveloped, although the emphasis on the discretion of the owner seems to imply that compensation is optional. This also seems to be the dominant interpretation in the case law and in the doctrinal writing, where the choice is mentioned without addressing the specific question of the owner keeping where possible. As such, there is some ambiguity on this point<sup>54</sup>.

The third reading – which forces the owner through a series of steps either from compensation to non-compensation or indeed from non-compensation to compensation – may very well be the fairest, forcing the owner to in fact compensate when she has chosen to keep the works which could have been removed without difficulty. Keeping without compensation would then clearly become the last resort for an owner when other options become impossible. The latter approach – what we have called the weak interpretation in favour of the possessor – is in fact that approach favoured by Vincelette, the only current writer who has noted the problem. The trouble, of course, is that this approach does not necessarily follow from the text of the provisions, and perhaps most explicitly contradicts paragraph 959(2). Indeed, this reading requires the most interpretive “spin” on the face of the text of the C.C.Q. As such, one could easily think of an improved drafting of provisions containing a series of steps which ask the owner to choose to either keep the works or have them removed, and then, if the works are kept, to compensate. This option seems to have been the one chosen in the structure of the Draft Civil Code, in which case the text appeared to be more explicit<sup>55</sup>.

Finally, we should note that as per article 960, the owner is always protected against having to reimburse useful disbursements made even by good faith possessors where the value of such expenditures is extremely

---

54. *Beauchamp v. Robichaud*, (1997) JE 97-675 (CS Hull) and *Caisse populaire Notre-Dame de Trois-Rivières v. Mondou*, [1995] A.Q. n° 1953 (CS Trois-Rivières) at paras 16-17. See P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 1, p. 1041; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 2, p. 442; S. NORMAND, *op. cit.*, note 2, p. 89. The import of the decision in *Beauchamp v. Lepage*, [2001] J.Q. n° 2129 (CS Terrebonne), while finding at para. 73 the possessors to be treated as bad faith possessors after moving to resile the contract of sale, seems to imply that the works were integrated into the immovable (at par. 74) and thus compensation was required. This case appears anomalous, and indeed unclear.

55. The specific provision, to repeat, was as follows:

**DCC 80:** The owner is not obliged to keep useful improvements made by a possessor in bad faith; he may compel the possessor to remove them at his own expense and to restore the premises to their original state.

If the owner decides to keep the improvements, he must either repay their cost to the possessor or pay him an amount representing their present value; however, if the improvements cannot easily be removed by the possessor, the owner may retain them without paying him.

high<sup>56</sup>. Thus the owner has the option of being bought out in the situation where the disbursements are costly, obviously in the good faith scenario, where she would otherwise be forced to compensate the possessor for useful disbursements where they still exist, either as actual costs or increased value, without any other options and however one interprets paragraphs 959(2) and (3). This article is clearly a nod to the importance of the resource and the improvements made upon it; the quality of improvements is such that the most important legal relationship around it – ownership – is altered and the object itself might change hands. Note that no such option exists where the expenditures were necessary: these expenditures had to be undertaken, whether by the owner or possessor, to protect the resource and therefore must be compensated whether or not they still exist. This provision further underscores the importance, and in a sense even the priority, of the preservation and improvement of the resource in such circumstances. It also protects secondarily, albeit in a peculiar manner, the overall financial interest of the owner by loosening her attachment to the immovable.

The potential application of article 960 to the bad faith – useful disbursements scenario (Area 4) – creates a further incoherence. Here one could argue that such a possibility simply gives too much power to the owner. We should point out that under the second and third interpretations of paragraphs 959(2) and (3), article 960 is redundant: why would the owner need such a provision when she can simply choose not to reimburse or to compel removal? On any reading of article 959, the owner never needs to compel purchase of the immovable by the possessor in

---

56. The CCLC provision had a similar provision:

**418.** In the case of the third paragraph of the preceding article, if the improvements made by the possessor be so extensive and costly that the owner of the land cannot pay for them, he may, according to the circumstances and to the discretion of the court, compel the possessor to keep the property, and to pay the estimated value of it.

The DCC formulation was as follows:

**83:** If useful improvements made by a possessor in good faith are so extensive and costly that the owner of the land cannot pay the indemnity provided for, the owner may request the court to order the possessor to acquire the land and pay its estimated value.

The court takes all the circumstances into consideration.

**418.** Au cas du troisième alinéa de l'article précédent, si les améliorations faites par le possesseur sont tellement considérables et dispendieuses que le propriétaire du fonds ne puisse les rembourser, il lui est permis, d'après les circonstances, – la discrétion du tribunal, de forcer le tiers – retenir le terrain en en payant la valeur suivant estimation.

**83:** Si les améliorations utiles faites par un possesseur de bonne foi sont tellement considérables et coûteuses que le propriétaire du fonds ne puisse payer l'indemnité prévue, il peut demander au tribunal de condamner le possesseur à acquérir le terrain en en payant la valeur suivant estimation.

Le tribunal tient compte de toutes les circonstances.

a case where the owner does not want to either have the thing removed or it is impossible to remove and therefore no reimbursement is necessary. Of course, on Vincelette's reading, the owner may choose to keep a useful capital expenditure that is removable, but here the owner should indeed compensate and not be able to force the possessor to purchase the whole.

Thus the bad faith possessor's position (Area 4) seems considerably worse than that of his good faith counterpart (Area 3). All of the possible interpretations of paragraphs 959(2) and (3) afford relatively weak protection to the possessor *vis-à-vis* the owner. Only under the *a contrario* reasoning of Vincelette, which contradicts to some extent the choice implied by the preceding paragraph 959(2), does the possessor receive some protection where the owner decides to keep a capital work that otherwise could have been removed. However, this interpretation, while coherent and supported by the structure we propose, is by no means obvious on the face of the text<sup>57</sup>.

Were the provisions to stop here and the disbursements to be divided into only two categories of constructions as was the case before the promulgation of the C.C.Q., it might seem that this interpretation of article 959 would still be relatively unproblematic. Even though the status of the bad faith, usefully disbursing possessor is unclear, it is most definitely the weakest position seen thus far for a possessor *vis-à-vis* an owner. Thus the hierarchy still holds: as expected, good faith is rewarded over bad faith, and disbursements on useful capital expenditures receive less protection than necessary expenditures. However, as seen in Part III, one of the major changes in the codal reform was the formal move from two to three categories of expenditure; thus the situation of the possessor spending on amenities also merits attention, particularly in the larger context of compensation.

The internal problems identified in article 959 are compounded by the relationship between this category of useful disbursements and the new third category of expenditures in the C.C.Q.: amenities. The incoherence resides, as seen in the proposed structure, in the intuitive belief that such highly subjective expenditures ought to be less well-protected than useful expenditures. However defined<sup>58</sup>, amenities appear to be less objectively valuable than useful expenditures. Yet, depending on how the articles on amenities are interpreted (as well as paragraphs 959(2) and

---

57. Indeed, three leading writers do not even note it as an explicit possibility, although as stated above, there is some ambiguity in their enumeration of options: see *supra*, note 55 and accompanying text.

58. See the discussion at notes 22-26 and accompanying text in Part III, above, on the «newness» of amenities and the debate therein.

(3)), the compensation requirements for expenditures on amenities may not in fact arrive at the intuitive result. It is here that the proposed structure departs from the articulation in the C.C.Q.

The provisions for the compensation for amenities are contained in articles 961 and 962. Article 961, which governs in the case of the good faith possessor spending on amenities (Area 5), forces the owner to choose between keeping the constructions, works or plantations (forcing abandonment) or requiring removal (where it can be done advantageously and without causing damage). If the owner chooses to keep the constructions, works or plantations, then she must compensate the possessor for either the actual costs or the plus-value. Article 962 governs the bad faith-amenities scenario (Area 6), and reproduces verbatim the text of paragraph 959(3).

There are problems on the face of article 961. First, as indicated by the italics, there is a formal change in optic or “voice” of the article, from the perspective of the owner to that of the possessor: “A possessor in good faith who has made disbursements for amenities for himself may, *as the owner chooses*, either [...] .” Whereas articles 957 through 960 were all univocally drafted from the perspective of the owner, in article 961 focus shifts to the possessor. This change is at least curious, and only lends wordiness and inelegance to the text. At best, such a drafting change is unnecessary. Second, the change in optic also confuses the issue, as the article appears to focus on the possessor despite giving effective power to the owner. Third, it is unclear to whom the “advantage” must accrue in paragraph 961(1): the possessor or the owner? That the owner chooses probably implies that the advantage accrues to the owner, but a counterclaim might be made that at the very least both the owner’s and the possessor’s interests ought to be considered. The optic change lends some support to this ambiguity.

These last two observations point to a larger problem of coherence in the exegesis of the provision in the larger context of this section of the C.C.Q., as set out in the proposed balanced explanatory structure in Part IV. There is a problem in comparative status of amenities *vis-à-vis* useful expenditures. The hypothesis advanced on two axes above is that the bad-faith possessor expending sums on useful works ought to be accorded a slightly better level of protection (better, but in the same general range) than the good faith possessor expending on amenities, if valuing the resource was deemed to be of some relatively equal importance to the quality of the possessor. Here it is worth repeating the operative structures of each provision for comparison:

Good Faith - Amenities	Bad Faith - Useful Disbursements
<p style="text-align: center;"><b>(Area 5)</b></p> <p><b>961</b> : Possessor may, as the owner chooses, either remove the constructions, works or plantations he has made, if that can be done advantageously without causing damage to the place, or abandon them.</p> <p>If he abandons them, owner must reimburse him for either the cost or the increase in value of the immovable, whichever is less.</p>	<p style="text-align: center;"><b>(Area 4)</b></p> <p><b>959(2)</b>: Possessor may be reimbursed on the same conditions, in that case, compensation for the fruits and revenues owed to the owner may be deducted.</p> <p><b>959(3)</b>: Possessor may also be compelled to remove the constructions, works or plantations and to restore the place to its former condition ; if restoration is impossible, the owner may keep them without compensation or compel the possessor to remove them.</p> <p><b>960</b>: If the useful disbursements are costly and represent a considerable portion of the value of the immovable, owner may compel the possessor to acquire the immovable, and possessor must pay owner its value.</p>

As can be seen from these provisions, the good faith possessor who makes disbursements for amenities is also somewhat under the discretion of the owner. She may compel him to either remove the amenity, if that can be done advantageously and without causing damage to the place. Otherwise, the possessor must abandon them, in which case the owner is bound to reimburse the lesser of the cost or the increase in value. Thus, the good faith possessor always walks away from this situation with something. Either he gets back the actual amenity, or the lesser of the cost or the increase in value to the immovable. As noted above, the interpretive scope of the word “advantageously”, and the drafting of the provision from the perspective of the possessor, lends further weight to this interpretation in favour of the good faith possessor.

The good faith possessor having spent on amenities is potentially in a superior position than the bad faith possessor having made useful improvements: the owner in Area 5 can only keep the constructions where she compensates, whereas the owner in the bad faith-useful scenario (Area 4) appears to have the option under two of the three possible readings of paragraphs 959(2) and (3) – and indeed the dominant reading – to choose not to compensate the possessor at all while still keeping the constructions. Such a result as between paragraphs 959(2) and (3) and article 961 thus seems to ignore the value or quality of the expenditure on the immovable: a good faith possessor is in a better position having spent on an amenity than a bad faith possessor having spent on something objectively useful to the owner.

If the third reading of paragraph 959(3) is advanced, then the bad faith possessor is in a better position. This is an intuitively appealing reading, but it raises the further question of whether there remain any differences between the bad faith-useful and the good faith-amenities scenario. One difference appears to be the case in the bad faith-useful scenario where restoration is impossible: here the owner keeps without compensation whereas the owner never gets to keep without compensation in the good faith-amenities scenario. The only other difference would appear to be that the owner can only force restoration in the good faith-amenities scenario where it can be done “advantageously”, perhaps to the possessor, whereas the owner in the bad faith-useful setting may compel restoration in any scenario except impossibility. That this advantage accrues to the possessor is unclear on the text. In both cases, the possessor does appear to be better off at all times in the good faith-amenities scenario, although the differences between the two scenarios are not completely transparent. In any event, as noted, this third reading is not yet the dominant reading of paragraphs 959(2) and (3).

Notwithstanding the objectively greater value of the disbursement to the immovable (and benefit to the owner), the possessor in Area 4 is much worse off than a good faith possessor spending on amenities (Area 5). Here one would expect that the situation of the possessor in Area 4, taking the nature of the resource into account, would be slightly better than the possessor in Area 5. At the very least, one would hope that their relative situations would be more or less equal: one is in good faith, but the other is disbursing on useful constructions. By so weakening the possessor’s position in Area 4 *vis-à-vis* the owner, the provision on its own terms does not seem to value the resource whatsoever, as one would expect in this overall structure. Unless paragraphs 959(2) and (3) interoperate in some way, the discretion on the part of the owner seems too strongly weighted in her favour. If paragraph 959(3) is truly an option for the owner, there is neither incentive nor compulsion to even consider compensating, as Professor Frenette had pointed out under the C.C.L.C.<sup>59</sup>. And as pointed out above, unless these two provisions interoperate, the forced purchase of article 960 is at best redundant, and at worst represents overkill on the part of the Legislator. It seems clear that at this level, the quality of the possessor is all that is weighted in the analysis under this interpretation.

In sum, the status of the good faith possessor is stronger in cases where he has spent on amenities than that of the bad faith possessor who has made useful improvements, a result which is, if not fully counterintuitive in terms of property-as-object, at least one which might cause a

---

59. F. FRETTE, *loc. cit.*, note 15, p. 20.

serious injustice to a bad faith possessor. In all of these cases, in our view, the role accorded to the modified resource in determining the outcome is at least understated if not completely ignored, with undue weight being placed on the status of good or bad faith. As we shall see, by placing both the property relationship (specifically the status of good and bad faith) and the object or property and its modification (type of expenditure) into clear relief, we can arrive at a reading of the C.C.Q. that better balances the issues at hand.

Article 962, governing bad faith possessors spending on amenities, is also problematic in contextual terms. Recall that article 962 reproduces exactly paragraph 959(3), and thus reproduces at least some of the questions raised for the latter provision. If one reads article 962 as an option for the owner (consistent with paragraph 959(2)), then the possessor is really not in a much better position *vis-à-vis* the owner; while he might be compensated, nothing forces the owner to do more than consider it, leaving the owner with identical options regarding the possessor and the immovable. The fact that the treatment appears to be the same is at least questionable, if not problematic. Surely, economy of drafting would require that redundancies be removed where possible.

More problematic, again focusing on the object of property at hand and the expenditures made to it, if amenities are less objectively valuable than useful expenditures, one would expect that the protection in the former case for a bad faith possessor (Area 6) to be at least slightly weaker than in the case of the latter (Area 4). Holding the bad faith variable constant, a more objectively valuable expenditure ought to be better protected by the law. Yet it seems that in the bad faith scenario, useful expenditures are treated identically to amenities. Only if one were to somehow argue that the owner is prohibited from compensating in Area 6, leaving aside article 962 – and in order to be binding one would have to argue that the prohibition is a matter of public order based on article 962 – could such a position possibly be advanced. Put in terms of the various approaches set out in Part IV, this result contradicts the conclusion in all of the five approaches A-E in which the possessor is least protected in the bad faith-amenities combination.

Vincelette quite consistently interprets article 962 as he does with paragraph 959(3): the owner must compensate where he chooses to keep a work that could have been removed<sup>60</sup>. The reading of article 962 offered by Professor Vincelette, while better for the possessor and consistent with his reading of the similarly-written paragraph 959(3), likewise does not fit the hierarchy as we understand it, in the sense that it may afford too

---

60. D. VINCELETTE, *op. cit.*, note 20, p. 175-176.

much protection for the bad faith possessor spending on amenities. Indeed, such a reading is not much different than the protection afforded to the good faith possessor spending on amenities: as seen in Part II above, the only difference appears to be in the meaning of the word “impossible”. While preferable to the dominant reading, Vincelette’s reading is still problematic at this level as it may very well accord *too much* weight to the quality of the expenditure<sup>61</sup>.

Using the combinations employed in Part IV, the present C.C.Q., in light of the previous analysis, looks like this:

**Most protected**  
 Good Faith Necessary  
 Bad Faith Necessary  
 Good Faith Useful  
 Good Faith Amenity  
 Bad Faith Useful and Amenity  
**Least Protected**

As seen, the status of the good faith possessor disbursing on amenities (Area 5) is superior to bad faith possessors disbursing on useful works (Area 4). And under the C.C.Q., the differences between bad faith possessors expending on either useful expenditures or amenities appears to be the same, given the textual elaboration. Indeed, at the lower levels of the hierarchy, the distinction among kinds of expenditures (useful expenditures and amenities) has either been lost or obliterated. In terms of overall coherence, this approach seems to weigh differently good and bad faith and necessary and useful expenditures at different points in the hierarchy. In our view, at the lower levels of the hierarchy (Areas 4, 5 and 6; or bad faith useful and amenities) this underplays the role of the resource and its value in the property relationship, as well as giving ample opportunity for poor legislative drafting.

Such a result cannot be justified in our view. As was discussed earlier, the deliberate move from two to three categories was meant to inject clarity into the law. It is evident, we believe, from the creation of the third category that not all non-necessary disbursements were to be treated in the same manner. Indeed, the nature of categories as evidenced in the C.C.Q. and the doctrine also indicates that useful disbursements are to be preferred to amenities. Useful disbursements are those which bring an objective plus-value to the immovable, whereas amenities are intended to have subjective value, although they may also increase the value of the

---

61. Ironically, given that the substance of article 961 is not embedded in a larger provision, as is paragraph 959(3) in article 959, Vincelette’s argument is stronger textually for article 961!

immovable. While this distinction may admittedly be problematic in itself, we can nonetheless recognize that once a construction has been classified as useful rather than as amenity, there has already been an assessment as to the objective benefit both to the immovable, and in practical terms, to the owner of the immovable. If we can justify in part the high degree of protection afforded to the bad faith possessor making a disbursement on necessary constructions on the fact that it is presumed to be in the best interest of the owner that the resource is preserved, one can also presume that it is in the interest of the owner that the value of the resource be objectively increased. This is not meant to suggest that necessary and useful disbursements be treated the same, but simply that useful disbursements made by bad faith possessors should be better protected than disbursements made for amenities. While we do not wish to encourage bad faith possession, we also do not want to run the risk of discouraging those who do possess in bad faith from making improvements to the resource. If we do not account for both the resource and the quality of the possession in determining fair and just compensation as between owners and possessors, then the internal cohesion of the provisions disintegrates, and the move from two categories to three loses its importance. Most disappointingly, the laudable goal of clarifying the law is also lost, as it becomes manifestly unclear which principles underlie and can be called upon to govern the interpretation of the provisions.

As can be seen from the preceding discussion, our initial theory about the structure of protection for possessors who make disbursements on an owner's property are frustrated in article 959, and to a lesser extent in article 962. In order to respect the balanced approach to this area of the law proposed in this paper, and to give relatively equal weight to both of the underlying assumptions behind these provisions, the "optional" interpretations of paragraphs 959(2) and (3) – the first *and (dominant) second* interpretations — must both be rejected and replaced by the third interpretation which proposes that the paragraphs of article 959 be read as a series of steps to follow, with reimbursement for the useful disbursements made by a bad faith possessor as the default option. Thus an owner who wishes to keep the useful constructions should compensate; if she does not wish to do so, then she must allow for removal and restoration; and only when that is impossible can there be retention without payment. In the end, the possessor would only be left without compensation where removal and restoration is truly impossible. One can either make the owner face compensation at the outset, or provide it as the default provision at the end of the analysis, as does Vinçette. It is worth reminding that the Draft Civil Code seemed to present a solution similar to ours for the bad faith possessor, asking the owner to choose compensation or removal.

This interpretation of article 959(2) and (3) would go a long way towards restoring the integrity of the balanced approach, the approach that makes the most intuitive sense given the importance of both the object of property and the property relationship. This interpretation would mean that disbursements on useful constructions made in bad faith still receive less protection than those made in good faith (*i.e.* the possessor in Area 4 is worse off than in Area 3). Not only is compensation deducted for the fruits and revenues, but the bad faith possessor also loses the right to retain the immovable until compensated for his disbursements. This is a significant penalty, and is perhaps a sufficient penalty to impose in order to meaningfully differentiate between good and bad faith possessors in this situation. It would also mean that useful constructions made in bad faith would be slightly worse off, though only *slightly*, than those made on amenities in good faith (*i.e.* Area 5 is perhaps now only marginally better for the possessor than Area 4, and at the very least, both provisions certainly offer similar kinds of protection to possessors and owners). Such is the case, because while compensation is required in Area 5 and not Area 4, the owner in Area 4 has to go through more steps to get to the position of not having to compensate, with a higher standard – impossibility versus advantage – to meet in order to not compensate.

The question of overall coherence would then turn to article 962. If Vincelette's reading is correct, it might be the case that the protection afforded to the possessor is actually *too* strong. Perhaps the owner ought to be able to keep without compensating at this point in the structure, or at least should be able to keep much more easily. The amenity does the least amount of good for the resource, and the bad faith possessor has taken the risk in making the expenditure. Here perhaps the optional view towards compensation apparently favoured by the doctrinal writers is indeed appropriate. That is, by leaving article 962 as is (or as it appears to be to the majority), it would mean that the bad faith possessor spending on amenities is less well-protected than his good faith counterpart: in the good faith scenario, the possessor will walk away with something – the work or compensation – while the bad faith possessor risks getting nothing. One might argue that the presence of paragraph 959(2), which raises the possibility of compensation, imposes the *a contrario* reading on paragraph 959(3), and the absence of such a provision on article 962. This reading also coheres better in functional terms with paragraphs 959(2) and (3): the bad faith possessor is better protected spending on useful constructions than on amenities, as in the latter case the owner has complete liberty to choose the remedy for the situation, including the possibility of not compensating, while in the former case not compensating is only possible where all other options are impossible. Most

importantly, the possessor in Area 4 will get compensated where the owner chooses to keep a removable useful work. Thus, on differential readings of article 962 and paragraph 959(3), Area 4 is much better than Area 6 for the possessor.

This is not a perfect result, in that one has to read two identically-worded provisions differently. This defies logic, and at least superficially, common sense. We also would have preferred a stronger solution that saw the bad faith possessor spending on useful constructions being better compensated than the good faith possessor spending on amenities. The weaker solution however, while slightly further from the logical and justificatory structure presented in the paper, has the advantage of not requiring legislative intervention; doctrinal and judicial interpretation will suffice.

Ultimately, of course, a more coherent legislative re-drafting of these articles would be preferable in the long term, both in the interests of clarity and coherence.

## VI. SUGGESTED REFORMS

The conclusion to be drawn from the above analysis is that paragraphs (2) and (3) of article 959 must either be revised or re-interpreted in such a way so as to maintain the coherence of the overall structure of the provisions, and especially if appropriate weight is to be given to the nature of the expenditure of the immovable. While less well-protected than the good faith possessor spending on useful disbursements, the bad faith possessor spending on useful disbursements must at least be relatively equal to the status of the good faith possessor having disbursed on amenities, and definitely superior to the situation of the bad faith possessor having disbursed on amenities.

How can the problem be remedied? As argued above, at the very least paragraphs 959 (2) and (3) have to be read as being linked, ordered steps as opposed to equal options. Thus the owner chooses either to compensate or order removal and restoration. In order to affect this link between the two provisions, compensation has to be a serious option. Hence, the second clause in paragraph 959 (3) must be read *extremely* restrictively. Only in rare situations where removal and restoration is truly impossible will no compensation or simple removal be justified. Here Vincelette's reading of the paragraphs 959(2) and (3), which requires compensation where the owner chooses to keep an otherwise removable useful work is to be preferred to the reading that makes compensation a simple option.

Secondarily, *contra* Vincelette, we would propose that article 962 *not* be read in the same manner as paragraph 959(3), notwithstanding the similar wording. This would clearly make it the weakest position for the possessor in the hierarchy, and clearly differentiate it from the bad faith

possessor spending on useful works, and clearly weaken the position of the possessor vis-à-vis the good faith possessor spending on amenities. We say “secondarily” because the situation of the bad faith possessor in paragraph 959(3) is of greater import, and Vincelette’s reading of articles 959 and 962 — notwithstanding our proposal on article 962 — are more coherent with our structure and more logical in the abstract: if we must read articles 959 and 962 in the same fashion, then they must be read as Vincelette proposes.

This interpretive solution is not ideal, as it does not formally remedy the inconsistencies with the provisions on amenities set out above. Rather ideally, the texts of articles 959 and 962, and perhaps even article 961 should be formally amended to better fit the goals identified by the Legislator and the overall structure that we believe underlies the compensation scheme. An interesting legislative solution would be to let impossibility of removal be determined by the owner in the case of bad faith spending on useful constructions, with compensation for the possessor in that case, and by the possessor in cases of good faith spending on amenities, without compensation. Giving some choice to the possessor in the latter set of circumstances relieves the need to compensate the possessor. In cases of bad faith spending on amenities, the owner would have free reign.

In a strong revision of such provisions, we would suggest something like the following:

**Art. 959.** The owner shall reimburse the useful disbursements made by a possessor in good faith, if the constructions, works or plantations still exist ; he may also, if he chooses, pay him an indemnity equal to the increase in value.

Where the possessor is in bad faith, the owner shall, on the same conditions, reimburse useful disbursements ; he may in that case effect compensation for the fruits and revenues owed to him by the possessor.

The owner may also compel the possessor in bad faith to remove the constructions, works or plantations and to restore the place to its former condition. Only where removal and restoration is impossible, may the owner keep the constructions, works or plantations without compensation to the possessor.

**Art. 959.** Le propriétaire doit rembourser les impenses utiles faites par le possesseur de bonne foi si les constructions, ouvrages ou plantations existent encore ; il peut aussi, à son choix, lui verser une indemnité égale à la plus-value.

Lorsque le possesseur est de mauvaise foi, le propriétaire doit, aux mêmes conditions, rembourser les impenses utiles ; il peut alors opérer la compensation pour les fruits et revenus que le possesseur lui doit.

Le propriétaire peut aussi contraindre le possesseur de mauvaise foi à enlever ces constructions, ouvrages ou plantations et à remettre les lieux dans leur état antérieur. Lorsqu’il est impossible de les enlever et de remettre les lieux dans leur état antérieur, et seulement dans ce cas, le propriétaire peut garder les constructions, ouvrages ou plantations sans indemnité au possesseur.

**Art. 961.** The owner may compel the possessor in good faith to remove amenities and to restore the place to its former condition. Where compelled to remove amenities by the owner, the possessor may abandon the works.

**Art. 961.** Le propriétaire peut contraindre le possesseur de bonne foi à enlever les impenses d'agrément et à remettre les lieux dans leur état antérieur. Dans ce cas, le possesseur peut abandonner les constructions, ouvrages ou plantations.

Article 959 has been re-written to reflect a more coherent set of balances between possessor and type of expenditure. Article 961 has been re-written from the optic of the owner, and simplified. Of course, one could still coherently require the owner in article 961 to compensate when keeping the works: in such a case, one should probably give the choice back to the owner, and the present text of article 961 would suffice.

If such a change is made to article 959, formally or informally, we should also remove the application of article 960 from the situation of the bad faith possessor spending on useful constructions; the owner is never compelled to compensate in this setting, except where she wishes to keep the useful construction that is otherwise removable. Its invocation by the owner would probably indicate bad faith on her part.

Once these changes to article 959 are effected, article 962 can remain as a coherent part of the whole with only the possibility of the *a contrario* reading removed by ignoring or formally removing the words «if such restoration is impossible», affording the least protection to the possessor. A more coherent re-drafting of article 962 could be as follows:

**Art. 962.** The owner may compel the possessor in bad faith to remove the constructions, works or plantations he has made as amenities for himself and to restore the place to its former condition; ... he may also keep them without compensation or compel the possessor to remove them.

**Art. 962.** Le propriétaire peut contraindre le possesseur de mauvaise foi à enlever les constructions, ouvrages ou plantations qu'il a faits pour son agrément et à remettre les lieux dans leur état antérieur; [...] il peut aussi les conserver sans indemnité ou contraindre le possesseur à les enlever.

In this suggested re-drafting, the bad faith possessor spending on amenities is definitely worse off than the bad faith possessor spending on useful works, because compensation is never an option. He is also worse off than the good faith possessor spending on amenities because he has no choice to abandon, but is still protected against having to restore the place to its former condition where this is impossible<sup>62</sup>.

62. Whatever the meaning of "impossible".

In sum, the preceding suggested interpretations – either the modest doctrinal and judicial interpretation proposed for articles 959 and 962 or the more substantive re-writing of articles 959, 961 and 962 – effect a better balance of the two sets of considerations and justifications for protecting possessors, based on the quality of the possessor and the quality of the expenditure. They reflect more closely the underlying idea that objects of property are of underlying importance to the concept of property in the Civil law, and along with property relationships, ought to be valued accordingly.

# LA GENÈSE DE LA DÉLIMITATION DES DOMAINES EN MILIEU HYDRIQUE

*Berthier Beaulieu\**

## 1. HISTORIQUE DE LA PROBLÉMATIQUE

### 2. LA LIGNE DES HAUTES EAUX

#### 2.1 La définition du concept

#### 2.2 La méthodologie

##### 2.2.1 La causerie de M. Paul A. Béique

##### 2.2.2 Les travaux de Marie-Victorin

##### 2.2.3 Les expertises du D<sup>r</sup> André Lafond

##### 2.2.4 La ligne des hautes eaux pour les cours d'eau sujets à marée

## 3. CONCLUSION

\* \* \*

La délimitation des cours d'eau, acte à la fois juridique et technique sur le terrain, a toujours constitué un exercice compliqué et quasiment périlleux. Cela est dû surtout à la nature changeante de cet objet de droit qui prend différents aspects et qui se métamorphose suivant la combinaison d'une multitude de cycles naturels. Il y a bien sûr le cycle des saisons avec ses changements de climat qui modifient les flux des eaux, la croissance de diverses espèces végétales riveraines, ainsi que les transports de sédiments et de glaces érodant les berges. D'autres cycles se produisent de façon plus aléatoire, comme la variation de la pluviosité ou les portions de sol emportées ou délaissées. Pour les cours d'eau sujets à la marée s'ajou-

---

\* Arpenteur-géomètre, *Ph.D.* et professeur titulaire à l'Université Laval. Rédigé avec l'assistance et la collaboration de M. Yaïves Ferland, chercheur à la section de Gestion de l'information et de la connaissance, au Centre de recherche et développement pour la Défense Canada (RDDC Valcartier), et de M. Frédéric Messier, du Laboratoire de législation foncière du Centre de recherche en géomatique de l'Université Laval.

tent quotidiennement, dans l'estuaire du fleuve Saint-Laurent surtout, ces deux phases d'expansion et de contraction des masses d'eau dont l'amplitude varie d'abord en fonction du positionnement relatif du Soleil et de la Lune. Puisque celle-ci se déplace autour de la Terre selon un rythme et une inclinaison variable si différents par rapport au Soleil, la même configuration entre les trois astres ne se reproduit qu'aux dix-neuf (19) ans environ, ce qui s'appelle un *cycle métonien*. Et les changements climatiques globaux auront à l'avenir bien des conséquences imprévisibles sur la pluviosité, l'érosion ainsi que la température, la salinité, le volume, le flux et le niveau des eaux. Ces mouvements continuels dans le temps et l'espace du niveau des lacs, rivières et fleuve font en sorte qu'il est difficile *a priori* d'en fixer l'étendue du lit et, par conséquent, la position des berges lorsqu'il s'agit de délimiter les propriétés privées riveraines.

Le mot *domaines*, écrit au pluriel dans le présent titre, englobe à la fois le **domaine privé** des particuliers qui correspond ici spécifiquement aux terres ayant fait l'objet d'une concession ou encore au domaine aliéné de la Couronne<sup>1</sup>, et à l'opposé du **domaine public**<sup>2</sup> qui correspond aux biens immobiliers qui appartiennent à l'État. En milieu hydrique, c'est généralement la *ligne des hautes eaux* qui divise ces deux domaines. Par définition, il s'agit d'une ligne se situant à la limite du plan d'eau lorsqu'il coule à pleins bords, tout juste avant qu'il commence à déborder ou à inonder les terrains au-delà de la rive<sup>3</sup>. Elle marque donc, au sens juridique du terme, la limite entre le lit d'un cours d'eau et la berge, c'est-à-dire le point proéminent du flanc de sa rive. Énoncer ce principe est une chose; savoir reconnaître cette limite et la localiser concrètement sur le terrain en est une tout autre. Ainsi, nous visons ici à répertorier les principaux indices qui permettent de la repérer et de l'identifier techniquement et, incidemment, à établir des méthodes scientifiques d'observation efficaces pour mener à terme une telle expertise foncière de délimitation.

Afin d'exprimer tous les sens et emplois de la notion cardinale de *ligne des hautes eaux* par rapport à d'autres lignes analogues invoquées pour délimiter d'autres particularités du milieu hydrique, il faut en reconnaître l'élaboration depuis sa genèse. Cette approche de mise en contexte historique et fonctionnelle de sa définition permet de vérifier la stabilité de sa signification autant dans le temps que dans l'espace, à la fois dans ses dimensions technique et juridique. Sur le plan méthodologique, cela requiert l'analyse des modes d'observation autant que celle des résultats de

- 
1. Guy LORD (sous la direction de) et autres, *Le droit québécois de l'eau*, Québec/Montréal, Gouvernement du Québec, Ministère des Richesses naturelles/Université de Montréal, Centre de recherche en droit public, 1977, vol. 1, p. 249.
  2. *Id.*, p. 220.
  3. Jean BOUFFARD, *Traité du domaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1977 (reproduction de l'édition originale de 1921), p. 53.

mesure eux-mêmes. Ainsi, nos références bibliographiques de base proviennent surtout d'auteurs expérimentés qui ont traité du sujet à partir d'observations directes sur le terrain. Notre exposé s'inscrit dans une perspective positiviste appuyant la pratique de l'expert afin de pouvoir formuler une opinion juridique scientifiquement soutenue et adaptée conformément aux circonstances concrètes de l'application des droits sujets à une telle délimitation<sup>4</sup>. Par contre, l'examen du contenu de nos références documentaires empruntera aux théories structuralistes ou même phénoménologiques afin de dégager quelques isomorphismes significatifs entre les définitions théoriques et les observations sur le terrain, c'est-à-dire sur divers rivages.

Le présent exercice de schématisation et de systématisation de la délimitation du domaine hydrique repose sur près de vingt ans d'observations personnelles ou sur celles que nos étudiants et étudiantes ont effectuées en bordure de différents types de cours d'eau. Certaines ont fait l'objet de commentaires lors de leçons de formation continue, surtout aux arpenteurs-géomètres, d'autres ont constitué la matière de cours et de travaux de fin de session au baccalauréat ou de mémoires à la maîtrise, ou encore ont été colligées en détail dans des rapports d'expertise juridique, faits sur des rives réparties dans nombre de régions du Québec. Le comportement de dizaines de plans d'eau et cours d'eau a été observé régulièrement durant plusieurs saisons consécutives, voire des années. En plusieurs circonstances, elles ont exigé des mesurages de haute précision requérant l'utilisation de techniques et technologies modernes propres à la géodésie, afin de pourvoir à la confection de représentations cartographiques très détaillées et très « pointilleuses » de la situation des lieux, pour supporter des actes juridiques d'arpentage.

Par ailleurs, le présent format ne permettra pas de couvrir tout ce sujet de la délimitation des domaines en bordure des cours d'eau. Certaines situations particulières seront volontairement passées sous silence afin de garder le cap sur l'idée directrice. Néanmoins, cette réflexion sur une doctrine et une pratique particulières devrait fournir un guide de référence suffisamment développé pour répondre à la majorité des questions pouvant éventuellement surgir lors de la délimitation des domaines en milieu hydrique.

## 1. HISTORIQUE DE LA PROBLÉMATIQUE

La délimitation des domaines en milieu hydrique revêt une grande importance en raison des enjeux économiques, écologiques, sociologiques et légaux qui sont en cause. En Amérique du Nord, les fleuves, lacs et

4. Berthier BEAULIEU, Yaïves FERLAND et Francis ROY, *L'arpenteur-géomètre et les pouvoirs municipaux en aménagement du territoire et en urbanisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 351.

rivières ont d'abord été empruntés comme voies de pénétration du continent et ont ensuite servi de grands chemins pour le transport des biens et des personnes. Tout le développement de la Nouvelle-France s'est effectué à partir de ces voies d'eau, autant pour l'exploration, la traite des fourrures ou la colonisation du territoire.

L'examen de la carte des concessions seigneuriales révèle qu'elles ont toutes été limitrophes, sans exception, à un cours d'eau ou à un plan d'eau. De plus, le morcellement foncier de chacune d'elles a été structuré en fonction de l'orientation de l'axe d'écoulement du cours d'eau qui la bordait, les lignes de rangs étant plus ou moins parallèles à cet axe et les lignes latérales y étant perpendiculaires<sup>5</sup>.

Depuis la prise de possession de la Nouvelle-France, la Couronne est propriétaire en titre de tous les lits des cours d'eau situés sur son territoire<sup>6</sup>. Il faut distinguer entre la propriété du lit et celle de l'eau<sup>7</sup> : le lit d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau correspond à son fond matériel, qui est susceptible d'appropriation, alors que l'eau elle-même ne l'est généralement pas<sup>8</sup>. C'est ainsi que l'inondation d'un terrain d'autrui à la suite de la construction d'un barrage ne permettra pas au propriétaire de cet ouvrage d'invoquer les effets de la prescription acquisitive pour revendiquer le terrain inondé. À moins de l'acheter, il ne pourra régulariser sa situation autrement que par l'obtention d'une servitude ou d'un droit d'inondation. En cas de destruction de l'ouvrage, le propriétaire du terrain inondé pourra reprendre intégralement<sup>9</sup> possession de son bien immeuble, puisqu'il n'a jamais perdu son droit dessus.

En principe, les lits des cours d'eau appartiennent donc à l'État. Alors, la propriété privée du lit d'un cours d'eau ne se prouvera uniquement que par un acte de concession. Sous le régime français, la concession d'une seigneurie entraînait automatiquement la concession en propriété privée du lit des cours d'eau non navigables<sup>10</sup> qui se trouvaient sur le territoire concédé et arpenté. Il en est de même pour le lit des cours d'eau non navigables bordant ou traversant les terres concédées dans les *townships* (cantons) jusqu'en 1884.

Par ailleurs, les cours d'eau et plans d'eau navigables et flottables et leurs rives sont toujours demeurés la propriété de l'État, sauf si une

- 
5. Louis-Edmond HAMELIN, *Le rang d'habitat: Le réel et l'imaginaire*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH, (Cahiers du Québec, collection Géographie; 107), 1993, p. 52.
  6. Pierre LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 32.
  7. *Id.*, p. 309; *Morin c. Morin*, C.S. Québec, n° 200-05-002037-930, 10 mai 1995, j. St-Julien, J.E. 95-1148.
  8. *Code civil du Québec*, art. 913, al. 2.
  9. G. LORD et autres, *op. cit.*, note 1, vol. 1, p. 189.
  10. *Id.*, p. 255.

portion a fait l'objet d'une concession expresse. Depuis 1884, à moins que le titre de concession en ait disposé autrement, l'État a conservé dans le domaine public tous les lits et rives des cours d'eau bordant ou traversant les terres concédées, qu'ils soient navigables ou non. Au surplus, à partir de 1919, la concession par la Couronne d'un domaine bordé ou traversé par un cours d'eau non navigable entraînait automatiquement l'établissement d'une « réserve de trois chaînes en pleine propriété » (198 pieds ou 60,35 mètres) en faveur de l'État sur le terrain le long de chaque rive, et ce, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> juin 1984<sup>11</sup>. La réserve des trois chaînes a par la suite été appliquée aux terres concédées bordant ou comprenant des cours d'eau navigables. En 1987, le législateur a aboli pour l'avenir le principe de la réserve des trois chaînes et, en même temps, a procédé à la dévolution du tréfonds de la réserve au domaine privé<sup>12</sup>, soit les propriétaires riverains qui, dans la plupart des cas, l'utilisaient pour jouir de l'accès au cours ou au plan d'eau<sup>13</sup>.

Par ailleurs, le fait que le lit d'un cours d'eau soit toujours demeuré dans le domaine de l'État n'implique pas nécessairement qu'il n'a pas pu faire l'objet d'une appropriation privée. Outre les cas de concession expresse, une loi de 1856 sous le Parlement du Canada-Uni a permis ensuite pendant près d'un siècle l'appropriation par occupation du lit du cours d'eau à des fins industrielles<sup>14</sup>. Ce fut la grande épopée du harnachement des rivières en cherchant à tirer profit de leur force motrice pour actionner des machines et des moulins, transporter le bois<sup>15</sup> ou produire de l'hydro-électricité<sup>16</sup>. Malgré une telle occupation du lit, l'eau courante ne pouvait être appropriée et le *Code civil du Bas Canada* obligeait l'utilisateur à la rendre à son cours ordinaire (son lit), ce à quoi le Code actuel ajoute: sans modification importante de sa qualité ni de sa quantité<sup>17</sup>.

11. P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 6, p. 273.

12. *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine public*, L.Q. 1987, c. 76, art. 5.

13. P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 6, p. 282.

14. *Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau*, S.C. 1856 (19-20 Vict.), c. 104, art. 1.

15. *Act to authorize the formation of Joint Stock Companies to construct works necessary to facilitate the transmission of Timber down the Rivers and Streams in Upper Canada*, S.C. 1852-1853 (16 Vict.), c. 191, art. 1; *An Act to amend the Joint Stock Company Rivers Improvement Act, and to extend it to Lower Canada*, S.C. 1855 (18 Vict.), c. 84, art. 1; ces lois sont citées dans: Lorne GIROUX, Marie DUCHAÎNE, Gilbert-M. NOREAU et Johanne VÉZINA, « Le régime juridique applicable aux ouvrages de retenue des eaux au Québec », (1997) 38 *C. de D.* 3-70.

16. La construction des barrages aux fins de production d'énergie hydro-électrique a été soumise à différentes lois. Mentionnons parmi celles-ci : *Loi modifiant les Statuts refondus, 1909, concernant le département des Terres et Forêts et les matières qui en relèvent*, S.Q. 1916 (6 Geo. V), c. 2, art. 1; *Loi relative à l'exploitation des chutes et des rapides situés sur les cours d'eau du domaine public et à leur concession à l'avenir*, S.Q. 1935 (25-26 Geo. V), c. 23, art. 1; *Loi établissant et assurant la concurrence de l'État relativement aux ressources hydro-électriques*, S.Q. 1937 (1 Geo. VI), c. 24; *Loi relative à l'exploitation des pouvoirs d'eau du domaine public*, S.Q. 1940 (4 Geo. VI), c. 22.

17. *Code civil du Bas Canada*, 1866, art. 503, al. 2; *Code civil du Québec*, art. 981, al. 1.

À cette époque, l'exploitation de la force motrice des cours d'eau ne constituait pas une idée novatrice en soi. Des cours d'eau ont, en effet, été harnachés dès le début de la colonie pour faire fonctionner des moulins banaux dans les seigneuries. Toutefois, le gigantisme des installations industrielles de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a entraîné des transformations importantes au lit des lacs et rivières du Québec, ce qui a eu, dans certains cas, une incidence significative sur leur débit, et par ricochet sur leurs limites. Ainsi, le harnachement des rivières s'est étendu sur une grande partie du bassin versant du fleuve Saint-Laurent et de son estuaire. Ces milliers d'ouvrages ont affecté particulièrement les régions de Québec, de l'Estrie, de l'Outaouais, de la Mauricie, du Saguenay–Lac-Saint-Jean, des Laurentides, de Lanaudière et du Bas-Saint-Laurent. Durant cette période, des enjeux importants ont suscité plusieurs débats judiciaires au cours desquels les tribunaux ont traité de la navigabilité ou encore de la *ligne des hautes eaux*, et ce, pour plusieurs rivières du Québec. Par exemple, la question de la navigabilité fut discutée dans les causes : *Bell c. City of Quebec*<sup>18</sup> (l'embouchure de la rivière Saint-Charles), *Boswell c. Denis*<sup>19</sup> (la rivière Jacques-Cartier), *The Canadian Electric c. Tanguay*<sup>20</sup> (la Chaudière) et *Thompson c. Hardman*<sup>21</sup> (la rivière des Outaouais devant Hull). Par ailleurs, la notion même de *ligne des hautes eaux* fut commentée dans les causes : *Morin c. Lefebvre*<sup>22</sup> (sa définition), *Girard c. Price Brothers Co.*<sup>23</sup> (les hautes eaux avant débordement), *L'Œuvre et Fabrique de la Paroisse de Saint-Bonaventure c. Leblanc*<sup>24</sup> (les hautes marées de mars) et *St. Francis Hydro-Electric v. The King*<sup>25</sup> (sa reconnaissance d'après l'ancien droit coutumier français).

Parmi les principaux éléments contenus dans la Loi de 1856 qui autorisaient l'exploitation des cours d'eau, son préambule indiquait clairement qu'elle visait à favoriser l'industrialisation du pays. L'article 1, dont le législateur s'est inspiré presque intégralement pour rédiger l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*<sup>26</sup> en sa première version de 1918, ne laisse aucun doute sur ses effets :

Tout propriétaire est autorisé à utiliser, exploiter tout cours d'eau qui borde, longe, ou traverse sa propriété en y construisant et établissant des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, et pour cette fin, y faire et pratiquer toutes les

18. *Bell c. City of Quebec*, (1879-80) 5 A.C. 84.

19. *Boswell c. Denis*, (1860) 10 L.C.R. 294.

20. *The Canadian Electric c. Tanguay*, (1908) 40 R.C.S. 1.

21. *Thompson c. Hardman*, (1893) 4 C.S. 219.

22. *Morin c. Lefebvre*, [1892] 2 R.J.R.Q. 57 (B.R.).

23. *Girard c. Price Brothers Co.*, (1929) 47 B.R. 68.

24. *L'Œuvre et Fabrique de la Paroisse de Saint-Bonaventure c. Leblanc*, (1918) 27 B.R. 490.

25. *St. Francis Hydro-Electric v. The King*, (1939) 66 B.R. 374-384 (*Conseil privé*).

26. *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q. c. R-13, art. 5.

opérations nécessaires à son[leur] fonctionnement tels que écluses, canaux, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables<sup>27</sup>.

Cette loi prévoyait aussi, aux articles 2 à 4, l'indemnisation « des personnes pouvant subir un dommage en raison de l'exercice de ces droits et en établissait en cas de droits concurrents, une préférence en faveur des travaux exécutés les premiers<sup>28</sup> ». De plus, elle s'appliquait indistinctement aux cours d'eau navigables et non navigables.

Au fil des ans, le lit et la berge de bien des cours d'eau ont donc fait l'objet de travaux dont nombre ne sont pas nécessairement documentés<sup>29</sup>. Effectués sur le domaine de l'État, ces ouvrages portent peu à conséquence puisque leur désaffectation entraîne la caducité de tout droit possible d'appropriation privée. Comme les fonds sur lesquels ces ouvrages furent construits n'ont jamais été aliénés, ils demeurent la propriété de l'État.

Outre ces ouvrages à caractère industriel, il en existe d'autres qui ont affecté considérablement le lit et les berges des cours d'eau et plans d'eau. Il y a eu notamment les prises d'eau potable privées ou publiques<sup>30</sup>, les ouvrages pour réguler ou contrôler les glaces et les crues par épierrage ou endiguement, les plans d'eau formés par barrage, dont certains à des fins récréatives<sup>31</sup>, etc. Il ne faudrait pas oublier les effets de l'érosion due à la déforestation riveraine pour permettre l'agriculture, en partie remplacée récemment par l'agriculture industrielle qui a engendré de graves transformations comme la rectification du lit des cours d'eau et le drainage souterrain. L'étalement des villes et les établissements de villégiature, avec des berges murées et pavées ou gazonnées, ont engendré aussi des effets importants sur le débit des cours d'eau limitrophes.

Ainsi, ce qu'on pourrait appeler cette « colonisation » du lit des voies d'eau, de leurs berges et de leurs bassins versants, ayant eu lieu durant la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et les deux premiers tiers du XX<sup>e</sup>, a affecté considérablement le caractère naturel des rives, et ce, non seulement en milieu agricole ou urbain. Les barrages ou digues, souvent réalisés à la tête des cours d'eau pour en régulariser les débits, ont eu pour conséquences d'agrandir les plans d'eau en amont, ou même d'en créer de nouveaux.

27. *Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau*, précité, note 14, art. 1 ; cet article a connu une longévité surprenante, voir : *Loi du régime des eaux*, S.R.Q. 1964, c. 84, art. 5, qui se lit comme suit : « Tout propriétaire est autorisé à utiliser et exploiter les cours d'eau qui bordent, longent ou traversent sa propriété, à y construire et établir des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, et ce pour toute fin, faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonctionnement, tels que canaux, écluses, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables ».

28. G. LORD et autres, *op. cit.*, note 1, p. 184.

29. Ce n'est qu'à partir de 1918 que la loi a imposé, comme condition de l'exercice du droit de construire, que l'ouvrage ait été érigé et maintenu en conformité avec les plans et devis approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil.

30. L. GIROUX et autres, *loc. cit.*, note 15, p. 43.

31. *Idem*.

Les exemples sont nombreux : le lac Saint-Jean lui-même, les réservoirs de la Haute-Mauricie (Gouin, Taureau), ceux situés sur les tributaires de la rivière des Outaouais (Cabonga, Baskatong, etc.), les lacs Saint-François et Aylmer à la source de la rivière Saint-François, et la Manicouagan. Le tableau 1 indique le nombre d'ouvrages de retenue répertoriés par région administrative selon le ministère de l'Environnement du Québec<sup>32</sup>.

**TABLEAU 1**  
**LE NOMBRE D'OUVRAGES DE CONTRÔLE PAR RÉGION ADMINISTRATIVE DU QUÉBEC**

01	Bas-Saint-Laurent	213
02	Saguenay-Lac-Saint-Jean	361
03	Capitale-Nationale	755
04	Mauricie	467
05	Estrie	418
06	Montréal	5
07	Outaouais	237
08	Abitibi-Témiscamingue	142
09	Côte-Nord	200
10	Nord-du-Québec	315
11	Gaspésie- Îles-de-la-Madeleine	71
12	Chaudière-Appalaches	371
13	Laval	1
14	Lanaudière	640
15	Laurentides	668
16	Montréal	379
17	Centre-du-Québec	84
	<b>Total</b>	<b>5327</b>

La régularisation des débits provoque non seulement une modification des rives en amont, mais aussi en aval, réduisant ainsi les crues maximales et les phénomènes d'érosion. Les débits ont pu même avoir été

32. CENTRE D'EXPERTISE HYDRIQUE DU QUÉBEC, *Répertoire des barrages*, Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs ; voir : [www.cehq.gouv.qc.ca/barrages/](http://www.cehq.gouv.qc.ca/barrages/).

modifiés de façon permanente lorsque les ouvrages visaient le détournement des eaux d'un bassin versant à un autre.

Tout emmagasinement ou détournement des eaux, ainsi que toute régularisation des débits entraîne nécessairement la modification des aires de végétation en bordure des rives, de sorte que même les plus naturelles en apparence sont susceptibles d'avoir subi des perturbations importantes. Donnons à titre d'exemple la reconstitution de la rive du lac Témiscouata à la suite de son exhaussement de cinq pieds en 1930. La photographie 1, qui fut prise le 5 octobre 2005 à proximité de la plage municipale de Notre-Dame-du-Lac, illustre la reconstitution d'une *ligne des hautes eaux* après soixante-et-quinze ans d'inondation continue. L'état des lieux présente pourtant tous les caractères d'une rive naturelle.



Reconstitution naturelle de la *ligne des hautes eaux* du lac Témiscouata près de la plage municipale de Notre-Dame-du-Lac.

Ainsi, la régulation du régime hydrique des voies d'eau a contribué à susciter un faux sentiment de sécurité physique et foncière le long des rives, ce qui a par la suite incité les riverains à ériger de nombreux ouvrages sur les berges ou même à remblayer dans le lit des cours et plans d'eau. Ces ouvrages ont à leur tour contribué à en rétrécir la largeur, augmentant par voie de conséquence, d'une manière artificielle, les risques d'inondation.

La problématique reliée aux effets des ouvrages de retenue a été bien mise en évidence lors du déluge du Saguenay, où des barrages sont venus à un cheveu de céder ou que de longs segments de rives modifiées par l'homme ont été lessivés et emportés. Il ne s'agit pas là d'un cas d'exception, mais d'une situation généralisée à la plupart des rives des cours d'eau du bassin du Saint-Laurent. La principale conclusion à en tirer est que les rives de nos cours et plans d'eau sont artificialisées, autant en raison de la présence de multiples ouvrages de contrôle des débits que de travaux visant spécifiquement leur modification. Comme les causes de ces modifications sont multiples, réparties sur de longues périodes et dispersées dans toutes les ramifications d'un bassin versant, il devient tout à fait impossible de distinguer si un changement est naturel ou s'il résulte d'une intervention humaine.

Ce commentaire sur l'artificialisation des rives des cours et plans d'eau n'est pas qu'un simple exercice théorique, car ce caractère artificiel résulte de la colonisation, de l'industrialisation et de l'urbanisation du territoire. Sur le plan pratique, sauf circonstances exceptionnelles (telles qu'un empiètement illégal dans le lit d'un cours d'eau), il faut considérer généralement les problèmes de délimitation en tenant compte de toutes les modifications aux rives comme étant des phénomènes naturels lorsque l'état des lieux correspond à une situation permanente ou quasiment permanente<sup>33</sup>. En d'autres mots, cela revient à appliquer la théorie de l'alluvion « successive » et « imperceptible » énoncée aux articles 965 et 966 du *Code civil du Québec*<sup>34</sup>. Vouloir procéder autrement nécessiterait la reconstitution historique du régime hydrique du cours ou du plan d'eau; dans la majorité des cas, cela s'avérerait pratiquement impossible en raison du manque d'information sur l'état antérieur de ses rives et des droits délimités s'y étant appliqués. Au surplus, il serait utopique d'imaginer un retour aux conditions antérieures, car peu importe les modifications passées, la nature se réadapte toujours rapidement (en quelques décennies) à une nouvelle situation particulière. Toute modification à une rive aura tôt fait de laisser sa marque sur le terrain en reconstituant naturellement une nouvelle *ligne des hautes eaux* conforme à la nouvelle situation réelle. Les seules exceptions notoires concernent les cas où l'état ancien du lit est bien documenté et fait référence à un titre particulier ou à un acte relatant des démembrements de droits de propriété localisés par rapport à l'ancienne rive, ou encore, lorsque des travaux d'exhaussement du plan d'eau sont le résultat d'un acte de servitude.

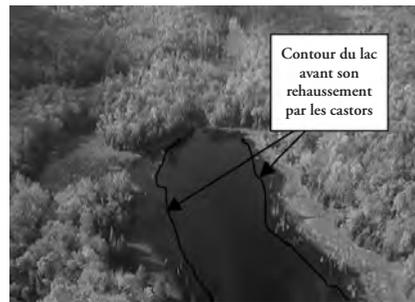
33. Dans plusieurs cas, il est impossible de reconstituer le régime juridique en vertu duquel l'ouvrage a été érigé, ni même d'en retracer le propriétaire; voir: L. GIROUX et autres, *loc. cit.*, note 15, p. 43.

34. *Code civil du Québec*, art. 965, al. 2, art. 966, al. 1; *a contrario* art. 967; sur les îles: art. 968 à 970; droit reconduit quasiment directement depuis le *Code civil du Bas Canada*, art. 420 à 425.

Enfin, il est opportun de signaler que la rive de certains cours d'eau peut être affectée par des barrages érigés par des castors. Il s'agit d'une circonstance encore bien réelle, comme le montrent deux photographies d'un petit ruisseau d'environ cinq kilomètres de longueur s'étirant entre les rangs IX et X du canton de Litchfield. Sur ce cours d'eau, on compte en moyenne un barrage imposant érigé par ces animaux indigènes à chaque kilomètre. La première photographie illustre le barrage le plus volumineux alors que la deuxième, prise en hélicoptère le 4 novembre 2004, montre une trame de bois séché au bord du lac de tête de ce ruisseau. Cette trame boisée indique la surface inondée en bordure du lac et par conséquent le déplacement de la *ligne des hautes eaux* qui en a résulté.



Photographie 2



Photographie 3

En raison du retour en force du castor dans plusieurs régions du Québec, la question n'est pas dénuée d'intérêt. Doit-on considérer les aménagements des castors comme des phénomènes naturels ou essayer d'en isoler les effets? Le débat est amorcé et, à notre avis, la question de la détermination de la *ligne des hautes eaux* demeure ouverte dans ces circonstances. En effet, depuis les années 1970, à la faveur d'une prise de conscience environnementaliste, est né un mouvement visant à faire respecter davantage le caractère naturel des cours et plans d'eau, de leurs berges et des marécages. Il en a résulté l'adoption de lois, de règlements et de politiques devant permettre d'assurer la pérennité des rives. Parmi les manifestations les plus tangibles de ce changement, il y a eu la signature de la *Convention Canada-Québec*<sup>35</sup> visant à cartographier les plaines d'inondation, ainsi que l'adoption d'une *Politique de protection des rives*,

35. *Convention visant la cartographie des plaines d'inondation en vue d'une réduction des dommages*, document 1, signée le 4 octobre 1976 par les ministres François Cloutier et Jean Cournoyer à titre de représentants du Québec et par les ministres Roméo Leblanc, Barney Danson et Marcel Lessard à titre de représentants du Canada.

*du littoral et des plaines inondables*<sup>36</sup> et son intégration obligatoire dans la réglementation municipale d'urbanisme<sup>37</sup>. À cela s'ajoutent les dispositions du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*<sup>38</sup> qui assujettissent la plupart des ouvrages en bordure des cours et plans d'eau à une procédure d'évaluation et d'examen de leurs impacts sur l'environnement.

Ces diverses dispositions ont introduit des mesures pour protéger non seulement le lit des voies d'eau, mais aussi leurs rives en allant jusqu'aux limites des zones inondables; leur sévérité s'intensifie depuis les limites externes de la zone inondable jusqu'au lit. Ainsi, dans une même plaine d'inondation, les mesures de protection varient en fonction de zones bien identifiées selon des récurrences d'inondation aux 2 ans, 20 ans ou 100 ans.

Comme on le remarque, puisque ces mesures de protection affectent les terrains lorsque le cours d'eau se trouve dans un état de débordement qui les inonde, elles s'appliquent tout autant dans son lit que sur ses rives, indépendamment de tout système de tenure des terres et n'importe où, que les terrains appartiennent au domaine privé ou public. En fait, les normes de protection des rives des cours d'eau visent principalement à en contrôler les usages, ce qu'on peut associer à une forme de zonage qui affecte avant tout l'exercice du droit de propriété, l'*usus*<sup>39</sup>, et non son caractère substantiel<sup>40</sup>. Ces limitations n'ont donc pas de lien direct avec le présent exposé, mais il était quand même utile d'y faire référence afin de mettre en perspective toute la problématique de la délimitation du milieu hydrique entre les domaines privé et public, et d'en faire ressortir toute la relativité du processus. Le bord d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau, c'est un lieu d'équilibre entre le milieu terrestre et le milieu aquatique qui sont susceptibles de se modifier tout naturellement, mais où s'ajoutent les nombreuses interventions humaines qui engendrent des transformations encore plus importantes et subites des lieux et des droits qui s'y appliquent. Alors toute démarche sérieuse pour convenir d'une délimitation des domaines public et privé en milieu hydrique doit nécessairement s'articuler autour du concept de *ligne des hautes eaux*.

36. Décret 1980-87, 22 décembre 1987, *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, (1988) 120 G.O. II 365.

37. Voir le troisième alinéa du préambule du *Décret concernant la Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, R.R.Q., c. Q-2, r. 17.2; B. BEAULIEU et autres, *op. cit.*, note 4, p. 271.

38. *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.R.Q., c. Q-2, r. 9.

39. B. BEAULIEU et autres, *op. cit.*, note 4, p. 118.

40. *Idem*.

## 2. LA LIGNE DES HAUTES EAUX

Le premier alinéa de l'article 919 du *Code civil du Québec* établit que «le lit des lacs et des cours d'eau navigables et flottables est, jusqu'à la ligne des hautes eaux, la propriété de l'État<sup>41</sup>». Le nouveau Code reprend l'essentiel de l'ancien article 400 du *Code civil du Bas Canada*<sup>42</sup>. Quelle est la nature de cette *ligne des hautes eaux*? Comment définit-on ce concept juridique de façon à ce qu'il soit techniquement applicable?

### 2.1 La définition du concept

D'abord, que doit-on entendre par le lit d'un cours d'eau? Selon son sens courant, il s'agit d'un creux naturel du sol dans lequel coule un cours d'eau qui l'a peut-être lui-même creusé, car à cette idée d'enfoncement s'ajoute que ce creux doit être l'œuvre de la nature. En vertu de l'article 919, le lit, c'est-à-dire la partie basse d'un cours d'eau coulant entre deux rives ou berges, est délimité par une ligne qui s'appelle la *ligne des hautes eaux*. En ce sens, le *Code civil du Québec* reconduit une règle de l'ancien droit coutumier français qui a été reconnue par nos tribunaux avant même la mise en vigueur du *Code civil du Bas Canada* en 1866<sup>43</sup>. Sur le plan juridique du moins, il y a là une grande stabilité du concept.

M<sup>c</sup> Jean Bouffard, en s'inspirant de la doctrine française, a ajouté qu'il s'agit de la «ligne des plus hautes eaux, sans débordement ni inondation<sup>44</sup>». À cet effet, il rapporte un jugement cité par Daviel qui décrit en quoi cela consiste: la limite de l'espace couvert et découvert alternativement, «suivant la crue ou l'abaissement des eaux, sauf toutefois les cas de débordement<sup>45</sup>». Le lit d'un cours d'eau, c'est aussi «toute la partie du sol sur lequel se répand son cours lorsque le fleuve coule à pleins bords, c'est-à-dire lorsque les eaux s'élèvent en un point au-dessus duquel elles ne peuvent monter sans commencer à déborder<sup>46</sup>». Toujours selon la même citation, il s'agit d'une ligne de démarcation qui est généralement facile à reconnaître sur le terrain parce qu'il en subsiste des marques, sauf lorsqu'elles ont été altérées par des travaux ou encore que la configuration des lieux ne permet pas au cours d'eau de laisser une marque apparente. Ce sera le cas lorsqu'il est bordé par une falaise ou un cap rocheux par exemple. La reconnaissance de la *ligne des hautes eaux* ne constitue donc pas un exercice théorique, mais implique la recherche de marques physiques sur le terrain, c'est-à-dire des signes tangibles et visibles, au surplus constituées

41. *Code civil du Québec*, art. 919, al. 1.

42. *Code civil du Bas Canada*, art. 400.

43. G. LORD, *op. cit.*, note 1, p. 241, cite à cet effet la cause *Morin c. Lefebvre*, précité, note 22.

44. J. BOUFFARD, *op. cit.*, note 3, p. 53.

45. *Id.*, p. 54.

46. *Id.*

naturellement, indiquant les limites du lit de tout cours d'eau ou plan d'eau. Cette conception de la *ligne des hautes eaux* nous servira de guide de référence ou encore de cadre théorique pour les prochaines sections.

## 2.2 La méthodologie

La pertinence de la proposition sera examinée à partir de la description qu'en ont faite trois auteurs ayant contribué à l'enrichissement du concept de la *ligne des hautes eaux*. Sans exception, leur contribution revêt un caractère pratique lié à leur expérience du terrain. La parole est donc aux gens de terrain qui ont apporté une contribution originale et tangible à la compréhension des phénomènes physiques par lesquels la nature trace la *ligne des hautes eaux*. Le premier est issu du champ de l'arpentage foncier; il s'agit de M. Paul A. Béique. Les deux autres sont reliés à la botanique. Il s'agit du frère Marie-Victorin, célèbre botaniste qui n'a pas besoin de présentation, et de D<sup>r</sup> André Lafond, ingénieur forestier ayant agi comme doyen de la Faculté de foresterie de l'Université Laval au début des années 1970. La sélection d'un représentant du monde de la mesure et de deux autres du monde des sciences naturelles permettra le riche croisement de perspectives disciplinaires pourtant différentes et complémentaires. Leur contribution respective à l'application de la définition de la *ligne des hautes eaux* sera présentée suivant l'ordre chronologique de leur intervention.

Le point de vue de Béique prend la forme d'une causerie présentée à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Corporation des arpenteurs-géomètres du Québec en date du 3 juin 1932. Elle était intitulée: «*Considérations sur les droits riverains dans les rivières navigables*». Notons que M. Béique était à la fois arpenteur-géomètre et ingénieur.

### 2.2.1 La causerie de M. Paul A. Béique

Il présente ainsi sa conception de la *ligne des hautes eaux*:

Si vous me demandez de vous expliquer en quoi consiste cette notion de ligne des hautes eaux, question qui a engendré tant de querelles, je ne puis faire mieux que de condenser pour vous quelques-unes des notes que j'ai prises depuis bon nombre d'années sur le sujet en essayant tout particulièrement de dégager les éléments qui paraissent les plus propres à aider au travail de l'Arpenteur-Géomètre.

Essayons une définition assez simple, et disons que la ligne des eaux hautes c'est celle qui détermine la mesure du débordement de la rivière sur les lignes de végétation, alors qu'elle coule à pleins bords...

Depuis le temps que les rivières coulent à travers les vallées, vers les fleuves en suivant un chenal déterminé, il s'est établi un certain état d'équilibre entre l'action érosive des eaux et la résistance des rives. [...] mais afin de contenir la rivière dans des limites ordinaires, afin de résister au passage répété des eaux, il s'est tout naturellement

formé ce qu'on est convenu d'appeler le lit de la rivière et qui est déterminé par les crues habituelles, avec tout ce que ceci comporte d'éléments divers et complexes. Survient-il, toutefois, un gonflement accidentel ou extraordinaire, la rivière, alors, comme l'exprime si bien un auteur: «ne connaît plus de rive...»; elle ravage les terres et sème la destruction générale; c'est justement parce qu'il ne s'agit plus d'habitudes régulières auxquelles la nature aurait nécessairement pourvu, qu'on dit: «[...] que la rivière déborde et qu'elle sort de son lit...»<sup>47</sup>

De ce qui précède, nul doute que l'expertise de M. Béique repose sur une expérience pratique et réfléchie. Dans son paragraphe introductif, il pose comme prémisses que la *ligne des hautes eaux* «est celle qui détermine la mesure du débordement de la rivière sur les lignes de végétation lorsqu'elle coule à pleins bords». Il s'agit d'une définition classique du lit d'un cours d'eau au sens où l'entend Bouffard. Tout en acceptant le facteur de l'écoulement des eaux «à pleins bords avant débordement», Béique accorde une grande importance au critère de la limite de la végétation forte dans le processus de détermination de la *ligne des hautes eaux*. En quoi consiste-t-elle, cette ligne de végétation forte? La méthode de Béique comporte l'examen de plusieurs caractéristiques ou paramètres du lit du cours d'eau et de ses rives en prenant pour référence le niveau des eaux prévalant au moment de l'observation du site. Il faut savoir que la limite de végétation forte forme une ligne sensiblement parallèle avec le niveau des eaux s'écoulant ou planes. Ainsi, lors d'une observation instantanée, la différence de hauteur entre la limite de la végétation forte et le niveau de l'eau sera la même en amont et en aval du site. Par ailleurs, le niveau de la végétation forte, tout comme le niveau des eaux, sera plus bas en aval et plus haut en amont en proportion de la pente d'écoulement du cours d'eau. Aussi, en vertu du même principe, la limite de la végétation forte en bordure du plan d'eau sur la rive opposée sera au même niveau que celle du site. La comparaison de points d'observation en amont, en aval, sur la rive opposée et sur le site permet l'élimination d'erreurs d'appréciation.

Ainsi, on notera le niveau où le passage répété des eaux à des périodes relativement fréquentes a imprimé un caractère différent au sol, cette différenciation étant le résultat du lessivage de la berge. Au-dessus de cette bande lessivée, on devrait retrouver une zone d'équilibre où s'arrête l'action érosive des eaux en raison de la résistance du sol des rives, et où commence la végétation forte (arbres, cultures essentiellement terriennes). Juste au-dessous, on notera les parois rendues manifestement stériles par le mouvement des eaux, les changements notables dans le caractère du

---

47. *Annuaire de la Corporation des Arpenteurs-Géomètres de la Province de Québec*, 1933, compte rendu de la cinquantième assemblée générale tenue à la salle Loyola, Québec, 19 avril 1933, causerie de Paul A. BÉIQUE, *Considérations sur les droits riverains dans les rivières navigables*, p. 28.

terrain, l'effet du travail de l'eau ou de la glace sur la rive et les limites de l'érosion, les dépôts de gravier et les zones de différenciation, où les plantes aquatiques viennent remplacer la végétation exclusivement terrienne.

Evidemment, on ne répond pas sur tous les sites d'observation à tous les critères de différenciation en même temps. On doit juger de la prévalence de l'un ou de l'autre suivant la nature des lieux. L'examen méthodique du terrain devrait conduire assez facilement à l'identification de la *ligne des hautes eaux*, hormis quelques cas d'exception. L'examen ne doit pas se limiter à quelques points d'une propriété, mais doit comprendre des sections en amont et en aval ainsi que sur la rive opposée. Ces constats devraient permettre, comme Béique le mentionne, de déterminer le point de jonction « jusqu'où la rivière étend sa domination ».

Cette conception de la *ligne des hautes eaux* rejoint sous plusieurs aspects la proposition classique de Bouffard. Ses derniers commentaires selon lesquels il ne faudrait pas étendre le domaine des eaux où vient pousser une forte végétation de façon à empêcher le cultivateur d'exploiter le sol jusqu'aux limites de son domaine, trouvent écho chez plusieurs autres auteurs. La croissance de la végétation forte semble liée à la présence du sol arable. Il s'agit d'un élément qui sera repris avec beaucoup d'insistance par le frère Marie-Victorin et par le D<sup>r</sup> Lafond. La contribution de Béique au débat concernant la définition de la *ligne des hautes eaux* réside surtout en ce qu'il fournit une méthode pratique d'observation du terrain de façon à y appliquer correctement la définition théorique.

Sous certains aspects, sans préjuger des améliorations pouvant découler de l'analyse structurée des autres commentateurs, l'application de la méthode Béique garde encore tout son intérêt, même aujourd'hui. Sa méthode est surtout applicable pour les cours d'eau qui ne sont pas sujets à la marée, valant autant pour les lacs où la pente d'écoulement est nulle ou tend vers zéro. Il s'agit de déterminer, sur la rive, l'endroit spécifique et le niveau où la végétation forte paraît résister au lessivage et à l'érosion. Or à l'expérience, cette méthode donne des résultats très concordants, que le cours d'eau ou le plan d'eau ait une pente ou non. Examinons une intéressante série de 52 observations relevées par l'auteur sur le pourtour du lac Blouin, le 21 septembre 2001<sup>48</sup>. Elles étaient regroupées sur treize sites différents et distants d'un kilomètre en moyenne. Les travaux de positionnement et de mesurage ont consisté à suivre la méthode Béique

---

48. Le lac Blouin, situé sur le territoire de la Ville de Val-d'Or, constitue le principal lac de tête de la rivière Harricana qui se jette dans la Baie de James. Il mesure 20 km de long par environ 1 km de large. Son rivage est une succession de pointes rocheuses ou rocailleuses, sur lesquelles la végétation arbustive prend difficilement racine en raison de la rareté de la terre végétale, et de nombreuses baies où croissent une forte végétation de broussailles ainsi qu'une forêt de haute futaie, surtout des frênes.

pour déterminer l'élévation des eaux du lac sur chacun des sites d'observation, ainsi que celle de la limite de la végétation arbustive forte ou de haute futaie. Nous avons donc établi que<sup>49</sup> :

1. la pente des eaux sur la rive du lac entre les sites d'observation était nulle et l'écart-type des différentes mesures de la cote d'élévation des eaux du lac a été de  $\pm 2$  cm (ces écarts devant être considérés comme normaux puisque répartis à l'intérieur des limites de précision des instruments de mesure modernes employés) ;
2. la moyenne des 52 observations, tant prises individuellement que groupées par site, fixe en altitude la limite de la végétation forte, soit la *ligne des hautes eaux* au sens où l'entend Béique, à une hauteur de 42 cm au-dessus du niveau des eaux du lac à cette date, ce qui correspondait à la cote géodésique 294,28 m (l'écart-type, aussi bien pour les observations individuelles que groupées, étant établi à  $\pm 14$  cm) ;
3. le fait d'enlever du calcul de la moyenne les deux sites ayant les valeurs extrêmes réduit l'écart-type des observations à  $\pm 8$  cm sans que cela modifie cette moyenne.



Photographie 4



Photographie 5

La photographie 4 montre le levé de la *ligne des hautes eaux* le 21 septembre 2001, déterminée par la limite de la végétation forte, alors que la photographie 5 illustre la même opération en bordure d'une forêt de haute futaie surtout constituée de frênes.

Ces travaux d'arpentage exécutés au lac Blouin montrent que la limite de la végétation forte, telle que l'entendait Béique, forme autour du lac une ligne pratiquement parallèle au niveau des eaux. Aussi, il appert que

49. Les observations ont été réalisées avec l'assistance de M. Jean-Luc Corriveau, arpenteur-géomètre, ainsi que d'un membre de son personnel. Les élévations ont été établies avec un récepteur GPS (système de positionnement sur le globe) à double fréquence. Les sites d'observation choisis ont été répartis pour quatre d'entre eux sur des surfaces rocailleuses et pour les autres à des endroits propices à la croissance des végétaux, cela également de part et d'autre des rives nord et sud du lac.

cette limite est reconnaissable pour un œil le moins exercé, et ce, indépendamment des sites d'observation. En effet, en raison de la grande distance moyenne qui sépare ces sites, il est impossible que les observations faites à un endroit contaminent celles effectuées à un autre, d'autant plus que les particularités du terrain variaient entre eux. Au surplus, l'appréciation du niveau où se situait la ligne formée par la végétation forte s'est faite indépendamment par l'un ou l'autre des trois membres de l'expédition; de sorte que les données intègrent les écarts d'appréciation personnels ou leurs biais systématiques. L'homogénéité des résultats démontre, comme l'enseigne Béique, que la limite de la végétation forte forme bien une ligne parallèle avec celle du plan d'eau et que cette ligne est reconnaissable d'une manière tangible et visible.

La méthode de Béique se veut à la fois quantitative et qualitative. Elle est qualitative lorsqu'elle requiert la caractérisation de la végétation et elle est quantitative lorsqu'elle suggère de mettre en rapport différentes élévations. Pour un arpenteur-géomètre ou un ingénieur, l'aspect quantitatif ne requiert pas de commentaire plus élaboré, il s'agit de prendre les mesures. Il en va autrement pour l'aspect qualitatif de la végétation. Béique est peu explicite à ce propos; pour en faire une description plus adéquate et précise afin de valoir comme preuve, il faut partir d'observations pertinentes de spécialistes en botanique.

Le frère Marie-Victorin a réalisé plusieurs expertises en matière de délimitation du domaine hydrique qui pourront être avantageusement mises à profit pour creuser ce sujet. Nous disposons des textes de deux d'entre elles.

### **2.2.2. Les travaux de Marie-Victorin**

La contribution du frère Marie-Victorin aux critères de la détermination de la *ligne des hautes eaux* sera exposée au moyen de l'analyse d'une première expertise qu'il a menée au Lac-Saint-Jean en juin 1935 dans le cadre des procédures d'expropriation ou d'acquisition d'une bande de terrain de façon à régulariser l'exhaussement du lac par les barrages à sa décharge, près d'Alma. La deuxième a été menée en 1941 sur la rivière des Outaouais, aux alentours du lac Coulonge, à la demande de la compagnie Gatineau Power.

#### **• L'expertise de 1935**

L'expertise de 1935<sup>50</sup> a consisté à déterminer si le terrain situé au bas d'une terrasse marine formée à l'époque de la mer de Champlain, et

50. Rapport sur les conditions phyto-écologiques d'un terrain inondé par le lac Saint-Jean, expertise consistant en l'examen le 10 mai 1935, à une période de basses eaux, d'un terrain inondé presque toute l'année par l'exhaussement du lac Saint-Jean, dans la partie nord des lots 71 et 72 du Rang A, canton Caron, paroisse de Saint-Jérôme, comté de Lac-Saint-Jean. Ce terrain est situé au pied d'une terrasse marine formée à l'époque de la mer de Champlain, il y a environ

faisant partie d'un ancien delta d'alluvions argileuses, appartenait au lit original du lac Saint-Jean inondé, depuis huit ans à ce moment. Le niveau du terrain en question se situait entre les cotes 10 et 15 au-dessus de l'échelle d'étiage de Roberval. Avant l'inondation, il y poussait une forêt de haute futaie « constituée par une espèce dominante : l'orme d'Amérique (*Ulmus americana*) et par des espèces secondaires : le frêne blanc (*Fraxinus americana*), l'orme roux (*Ulmus fulva*) et le peuplier (*Populus tacamahacca*) ». La taille des arbres (jusqu'à 56 pouces de diamètre) indiquait bien la remarquable qualité des sols qui les portaient. Il s'agissait d'un sol arable d'une grande qualité « formé d'un argile très riche en débris organiques, amené au niveau inférieur, [...] par l'érosion des ruisseaux qui coupent à travers les terrasses<sup>51</sup> ».

Les terrains étudiés formaient ce que Marie-Victorin appelle des « bottom-lands » qui ne sont pas des grèves, mais des plaines alluviales normalement inondées. Comme il s'agit de terrains sujets aux inondations, ils se situent par définition à l'extérieur du lit du lac, conclut-il. Après avoir établi que la forêt de haute futaie en question ne constituait pas des arbres de grève pouvant s'accommoder de conditions semi-aquatiques<sup>52</sup>, il conclut que la couverture forestière du terrain en question, supportée par un sol arable de riche qualité, est inconciliable avec l'appellation de grève et indiquerait au contraire un terrain frais sujet à inondation, mais soustrait à l'occupation périodique et prolongé des eaux de rivage. En d'autres mots, une telle forêt ne peut définitivement pas appartenir au lit du lac.

En conclusion, cette première expertise de Marie-Victorin établit sans équivoque que ce type de forêt de haute futaie, quoique sujette aux inondations, ne fait donc pas partie du lit du plan d'eau. Tout au long de son expertise, il établit un lien direct entre la qualité du sol et la luxuriance de la végétation. En ce sens il rejoint l'idée de Bouffard et de Béique selon laquelle la limite de la végétation doit constituer un critère important pour reconnaître si un terrain fait partie ou non du lit d'un plan ou d'un cours d'eau. Mais cela est insuffisant car cette donnée ne nous renseigne pas avec précision sur les caractéristiques biophysiques des limites de cette forêt, donc de la rive. Elle fournit toutefois des critères d'exclusion d'un certain type de végétation dans le lit des cours d'eau sans pour autant en déterminer les limites.

---

10 000 ans, et faisant partie d'un ancien delta d'alluvions. Cf. Société historique du Saguenay, Fonds M<sup>re</sup> Victor Tremblay, (Document 1450 JJ) et reproduit dans *Saguenayensia*, vol. 22, n° 2, (mars-avril 1980), p. 52.

51. *Id.*, p. 53.

52. Selon l'expérience de botaniste du frère Marie-Victorin, il n'y a que certains saules (*Salix longifolia*, *Salix Cordata*), un peuplier (*Populus balsamifera*), l'érable argenté (*Acer saccharinum*) et plus rarement l'érable rouge (*Acer rubrum*) qui peuvent croître dans des conditions semi-aquatiques. Il élaborera plus précisément en quoi consistent ces conditions dans sa prochaine expertise de 1941.

• *L'expertise de 1941*

L'expertise de Marie-Victorin effectuée en 1941 a été réalisée à la demande de la compagnie Gatineau Power. Elle consistait à établir la *ligne des hautes eaux ordinaires* ('ordinary high water mark') autour du lac Coulonge sur la rivière des Outaouais à partir des caractéristiques de la végétation riveraine. Son rapport intitulé *Botanical Determination of Ordinary High Water Mark Around Coulonge Lake, Ottawa River* faisait suite à des observations colligées du 23 au 28 septembre 1941 sur huit sites répartis autour du lac.

D'entrée de jeu, une question se pose. L'*ordinary high water mark* dont il est ici question et que nous pouvons traduire par *ligne des hautes eaux ordinaires* correspond-elle à la *ligne des hautes eaux* qui délimite le lit d'un cours d'eau lorsqu'il « coule à pleins bords avant débordement » ? Suivant la nature des travaux exécutés par Marie-Victorin, il faut répondre négativement à cette question. C'est aussi la conclusion à laquelle est arrivée la Cour supérieure dans l'affaire *Canadian International Paper Inc. c. la Commission Hydro-électrique de Québec*<sup>53</sup> une vingtaine d'années plus tard. Au cours de l'instance, on avait présenté une étude semblable qui a été rejetée par le tribunal. Afin de tirer l'affaire au clair, voyons en quoi exactement ont consisté les travaux du célèbre botaniste au lac Coulonge, puis comment ils s'avèrent utiles pour préciser ensuite le concept de *ligne des hautes eaux*.

Notons d'entrée de jeu que la méthodologie du frère Marie-Victorin a été décrite dans son rapport d'une façon tout à fait exquise. Il a été notamment assisté au cours de ses opérations sur le terrain par Jacques Rousseau, docteur en botanique et assistant-directeur du Jardin botanique de Montréal. D<sup>r</sup> Rousseau jouera un rôle important à titre d'expert dans l'affaire *CIP c. la Commission Hydro-électrique de Québec*<sup>54</sup> évoquée précédemment.

Au lac Coulonge, le frère Marie-Victorin a observé huit sites différents. On peut faire le rapprochement avec la méthode de Béique qui suggère de ne pas réduire le terrain d'observation à un seul endroit. Sur ces huit sites, Marie-Victorin a observé tout autant la forêt de haute futaie, les plantes annuelles, les biennuelles, les mousses, les champignons ainsi que les délaissés de crues bordant les rives du lac.

La forêt de haute futaie était composée surtout d'érables argentés et de quelques ormes. À propos de l'érable argenté, il signale qu'il s'agit d'un arbre qui indique de façon probante la présence d'inondations récurrentes parce que sa germination requiert un apport d'eau fraîche qu'il trouve lors

53. *Canadian International Paper c. la Reine et la Commission Hydro-électrique de Québec, C.S. Terrebonne*, n° 34204, le 26 octobre 1966, j. Lafleur.

54. *Id.*

des inondations. Pour cette raison, il s'agit d'un arbre qui germe seulement au-dessous de la *ligne des hautes eaux ordinaires*. Il survit à des inondations fréquentes et prolongées. Par ailleurs, il ne se développe pas sur les rives des cours d'eau sujets à la marée parce qu'il ne tolère pas l'eau salée, de sorte que sa distribution septentrionale le long du fleuve cesse dans le secteur du lac Saint-Pierre.

Au sujet des saules, il indique qu'il s'agit d'une espèce qui ne survit pas aux inondations. Les spécimens qu'il a observés au-dessous de la *ligne des hautes eaux ordinaires* profitent de talus ou de bosses du terrain pour permettre à leur longue racine de se développer au-dessus de la cote d'inondation.

Ses observations en ce qui concerne les mousses et les lichens sont particulièrement intéressantes. Il a noté sur le tronc des érables argentés la présence de mousses et de lichens dont certaines espèces ont absolument besoin d'un apport d'eau régulier pour survivre, alors que d'autres, au contraire, ne survivront pas à une inondation, même pas aux éclaboussures des vagues. La marque formée par la limite de survie des uns et des autres permet d'établir sans aucun doute la cote des inondations printanières.

Comme on le voit, tout le travail du frère Marie-Victorin dans l'expertise de 1941 visait à établir le niveau des inondations printanières du lac Coulonge. Il s'agit-là d'un résultat incompatible avec la détermination de la *ligne des hautes eaux* qui consiste à rechercher le niveau du plan d'eau juste avant qu'il commence à déborder ou à inonder. Au contraire, la *ligne des hautes eaux ordinaires* détermine une cote de crue lorsque le cours d'eau est dans un état d'inondation. À cela, s'ajoutent deux autres arguments subsidiaires pour établir que les observations du frère Marie-Victorin ne correspondaient pas à la *ligne des hautes eaux* au sens de l'article 919 du *Code civil du Québec*, ou du moins aux indices décrits par Béique. Le premier établit que la cote maximale des inondations ainsi décrites par le frère Marie-Victorin est donnée entre autres par des marques sur le tronc des arbres. Il s'agit d'indices qui sont au-dessus du sol alors que Béique décrit la *ligne des hautes eaux* comme une ligne continue au sol. Deuxièmement, les marques de mousses et de lichens indiquant la cote des inondations ne sont repérables que par des personnes ayant des connaissances poussées en botanique. Au contraire, les auteurs qui ont décrit la *ligne des hautes eaux* suivant le texte de Daviel cité par Bouffard ou encore Béique semblent moins exigeants en affirmant que, d'une manière générale, elle est facilement reconnaissable pour quiconque s'y arrête et y prête attention.

La deuxième expertise du frère Marie-Victorin vise donc avant tout la détermination d'une zone d'inondation et non celle du lit d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau. Ses observations peuvent tout de même s'avérer

utiles comme argument *a contrario*. Sachant qu'un peuplement d'érables argentés indique la présence d'une zone inondable, par définition, les superficies de ces peuplements devront être exclues du lit des cours d'eau qui les bordent. Ainsi, la limite d'un peuplement d'érables argentés en direction du plan d'eau indiquerait la présence de son lit à proximité, soit l'endroit où la rivière ou le lac commence à déborder. Il s'agit en fait de la *ligne des hautes eaux* dont les caractéristiques botaniques ont été plus amplement décrites par le professeur de foresterie André Lafond, en 1962.



Photographie 6



Photographie 7

Les photographies 6 et 7, prises par l'auteur au printemps 2004, montrent un peuplement d'érables argentés situé dans la plaine d'inondation ceinturant le lac Saint-Pierre, dans la municipalité de Maskinongé.

### 2.2.3 Les expertises du D<sup>r</sup> André Lafond

À l'été 1962, le professeur André Lafond a mené deux expertises le long de la rivière des Outaouais pour déterminer la limite séparant les propriétés de la Canadian International Paper Inc. d'avec le domaine public, aux fins d'un bornage judiciaire. Ces travaux faisaient suite à la construction de la centrale hydroélectrique de Carillon. Ces expertises avaient d'abord été confiées à trois experts arpenteurs-géomètres choisis pour mener l'enquête de bornage devant conduire à la délimitation de la propriété de la CIP et déterminer si elle était affectée par l'inondation provoquée par le barrage. Les rapports d'expertise ont ensuite appuyé les prétentions de la CIP lors du procès en Cour supérieure.

Les expertises du professeur Lafond énoncent que dans l'est de l'Amérique du Nord, aucune forêt ne peut s'établir, ni croître dans le lit des cours d'eau, ou encore dans un endroit où le sol est saturé d'eau à l'année longue, parce que les racines des arbres suffoqueraient. Elles ont

besoin d'eau bien sûr, mais aussi et surtout d'air pour survivre<sup>55</sup>. Aussi, la survie d'une forêt est obligatoirement associée à l'existence d'une couche d'humus qui résulte de la décomposition organique, laquelle ne pourrait se produire dans un sol constamment submergé<sup>56</sup>. Dans ce dernier cas, il en résulterait la formation d'un marécage ou d'un marais qui favoriserait l'apparition d'une flore caractéristique de ces milieux, mais sûrement pas d'une forêt. Il s'ensuit que la présence d'une forêt implique l'existence d'un milieu terrestre caractérisé par une couche d'humus suffisamment aérée (et non pas imbibée ou saturée d'eau) pour permettre le développement des racines des arbres sur de nombreuses années. Ainsi, lorsque les eaux d'une rivière recouvrent la couche d'humus, le terrain de celle-ci doit être considéré comme étant alors en état d'inondation :

Whenever, the river is flooding into the soils covered by trees showing leaching and formation of forest humus from leaves, it can be said that the river is over its bank and it has started to flood.<sup>57</sup>

La méthodologie de Lafond a consisté à examiner la végétation et la composition du sol de quatre lignes de profil sur autant de sites distincts aux alentours de la propriété de la CIP. Le premier rapport d'expertise daté du mois de mai 1961 faisait état de ses observations sur les lieux au printemps alors que le deuxième faisait état de celles de l'été.

Les commentaires de Lafond permettent de préciser plusieurs aspects de la causerie de Béique. La coïncidence de la couche d'humus et de la végétation forte n'est jamais l'effet du hasard. La couche d'humus assure la croissance des plantes alors que les racines de la végétation forte empêchent le lessivage de ladite couche d'humus. L'une conditionne la présence de l'autre. En situant la *ligne des hautes eaux* à la limite de la zone fertile en bordure d'un cours d'eau, on définit *a contrario* son lit comme étant la partie lessivée. C'est ainsi qu'il se forme en bordure de tout cours d'eau ou plan d'eau, en présence de végétation, un talus plus ou moins prononcé dont la paroi verticale, la berge, est formée de deux couches distinctes, la première étant constituée par l'épaisseur du sol arable, la deuxième par les racines des arbres et arbrisseaux. Selon Lafond, c'est à cet

55. André LAFOND, *Study of Soils and Vegetation at the Canadian International Paper Calumet Mill Lumber Yard*, Québec, May 1961; et *Studies of Soils and Vegetation of Calumet Mill Area (Second Report)*, rapport d'expertise extrait du dossier conjoint (9740) présenté à la Cour d'appel du Québec, par les procureurs des Appelants et de l'Intimé, 1961, volume 4, p. 498 à 786. Lafond explique abondamment aux pages 688 à 691 de son deuxième rapport les caractéristiques biophysiques qui distinguent la végétation terrestre de la végétation aquatique en bordure d'un cours d'eau. La végétation terrestre se manifeste aux endroits où le sol, tout en demeurant toujours humide, est suffisamment drainé pour permettre l'aération des racines des arbres et pour permettre la constitution d'une mince couche d'humus qui résulte de la décomposition organique.

56. A. LAFOND, *op. cit.*, note 55, deuxième rapport, p. 688.

57. *Id.*

endroit précis que se situe la *ligne des hautes eaux*. À notre avis, la cote exacte de la *ligne des hautes eaux* doit être établie entre la base des racines et le sommet de la couche de sol arable.

Dans l'affaire CIP, les experts commis pour mener l'enquête de bornage ont, à l'unanimité, recommandé que les limites de propriété soient établies conformément aux observations de Lafond. Au procès qui a suivi, la thèse de la Commission Hydro-électrique a été défendue par Jacques Rousseau, directeur du Jardin botanique de Montréal. Dans son rapport, le D<sup>r</sup> Rousseau insistait pour que la *ligne des hautes eaux* corresponde à la *ligne des hautes eaux ordinaires* selon la méthode prescrite par Marie-Victorin dans son expertise de 1941. Rappelons qu'une différence verticale minimale aurait eu là de graves conséquences.

Dans un jugement catégorique rendu le 24 octobre 1966, le juge Robert Laffeur a retenu le rapport Lafond. Il a statué que «les débordements ou les inondations qui au printemps, coïncident avec la fonte des neiges ne doivent pas entrer dans la détermination de la *ligne des hautes eaux*, en conséquence, on doit éliminer du lit de la rivière, les terrains ainsi inondés». Le jugement Laffeur est logique et concorde avec la définition traditionnelle de la *ligne des hautes eaux* ainsi qu'avec la définition qu'en ont presque toujours donnée les tribunaux<sup>58</sup>. Un mémoire conjoint en appel a été préparé mais n'a pas eu de suite.

La doctrine québécoise fait souvent référence à l'expression *ligne ordinaire des hautes eaux* pour parler de la *ligne des hautes eaux*. Il s'agit peut-être là d'une formulation équivalente, ayant eu cours à un moment donné. Mais depuis le jugement de 1966, il s'agit-là sûrement d'une formulation prêtant à confusion et qui est, par conséquent, à proscrire. Comme il a été démontré chez de nombreux auteurs provenant des disciplines des sciences naturelles, le concept de *ligne des hautes eaux* ne correspond pas du tout à celui de *ligne ordinaire des hautes eaux*. En raison de la fréquence des récurrences dont fait mention le frère Marie-Victorin, la *ligne des hautes eaux ordinaires* devrait correspondre à des crues annuelles ou encore dont la récurrence est de deux ans. Cette dernière récurrence équivaut exactement à la *ligne naturelle des hautes eaux* au sens de la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*<sup>59</sup>. La méthode de Marie-Victorin peut alors être avantageusement utilisée pour déterminer une telle *ligne naturelle des hautes eaux ordinaires*, qui est un concept tout à fait différent de celui de *ligne des hautes eaux*.

58. Ce jugement contient des références au droit applicable en la matière en Alberta et aux États-Unis ; à la lecture des citations rapportées, il appert que le concept de ligne des hautes eaux y est même qu'au Québec et qu'ainsi, il est largement reconnu au-delà de l'univers francophone et civiliste.

59. *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, R.R.Q., 2005, c. Q-2, r.17.3, art. 2.1, para. d.

Jusqu'ici, il a été strictement question de la description de la *ligne des hautes eaux* pour les cours d'eau qui ne sont pas sujets aux effets de la marée. Pourtant, la même expression vaut aussi pour délimiter les domaines en bordure des cours d'eau sujets à marée, selon des caractéristiques biophysiques valables pour l'une et l'autre des situations. En effet, pour les cours d'eau sujets à marée ou non, il existe la plupart du temps un talus de hauteur variable contenant la végétation forte et indiquant la limite de son lit qui correspond à la surface lessivée par le passage répété des eaux et des glaces. En fait, ce talus est tout à fait semblable à celui décrit pour les cours d'eau non sujets à marée.

#### **2.2.4 La ligne des hautes eaux pour les cours d'eau sujets à marée**

Un fleuve (ou du moins son estuaire), qui est assujéti à subir la marée, inonde ses rives de la même manière qu'une rivière dont les eaux envahissent, de façon exceptionnelle, la végétation située au-delà du talus et indiquent ainsi la limite de la zone de lessivage. La doctrine<sup>60</sup> et la jurisprudence<sup>61</sup> conviennent que pour les cours d'eau sujets à marée, la *ligne des hautes eaux* s'établit à partir des plus hautes marées de mars tel que le prescrit l'*Ordonnance de la Marine* de 1681<sup>62</sup>. Existe-t-il une relation entre la moyenne des plus hautes marées de mars et le talus supportant la végétation forte? Pour répondre à cette question, il faut d'abord exposer en quoi consiste la moyenne des hautes marées de mars, puis examiner comment elles se manifestent sur le terrain.

##### **• La moyenne des plus hautes marées de mars**

Le texte de l'ordonnance de 1681<sup>63</sup> veut que la ligne des plus hautes marées soit établie sur la rive que *la mer couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le grand flot de mars se peut étendre sur les grèves*. Prises ensemble, les nouvelles lunes et pleines lunes englobent nécessairement les plus hautes marées de mars puisque leur hauteur est surtout fonction de la force d'attraction combinée de la Lune et du Soleil, et c'est à ce moment qu'elle est maximale<sup>64</sup>. Pourquoi donc avoir choisi les plus hautes marées de mars pour équivaloir à la *ligne des hautes eaux*,

60. G. LORD et autres, *op. cit.*, note 1, p. 242.

61. *L'Œuvre et Fabrique de la Paroisse de Saint-Bonaventure c. Leblanc*, précité, note 24.

62. G. LORD et autres, *op. cit.*, note 1, p. 242; J. BOUFFARD, *op. cit.*, note 3, p. 49; voir aussi: *Bérubé c. Dubé*, [1938] 76 C.S. 370, et *Lajoie c. Harvey*, [1984] R.L. 235.

63. Rapporté dans: G. LORD et autres, *op. cit.*, note 1, tome 1, p. 242, note 49.

64. Warren D. FORRESTER, *Manuel canadien des marées*, Ottawa, Ministère des Pêches et des Océans, 1983, p. 148; la figure 20 de la page 37 du *Manuel* illustre les positions relatives optimales de la Terre, du Soleil et de la Lune produisant des marées de vive eau (les plus fortes) à la nouvelle lune et à la pleine lune, et les marées de morte eau (les plus basses) au premier et au dernier quartiers.

sachant que ce ne sont pas nécessairement les plus hautes marées de l'année<sup>65</sup>. *A priori*, ce choix n'est pas illogique puisque, par définition, la *ligne des hautes eaux* ne correspond pas au niveau extrême atteint par la hausse d'un cours d'eau. Il s'agit en fait de son niveau avant qu'elle atteigne la végétation forte. Les marées extrêmes pour chaque année constituent autant de cas d'inondation qui se produisent généralement dans l'estuaire du Saint-Laurent vers le mois de mai ou en automne (sans exclure la possibilité qu'elles se produisent en mars<sup>66</sup> à l'occasion). Au surplus, ces inondations résultant des marées extrêmes ne durent que quelques minutes. Par conséquent, ces débordements envahissent la végétation forte trop peu souvent pour agrandir le lit du fleuve ou de la mer par lessivage. Logiquement, il fallait donc identifier une marée qui corresponde aux situations où le plan d'eau atteignait les abords de la végétation forte. En principe, les marées de mars pouvaient, du moins approximativement, correspondre à cet état, et donc faire l'affaire. Cependant, définir la *ligne des hautes eaux* par rapport à la marée pose un autre problème: les plus hautes marées de mars n'atteignent pas d'une année à l'autre le même niveau. Pour bien comprendre de quoi il s'agit, il faut apporter quelques commentaires supplémentaires concernant la mécanique des marées.

La valeur de la plus haute marée de mars fluctue suivant un cycle précis de 18 ans et 7 mois<sup>67</sup>: il s'agit en l'occurrence du *cycle métonien*, du nom de l'astronome athénien qui l'a établi en vue de réformer le calendrier au V<sup>e</sup> siècle avant J.-C., afin de concilier au plus près les mouvements conjugués du Soleil et de la Lune. Ainsi, sur toute période de 19 ans, la moyenne des plus hautes marées de mars sera la même, à quelques centimètres près. Les différences de hauteur entre deux cycles proviennent du fait que la marée est influencée par une foule de facteurs aléatoires d'envergures diverses comme la direction et la force du vent, la pression atmosphérique, les ondes de tempête, les seiches, les précipitations de pluie, la fonte des neiges, l'évaporation, l'écoulement, la température et la salinité de l'eau, l'effet de la force de Coriolis sur les courants, la circulation estuarienne, le gel et le dégel, y compris les embâcles, et plus rarement, les raz-de-marée tels que les tsunamis<sup>68</sup>. Aussi, l'apport d'eau des Grands Lacs dans le fleuve Saint-Laurent y exerce une influence jusqu'à

65. Cela se vérifie scientifiquement malgré l'affirmation contraire du juge Lavergne de la Cour du Banc du Roi dans l'arrêt: *L'Œuvre et Fabrique de la paroisse de Saint-Bonaventure c. Leblanc* précité, note 24; à titre d'exemple, mentionnons que les plus hautes marées enregistrées à Saint-François (I.O.) entre 1962 et 2005 sont survenues les 14 mars 1993 (5,04 m), 25 décembre 1966 (4,90 m), 17 avril 1984 (4,84 m), 17 avril 1987 (4,84 m) et 4 décembre 1990 (4,69 m).

66. L'examen du tableau 1 révèle que des crues exceptionnelles se sont produites en mars 1993, et ce, autant pour les stations de Lauzon que de Saint-François (I.O.).

67. W.D. FORRESTER, *op. cit.*, note 64, p. 44 et 45.

68. *Id.*, p. 59 à 70.

son élargissement dans l'estuaire, à l'île d'Orléans. Afin d'assurer une certaine uniformité aux résultats, il est donc nécessaire de calculer une valeur moyenne des plus hautes marées de mars pour la durée d'un cycle métonien au moins. En général, ce calcul est suffisamment précis pour satisfaire aux exigences des travaux de délimitation. Les différences de cotes entre deux cycles peuvent s'avérer problématiques lorsque la rive est extrêmement plane.

Depuis 1962, l'obtention des cotes des hautes marées de mars ne pose plus de difficulté le long du fleuve Saint-Laurent puisqu'on y a installé un réseau de marégraphes de grande précision pour enregistrer à l'année longue et de façon continue le niveau du fleuve. Cela se fait maintenant en référence à un système altimétrique commun, soit le *Système de référence international des Grands Lacs* (SRIGL85). Ainsi, on dispose d'une base de données fiables contenant toutes les statistiques nécessaires pour permettre de calculer la moyenne des plus hautes marées de mars pour tous les cycles métoniens à partir de 1980, en les décalant annuellement, soit pour 25 cycles différents jusqu'en 2005.

**TABLEAU 2**  
**ÉLÉVATION DES PLUS HAUTES MARÉES DE MARS OBSERVÉES, DE 1962 À 2005**

<b>Saint-François (I.O.)</b> (No 03100)				<b>Lauzon</b> (No 03250)			
Hauteurs (cm) extrêmes pour mars				Hauteurs (cm) extrêmes pour mars			
Année	Élévation	Année	Élévation	Année	Élévation	Année	Élévation
1962	405	1984	432	1962	373	1984	
1963	369	1985	387	1963	367	1985	396
1964	362	1986	391	1964	376	1986	378
1965	389	1987	402	1965	357	1987	386
1966	447	1988	357	1966	427	1988	331
1967		1989	368	1967	406	1989	364
1968	346	1990	368	1968	416	1990	349
1969	374	1991	425	1969	353	1991	410
1970	376	1992	391	1970	365	1992	379
1971	411	1993	508	1971	378	1993	499
1972	428	1994	406	1972	406	1994	403
1973	426	1995	381	1973	433	1995	377
1974	393	1996	431	1974	379	1996	425
1975	409	1997	400	1975	412	1997	394
1976	470	1998	415	1976	451	1998	402
1977	389	1999	383	1977	385	1999	397
1978	385	2000	355	1978	380	2000	345
1979	384	2001	413	1979	374	2001	406
1980	394	2002	382	1980	382	2002	366
1981	434	2003	382	1981	418	2003	365
1982	370	2004	390	1982	349	2004	385
1983	405	2005	419	1983	402	2005	405

Note : l'observation pour l'année 1967 est manquante	Note : l'observation pour l'année 19 84 est manquante
Moyenne pour 43 ans	Moyenne
399cm	389cm
Écart type	Écart type
31cm	30cm

Le tableau 2 présente les cotes des plus hautes marées pour les mois de mars de chacune des années pour lesquelles des statistiques sont disponibles pour deux marégraphes assez voisins, soit ceux de Saint-François (Île-d'Orléans) et de Lauzon à Lévis. Il est intéressant de noter que les plus hautes marées de l'estuaire se produisent dans ce secteur.

Le calcul de la moyenne simple pour toutes les années répertoriées donne une élévation des plus hautes marées de mars de 3,99 m à Saint-François (I.O.) et de 3,89 m à Lauzon. L'écart-type de  $\pm 30$  cm, ce qui équivaut à environ 1 pied, indique la variation normale des plus hautes marées observées d'une année à l'autre.

Contrairement à ce qu'en disent certains auteurs<sup>69</sup>, l'arpenteur-géomètre procédant à la détermination de la cote de la *ligne des hautes eaux* le long du fleuve Saint-Laurent n'a plus besoin, depuis les années 1980<sup>70</sup>, d'observer personnellement l'élévation de la marée durant le mois de mars. Il n'a qu'à se référer aux statistiques officielles disponibles.

Les différences de lecture des plus hautes marées de mars enregistrées par les marégraphes de Saint-François (I.O.) et de Lauzon, illustrées au tableau 2, montrent dans quelle mesure leur cote varie d'un endroit à l'autre le long du fleuve; la ligne des plus hautes marées de mars est généralement plus basse à Lauzon qu'à Saint-François (I.O.), situé en aval. Que faire pour déterminer la *ligne des hautes eaux* d'une propriété se situant entre deux marégraphes? L'Arpenteur général du Québec<sup>71</sup> préconise à juste titre de répartir proportionnellement la différence de la hauteur des cotes par interpolation de l'éloignement du site par rapport à chacune des stations marégraphiques<sup>72</sup>. Pour des situations critiques où la rive est très plane, il y aurait lieu de connaître les conditions de marnage particulier en s'informant auprès du Service hydrographique du Canada, si disponible. En effet, il peut arriver que, pour un site particulier, l'effet de marnage n'obéisse pas tout à fait à la règle de la proportionnalité. On pourra ainsi procéder à des ajustements très fins qui prennent en considération des particularités locales de la marée.

De façon à illustrer le degré de stabilité des cycles, un troisième tableau dérivé du deuxième contient les moyennes mobiles des cycles métoniens depuis 1962 pour le marégraphe de Saint-François (I.O.). Le

69. P. LABRECQUE, *op. cit.*, note 6, p. 267.

70. Gilles AUDET, *Bornage le long des cours d'eau*, mémoire 059 soumis à la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, Québec, mars 1968.

71. *Instructions générales d'arpentage 2004*, Bureau de l'Arpenteur général du Québec, ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs; voir particulièrement le chapitre 11 intitulé « Arpentage sur le domaine hydrique de l'État ». Ces instructions sont disponibles sur le site de l'Arpenteur général du Québec à l'adresse: <http://www.mrnfp.gouv.qc.ca/foncier/arpentage/arpentage-instructions-generales.jsp>

72. Aux endroits où le réseau des marégraphes n'est pas suffisamment dense, l'Arpenteur général suggère d'établir la ligne des hautes eaux à partir des prévisions des marées publiées par le Service hydrographique canadien.

calcul d'une moyenne mobile consiste à établir la moyenne des plus hautes marées de mars pour un premier cycle de 19 ans, puis à remplacer la première année de chaque cycle par l'année suivant la dernière du cycle, et ainsi de suite. Ce type de calcul permet de vérifier la stabilité des résultats de différents cycles, et surtout de procéder à des analyses de sensibilité des mesures et de tendance des valeurs enregistrées. La deuxième colonne du tableau 3 des élévations fait de même avec des cycles de 30 ans, alors que la troisième colonne intègre les valeurs de deux cycles métoniens consécutifs. Ainsi, pour le marégraphe de Saint-François (I.O.) on obtient les moyennes mobiles suivantes :

**TABLEAU 3**  
**MOYENNES MOBILES DES CYCLES MÉTONIENS ET DES CYCLES DE 30 ANS ET DE 37 ANS**

Année de fin de cycle	<b>RÉSULTATS</b>		
	Moyenne mobile des cycles:		
	métoniens	de 30 ans	2 cycles métoniens (37 ans)
	Cote d'élévation moyenne du cycle (SRIGL85) (cote en cm)		
1980	397,6		
1981	399,2		
1982	399,3		
1983	400,6		
1984	404,1		
1985	400,7		
1986	400,2		
1987	403,2		
1988	402,3		
1989	401,8		
1990	399,6		
1991	399,4	396,4	
1992	395,9	395,9	
1993	403,6	400,7	
1994	403,5	401,6	
1995	398,8	402,0	
1996	401,0	401,4	
1997	401,8	401,4	
1998	403,4	403,7	400,8
1999	402,8	404,0	400,2
2000	398,7	403,3	399,8
2001	400,9	403,3	400,6
2002	399,7	401,8	401,0
2003	397,1	400,3	399,2
2004	397,3	400,2	398,9
2005	398,7	400,6	400,9
Moyenne	400,4	401,1	400,2
Écart-type	2,2	2,3	0,7

Comme le montre le tableau 3, il existe un écart maximal de 7 cm entre les valeurs extrêmes des cotes des différents cycles métoniens ayant eu cours entre 1962 et 2005, calculés sur la période de 19 ans où ils se terminèrent. La cote la plus élevée a été obtenue pour le cycle se terminant en 1984 (404,1 cm), alors que la plus faible a été calculée pour le cycle se terminant en 2003 (397,1 cm). Ainsi, la différence de 7 cm entre ces deux valeurs extrêmes représente l'écart maximal de la cote de la *ligne des hautes eaux* pouvant résulter de la comparaison des observations pour ces différents cycles. Quoique cette valeur de 7 cm puisse illustrer l'influence des facteurs locaux et aléatoires sur les cycles de la marée, dont il fut précédemment question, il s'agit d'une nette amélioration par rapport à l'écart constaté entre les *minima* et *maxima* des données brutes présentées dans le tableau 2 (soit de 3,46 m à 5,08 m), l'écart étant alors de 1,62 m (22 fois plus). Pour la majorité des arpentages, une différence d'élévation de 7 cm doit être considérée comme négligeable. Lorsque la *ligne des hautes eaux* est située dans un fort talus, cette différence verticale n'a quasiment aucune conséquence pratique sur le déplacement de sa position horizontale, reportée sur le plan d'arpentage. Cependant, s'il advenait que la rive soit presque plane, par exemple ne comportant qu'une pente de 1 %, la variation de 7 cm en altitude de la cote d'élévation provoquerait un déplacement horizontal de la *ligne des hautes eaux* pouvant atteindre environ 7 m (soit 100 fois plus) latéralement. Cela se produit quand même assez souvent lorsque la *ligne des hautes eaux* borde une plaine d'inondation. En de telles circonstances, il est requis d'établir cette ligne avec la plus grande précaution.

On a déjà suggéré de calculer la moyenne sur une période de 30 ans, sans raison juridique ou technique qui soit explicitement justifiée<sup>73</sup>. La deuxième colonne des résultats montre que cette façon de procéder ne modifierait en rien l'écart entre les valeurs extrêmes. Le calcul pour des cycles de 30 ans donne pour résultat les cotes de 395,9 cm en 1995 (la plus basse) et 404 cm en 1999 (la plus haute), soit un écart de 8,3 cm. Il s'agit-là d'un écart légèrement plus grand que celui obtenu par le calcul des cycles métoniens (19 ans). Ce résultat n'est pas anormal puisque le calcul de la moyenne sur 30 ans chevauche nécessairement deux cycles métoniens différents. Un tel procédé engendrerait des résultats erratiques provenant d'un croisement de données. Le calcul de la cote de la *ligne des hautes eaux* selon un cycle de 30 ans, sans être mauvais en soi, ne tiendrait pas compte de la mécanique des marées, ni n'améliorerait d'aucune façon la précision des résultats, au contraire.

73. Par analogie, 30 ans correspond à la période légale de prescription acquisitive sans obligation ni opposition qui avait cours jusqu'en 1993, selon le *Code civil du Bas Canada*, art. 2242.

La troisième solution envisagée consiste à calculer la cote d'élévation de la *ligne des hautes eaux* à partir de deux cycles métoniens consécutifs ; ce qui équivaut à la calculer sur une période de 37 ans. Les résultats de la troisième colonne montrent un écart de seulement 2,1 cm entre les valeurs extrêmes des résultats obtenus. La diminution de l'écart entre les extrêmes s'explique par le fait qu'en prenant deux cycles métoniens (37 ans), on se trouve à intégrer dans un même calcul de la cote les données des deux moitiés de l'année où les deux cycles de 19 ans se chevauchent. Pour les cas limites, il est envisageable de considérer, lorsque les données sont disponibles, l'établissement de la *ligne des hautes eaux* à partir de deux cycles métoniens consécutifs. Pour ces cas particuliers, il serait bien à propos d'examiner si le résultat concorde avec la limite de la forêt de haute futaie. En cas de doute, l'application du critère voulant que ce type de végétation forte ne puisse se trouver dans le lit d'un cours d'eau deviendrait un critère décisif.

La stabilité des moyennes mobiles à travers les différents cycles indique toute la pertinence de la méthode. Les légères variations permettent aussi de réaliser des analyses de tendance. Les moyennes mobiles des cycles métoniens montrent un rehaussement du niveau de la *ligne des hautes eaux* à partir de 1980 jusqu'en 1984. Par la suite, la situation évolue en dents de scie jusqu'en 1998, puis on observe une décroissance de 5 cm de la cote de la *ligne des hautes eaux* jusqu'en 2003. Les cycles métoniens se terminant en 2004 et 2005 indiqueraient une reprise de la tendance à la hausse. Sur la base de ces résultats de calcul, il semble donc que les plus hautes marées de mars oscillent dans une tranche très étroite de  $\pm 3$  cm. Les mouvements à la hausse et à la baisse indiquent aussi une certaine stabilité de la cote. Actuellement, nous ne pouvons pas déceler de tendance ni dans un sens ni dans l'autre, ce que confirme la stabilité des cycles de 37 ans qui évoluent dans une mince tranche de seulement 2 cm avec un écart-type de 0,7 cm. À la lumière de ces statistiques, il serait tout à fait justifié d'établir pour la station de Saint-François (I.O.) la valeur de la *ligne des hautes eaux* à 4,00 m sans s'inquiéter de devoir la modifier à court terme, ni même à moyen terme si les tendances environnementales se maintiennent.

• ***La concordance entre la limite de la végétation forte et la cote des plus hautes marées de mars***

L'expérience révèle que l'application sur le terrain de la cote des cycles métoniens pour les plus hautes marées de mars correspond en général, dans les environs de Québec tout au moins, au talus formé par la limite du sol arable et de la végétation forte<sup>74</sup> en direction du cours d'eau. Il y a

74. Citons parmi plusieurs expertises et travaux d'étudiants confirmant cette hypothèse, l'expertise réalisée dans le cadre du cours *Séminaire en arpentage foncier* (GMT-18097) par François Bigras, Sébastien Généreux, Renelle Labrecque et Dominic Lafrance, datée du 30 novembre 1998, qui consistait à déterminer la hauteur de la ligne des hautes eaux à l'embouchure de la rivière Chaudière.

donc une très forte corrélation entre les plus hautes marées de mars et la limite de la végétation forte et de haute futaie. La confirmation de cette hypothèse à l'échelle continentale indiquerait que *les hautes marées de mars* n'auraient pas été choisies au hasard, puisqu'elles correspondraient à une réalité physique bien concrète. Il est connu que le saule est l'espèce d'arbre de haute futaie qui s'approche le plus près du rivage des cours d'eau sujets à la marée; elle serait même la plus tolérante aux marées. Des expertises pointues réalisées dans les secteurs du Cap Tourmente (lot 29 du cadastre officiel de la paroisse de Saint-Joachim) et de Saint-Vallier de Bellechasse (lot 167, à l'embouchure de la rivière Boyer) démontrent que le saule peut se développer régulièrement jusqu'à 10 cm au-dessous de la cote des plus hautes marées de mars. La limite de sa distribution indiquerait donc la proximité de la *ligne des hautes eaux*. Par ailleurs, au cours des mêmes travaux, on a aussi observé que la limite inférieure de la distribution du frêne et du peuplier se situe exactement au niveau de la *ligne des hautes marées de mars*. Or l'observation de la distribution inférieure du frêne en direction du plan d'eau est particulièrement intéressante, parce qu'elle correspond à la limite des hautes eaux à la fois pour les cours d'eau sujets à la marée et ceux qui ne le sont pas (comme au lac Blouin).

Pour le moment, nous disposons de peu d'observations sur les caractéristiques de la végétation arbustive le long des cours d'eau sujets à la marée. Mais des levés à l'embouchure de la rivière Chaudière et, plus récemment, à l'embouchure de la rivière Boyer<sup>75</sup> indiqueraient que la limite de la distribution de la végétation arbustive correspond exactement à la position des plus hautes marées de mars, telles que déterminées avec les cycles métoniens. L'échantillonnage tout en étant insuffisant, constitue un indicateur de première importance.

• ***Deux problèmes particuliers***

La nature réserve parfois quelques surprises et il faut se méfier de circonstances trompeuses où il arrive que le talus retenant la végétation et la terre arable ne coïncident pas exactement avec la *ligne des hautes eaux* le long d'un cours d'eau sujet à marée. Ainsi, il faut être attentif à deux anomalies susceptibles de fausser le jugement d'un observateur peu averti. À certains endroits le long du fleuve Saint-Laurent, on observe une bande de terre fertile délimitée par un talus qui s'avance en direction du plan d'eau davantage que la forêt de haute futaie. Le bord du talus peut se trouver jusqu'à un mètre au-dessous de la *ligne des hautes eaux*. Une telle bande de terre fertile arrive à se constituer en raison de la présence de foins de grève dont les racines empêchent le lessivage du secteur malgré

---

75. Commentaires en référence à un levé d'arpentage effectué le 29 juillet 2005, par l'auteur et Frédéric Messier, dans l'estuaire de la rivière Boyer pour déterminer la ligne des hautes eaux.

l'inondation. Ces foins forment une prairie naturelle appréciée des animaux de ferme. Pour les cas observés, particulièrement sur la côte de Beaupré, ce n'est pas le sommet du talus qui coïncide avec les plus hautes marées de mars, mais la limite de la forêt de haute futaie.

À l'inverse, la deuxième exception concerne la présence d'arbres de haute futaie au-dessous de la *ligne des hautes eaux*. Un tel phénomène peut être observé par exemple sur la rive sud de l'Île du Large à Sainte-Anne-de-la-Pérade, où des érables argentés croissent tant bien que mal. Pour tous les cas observés, il s'agit de spécimens qui ont toutes les caractéristiques des ormes décrits par le frère Marie-Victorin dans son expertise de 1941. Il s'agit d'arbres qui ont de longues racines orientées d'un seul côté, soit vers la pente ascendante du talus qui borde la rive. Ainsi, l'extrémité des racines se trouve au-dessus de la cote de la *ligne des hautes eaux*, permettant à l'arbre de survivre. Il est donc prudent de ne pas tenir compte de ce type de végétation pour déterminer la *ligne des hautes eaux*.



Photographie 8



Photographie 9

Les photographies 8 et 9 illustrent des érables argentés de grève, tels qu'observés du côté sud de l'Île du Large à Sainte-Anne-de-la-Pérade.

L'ensemble de ces considérations fait le tour de la question, sur les aspects scientifique et juridique du moins, de l'établissement de la *ligne des hautes eaux*. Il ne resterait à discuter que de questions techniques concernant les méthodes de transfert des élévations à partir des points de nivellement et du rattachement avec les réseaux altimétriques utilisés. Ces questions ne sont pas d'intérêt général pour les juristes et concernent essentiellement un auditoire spécialisé en arpentage. Cela dit, il est donc opportun de conclure par un bilan.

### 3. CONCLUSION

Comme on le voit, les éléments de base décrivant le concept de *ligne des hautes eaux* sont très stables dans le temps. Pour les cours d'eau sujets à marée, le critère des plus hautes marées de mars s'est imposé depuis plus de trois cents ans. Ce qui a été amélioré au cours des dernières années, ce sont la précision et la systématisation des statistiques sur la marée. Aussi, il correspond à des signes ou indices visibles et identifiables sur le terrain. Cela assure une certaine stabilité au droit, ce qui est souhaitable en soi. Pour les cours d'eau non sujets à marée, la *ligne des hautes eaux* telle que définie correspond aussi à une marque<sup>76</sup> tangible et visible, en d'autres mots une trace ou une marque physique sur le terrain. En fait, dans l'une et l'autre des situations, la *ligne des hautes eaux* est relativement facile à percevoir et à établir dans un milieu naturel ou quasinaturel, en autant qu'une méthode rigoureuse d'observation soit suivie. Au regard de la méthodologie, il est requis, en toutes circonstances, de procéder à plusieurs observations indépendantes afin de déceler et d'éliminer des erreurs d'appréciation. L'évolution de la technologie pour le positionnement et le mesurage facilite de beaucoup la dispersion des observations sur de grandes surfaces de façon à éviter les erreurs ponctuelles découlant de levés trop sommaires.

Les difficultés reliées à l'utilisation et à l'application du concept proviennent de deux sources. Premièrement, la très grande majorité des difficultés d'établissement de la *ligne des hautes eaux* se retrouvent dans les milieux déstructurés. Pour la majorité des cas de remblayage ou de transformation du milieu naturel en bordure des cours d'eau, le repérage de la véritable *ligne des hautes eaux* naturelle constitue en fait une mission impossible. Sur le plan juridique, lorsqu'une remise en état n'est pas envisagée à court terme, il y aurait lieu de prévoir un mécanisme de reconnaissance de l'état de fait tout en exerçant un contrôle serré des utilisations futures des rives.

Enfin, bien des incompréhensions du concept de la *ligne des hautes eaux* découlent d'un vocabulaire peu approprié et portant à confusion. Il serait souhaitable de s'en tenir rigoureusement aux termes du *Code civil du Québec* pour désigner et déterminer la limite devant séparer les domaines privé et public en milieu hydrique.

---

76. Noter d'ailleurs que la *ligne des hautes eaux* se dit "high water mark" en anglais.

# LES RAPPORTS DE VOISINAGE EXPLIQUÉS PAR L'OBLIGATION *PROPTER REM*

*Lucie Laflamme\**

## 1. LE VOISINAGE

### 1.1 Le bon voisin

*1.1.1 La notion de voisin*

*1.1.2 L'obligation de bon voisinage*

### 1.2 Le point de rupture: le mauvais voisin

*1.2.1 Le voisin: une source d'inconvénients*

*1.2.2 En présence d'inconvénients anormaux: l'abus de droit et le trouble de voisinage*

## 2. LA RESPONSABILITÉ DÉCOULANT DES RAPPORTS DE VOISINAGE

### 2.1 Des inconvénients anormaux qui excèdent les limites de la tolérance

*2.1.1 L'élément objectif: la présence d'un préjudice causé par un voisin*

*2.1.2 L'élément subjectif: le point de rupture dans l'équilibre des rapports de voisinage*

### 2.2 Le régime de responsabilité applicable

*2.2.1 Les fondements de la responsabilité*

*2.2.1.1 Les explications proposées*

*2.2.1.2 L'explication retenue*

*2.2.2 L'obligation propter rem: une explication du peu d'excuses possibles*

## CONCLUSION

---

\* LL.D., professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteure tient à remercier sa collègue Nathalie Vézina pour la lecture et les commentaires de ce texte. Les opinions exprimées n'engagent que l'auteure cependant.

\* \* \*

« Choisir ses voisins est plus important que choisir sa maison<sup>1</sup> ». Les personnes incommodées par leur voisin l'admettront volontiers. Dans le cadre d'un ouvrage collectif consacré au droit patrimonial et destiné au professeur Frenette, un texte consacré aux abus de droit et aux troubles de voisinage s'imposait. Cet auteur prolifique s'est aussi intéressé à cette question<sup>2</sup>. Sur ce sujet encore épineux s'il en est un, autant pour les voisins que pour ceux qui en discutent sur le plan juridique, nous voulions participer au débat, mais sur le plan juridique seulement!

Les rapports de voisinage s'articulent principalement autour de deux grandes questions, qui permettent d'ailleurs de présenter le sujet sous une forme plutôt classique, soit un exercice de qualification et les effets que produit la qualification retenue. Ainsi, la première partie de ce texte aborde des notions plus générales sur le voisinage alors que la deuxième partie s'intéresse à la responsabilité qui incombe à un voisin selon la qualification retenue.

## 1. LE VOISINAGE

Notion simple en apparence mais combien complexe dans sa réalité, le voisinage mérite au moins quelques développements dans l'étude des rapports qu'il engendre. Dans cette optique, il importe de préciser qu'il existe en droit québécois une obligation de bon voisinage (1.1). Malgré cela, il est difficile de déceler le moment à partir duquel cette obligation est transgressée (1.2).

### 1.1 Le bon voisin

De façon générale et sans aucun appui scientifique, il est possible d'affirmer que le bon voisin est celui qui respecte les autres. Mais à partir de quand quelqu'un peut-il être qualifié de voisin (1.1.1)? La question est importante puisque ce n'est qu'une fois ce statut déterminé, qu'il est possible d'élaborer sur les obligations qui en découlent (1.1.2).

#### 1.1.1 La notion de voisin

Avant même d'affirmer qu'un voisin est bon ou mauvais, il faut d'abord s'entendre sur ce qu'est un voisin, du moins en droit des biens. Cette notion peut en effet être comprise ou expliquée avec des composantes propres à un domaine d'études<sup>3</sup>. Cependant, la conception générale de cette notion se réfère systématiquement à des éléments de proximité.

1. Proverbe chinois.
2. François FRENETTE, « Les troubles de voisinage », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit immobilier (1999)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1999, p. 145 et sq.
3. Par exemple en philosophie, en théologie, en sociologie, en urbanisme, en éducation, etc.

Le *Code civil du Québec* définit plusieurs expressions, mais la notion de «voisin» n'en fait pas partie. Le Petit Larousse illustré, quant à lui, définit ainsi cette notion : «Qui habite à proximité; qui occupe la place la plus proche<sup>4</sup>». La notion de voisin comporte donc une composante géographique<sup>5</sup> qui renvoie à la notion de distance. S'il n'y a pas contiguïté, la distance qui sépare des voisins doit être courte. Ceci étant, il n'existe pas de mesure à partir de laquelle une personne perd son statut. Dans un contexte de rapports de voisinage, il faut que la distance soit suffisante pour rendre pertinente l'application des règles du Code civil sur le sujet.

### 1.1.2 L'obligation de bon voisinage

Il existe une obligation de bon voisinage en droit civil québécois<sup>6</sup>. Celle-ci résulte de l'article 976 C.c.Q. qui dispose que : «Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage [...]». *A contrario*, cet article signifie qu'un propriétaire n'est pas tenu d'accepter les inconvénients anormaux du voisinage. Il en découle qu'un propriétaire ne peut les causer sans s'exposer au risque que son voisin brandisse son droit. D'où l'existence d'une obligation de bon voisinage. Un bon voisin est donc celui qui ne cause pas d'inconvénients pour les autres ou, s'il engendre des inconvénients pour autrui, ceux-ci sont «normaux».

Une analyse de l'emplacement de cet article dans le *Code civil* révèle qu'en principe, seuls les titulaires d'un droit de propriété sur un immeuble peuvent prétendre à un bon voisinage. En effet, l'article 976 C.c.Q. est une disposition générale du chapitre consacré aux règles particulières à la propriété immobilière, chapitre qui se retrouve dans le Titre II intitulé «De la propriété», du Livre 4 du *Code civil* consacré aux biens.

S'il est indubitable que les propriétaires peuvent s'attendre à un bon voisinage, qu'en est-il des autres titulaires d'un droit qui peut conduire à une relation de voisinage avec autrui? Les locataires peuvent se prévaloir

4. *Petit Larousse illustré*, v. voisin(e).

5. *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, [2003] R.J.Q. 1883 (C.S.) (en appel); *Couvoir Boire & frères c. Houle*, B.E. 2002BE-272 (C.S.) (1 km approx.); *Roberge c. Ville de Sherbrooke*, J.E. 2001-2218 (C.S.); J.E. 2004-1862 (C.A.) (autour de 500 m); *Théâtre du Bois de Coulonge inc. c. Société nationale des québécois et québécoises de la Capitale inc.*, [1993] R.R.A. 41 (C.S.) (1,5 km); *Carey Canadian Mines Ltd c. Plante*, [1975] C.A. 893. P.-C. LAFOND, «L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage: petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins», (1999) 33 *R.J.T.* 231, 236. Dans *Ouimette c. Canada (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1228 (C.A.), il a été décidé que des personnes habitant à plus de 100 km n'étaient pas voisines.

6. Dans le même sens: Jean-Guy CARDINAL, «L'abus de droit», (1967-1968) 70 *R. du N.* 493, 498; Richard BOURGAULT, «Chronique - Les troubles de voisinage... Et si ça vous arrivait?», *Repères*, mai 2000, EYB2000REP93, p. 1. *Café Château Madrid ltée c. Développement Ramco inc.*, B.E. 2000BE-835 (C.S.); *Bonneau Robitaille-Soucy c. Beaumont*, [2003] R.D.I. 807 (C.S.); *Poulin c. Vanzin*, B.E. 2003BE-576 (C.S.); *Bonneau c. Rekik*, J.E. 2005-1057 (C.S.).

des articles 1859 à 1861 C.c.Q.<sup>7</sup>. Pour les autres, tels l'usufruitier, l'emphytéote, ou encore le détenteur ou le possesseur, la question s'est posée en doctrine.

Selon Pierre-Claude Lafond, l'article 976 C.c.Q. pourrait être invoqué par toute personne qui exerce un droit de jouissance, y compris le possesseur et le détenteur au motif que « l'article 976 C.c.Q. ne fait aucunement référence aux notions de propriété ou de propriétaire, se contentant de s'adresser "aux voisins"<sup>8</sup> ». Le professeur Frenette, pour sa part, soutient que cette disposition doit être réservée à la propriété immobilière seulement. Il motive cette affirmation par les commentaires du ministre sous l'article 976 C.c.Q. et par le fait que les dispositions suivantes, soit les articles 977 à 1008 C.c.Q., sont réservées uniquement à la propriété immobilière<sup>9</sup>.

La jurisprudence, quant à elle, se montre très permissive en ce qui concerne les personnes admises à invoquer l'article 976 C.c.Q. En effet, une demande formulée en vertu de l'article 976 C.c.Q. n'a jamais été rejetée au motif qu'elle est présentée par une personne autre qu'un titulaire d'un droit de propriété<sup>10</sup>. Il a toujours semblé aller de soi qu'un voisin, peu importe le droit qu'il exerce, puisse intenter un recours parce qu'il subit des inconvénients en raison de son voisinage. En revanche, le défendeur est toujours un propriétaire, à moins que d'autres personnes soient responsables des inconvénients anormaux avec lui<sup>11</sup>.

Tout en reconnaissant ces tendances doctrinale et jurisprudentielle sur la question, à l'instar du professeur Frenette<sup>12</sup>, nous nous permettons d'en discuter le bien-fondé. Un recours pour troubles de voisinage s'appuyant sur la norme de l'article 976 C.c.Q. devrait être réservé aux seuls propriétaires d'immeubles<sup>13</sup>. D'ailleurs, pour les autres questions réglées

- 
7. Un locataire peut demander une diminution de loyer s'il est victime d'un trouble de voisinage. *Traban c. Toupin*, J.E. 98-1492 (C.Q.).
  8. Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 1999, p. 410; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 236; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000, p. 105; Adrian POPOVICI, « La poule et l'homme: sur l'article 976 C.c.Q. », (1996-1997) 99 *R. du N.* 214, 242.
  9. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 147. Dans le même sens mais de façon plus nuancée: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 225.
  10. Même un locataire. *Cauchon c. Pelletier*, J.E. 98-1889 (C.Q.); *Mayer c. Cast Terminal inc.*, J.E. 98-706 (C.S.); *Traban c. Toupin*, J.E. 98-1492 (C.Q.); *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, J.E. 2005-654 (C.S.).
  11. *Tang c. Murraïne*, [1997] R.D.I. 556 (C.S.); *Christopoulos c. Restaurant Mazurka inc.*, [1998] R.R.A. 334 (C.A.).
  12. Dans le même sens F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 147. De façon plus nuancée: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 225.
  13. Les autres personnes ne sont pas démunies. Elles peuvent notamment défendre leur droit par une action possessoire ou encore invoquer l'abus de droit. Elles sont aussi protégées par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 6.

par les articles 977 et suiv. C.c.Q., le recours intenté par une personne autre que le propriétaire serait sans aucun doute rejeté par ces mêmes tribunaux. Enfin, si l'article 976 C.c.Q. avait une portée aussi générale, il se trouverait ailleurs dans le Code, soit avec les articles 6 et 7 C.c.Q. ou encore au sein des règles consacrées à la responsabilité civile. Il faut donc en conclure que la permissivité évoquée précédemment n'est pas justifiée et que cet article ne devrait être invoqué que par le propriétaire d'un bien immobilier.

Quoi qu'il en soit, les auteurs rejettent unanimement le fait qu'un entrepreneur exécutant des travaux pour le compte d'un voisin puisse être poursuivi pour troubles de voisinage sur le fondement de l'article 976 C.c.Q.<sup>14</sup>. L'entrepreneur n'est pas un voisin puisqu'il n'exerce pas un droit réel, ou à la rigueur un droit de jouissance<sup>15</sup>, à l'égard du fonds voisin. Pour tenir cet entrepreneur responsable, il faut utiliser les règles générales de la responsabilité civile<sup>16</sup> ou encore poursuivre le voisin qui a retenu les services de cet entrepreneur<sup>17</sup>.

L'obligation de bon voisinage revenant au titulaire d'un droit de propriété seulement<sup>18</sup>, elle devient une charge pour celui-ci, autrement dit une obligation *propter rem*<sup>19</sup>, car elle impose certaines limitations à

14. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 243-245; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 237. Pourtant cette critique n'est pas récente: voir F. FRENETTE, «Chronique de droit des biens» (1973) 4 *R.G.D.* 91, 95.

15. En admettant que les tendances doctrinale et jurisprudentielle soient suivies.

16. C.c.Q., art. 1457 et sq.

17. Voir notamment: *Lessard c. Dupont-Beaudouin*, [1997] R.D.I. 45 (C.S.); *Veilleux c. Fiduciaires du fonds de placement immobilier Cominar*, B.E. 2000BE-396 (C.S.). D'ailleurs, l'article 976 C.c.Q. est un fondement juridique plus viable contre le propriétaire voisin que ne le serait l'article 1463 C.c.Q., puisque l'entrepreneur échappe à la notion de préposé exigée par la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui.

18. Les titulaires d'une modalité d'un droit de propriété sont également visés. Une modalité affecte la façon d'exercer un droit, non pas le droit lui-même, d'où la présence d'obligations réelles dans ce domaine également. Voir par exemple, pour les rapports de voisinage: *Parent c. Salerno*, [2004] R.D.I. 997 (C.Q.); *Moreau c. Gaudet*, [2003] R.D.I. 147 (C.S.).

19. J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 6, p. 498; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 99; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2005, n° 231, p. 172. Adrian Popovici y réfère, quoi que plus timidement: *loc. cit.*, note 8, p. 225. Dans *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195 (C.A.), il est fait référence implicitement à cette obligation. À propos de l'emplacement de l'article 976 C.c.Q. dans le Code civil, la juge déclare: «[...] C'est dans ce chapitre qu'on retrouve les anciennes servitudes "dérivant de la situation des lieux ou établies par la Loi". Lorsqu'on parle de servitude, on se réfère bien sûr à la charge imposée sur un héritage au profit d'un autre. Cela suggère une intention de dissocier ces limitations du régime de la responsabilité civile pour plutôt les rattacher à une règle constitutive de droit réel qui, par elle-même, fait abstraction du concept de la faute. Le droit consacré par cet article me semble trouver sa source dans l'équilibre de l'exploitation d'un héritage par rapport à l'exploitation des héritages voisins et constituer, de ce fait, une pseudo-servitude légale découlant de l'environnement humain dans lequel se retrouve une propriété donnée» (par. 40 du jugement).

l'exercice de son droit<sup>20</sup>. Ces charges ou limitations s'expliquent par le fait que deux droits réels portant sur une même chose ou deux choses voisines font inmanquablement apparaître l'idée d'un conflit de droits réels – d'où la présence d'obligations réelles pour expliquer certaines limitations aux droits en présence. Pour chacun des voisins, l'obligation *propter rem* :

[...] diminue les prérogatives naturelles d'un droit, prérogatives naturelles, mais dont la rigueur pourrait nuire au droit rival; [...] impose même des prestations positives, mais toujours dans le même but; [...]<sup>21</sup>.

Lorsqu'il y a rencontre de droits réels sur une même chose ou deux choses voisines, l'obligation réelle (ou obligation *propter rem*) focalise l'obligation passive universelle imposée aux tiers de respecter les droits réels, sur une ou quelques personnes seulement. Dans ces situations, l'obligation *propter rem* « exprime l'opposabilité d'un droit réel au droit antagoniste<sup>22</sup> ». Cette opposabilité, engendrant des obligations réciproques, explique en même temps le fait qu'il est reconnu que le droit exige davantage de retenue de la part d'un voisin que d'un tiers<sup>23</sup>.

En effet, l'obligation *propter rem* (obligation réelle) possède une nature juridique particulière. Selon Hassen Aberkane,

[...] l'obligation réelle a la nature d'un droit de créance, puisqu'elle s'applique à une personne et l'astreint à diverses prestations. Si elle participe d'une certaine réalité, ce n'est pas par sa nature, mais seulement par son origine. À son origine, il y a un droit réel, dont elle tend précisément à assurer l'exercice<sup>24</sup>.

Ceci fait en sorte que l'obligation suit le bien en quelles que mains qu'il passe, car il est la contrepartie du droit exercé. En revanche, cette obligation cesse en même temps que la propriété. Bref, tant qu'il est titulaire du droit, un propriétaire est tenu d'une obligation *propter rem* qui lui impose de respecter les règles de bon voisinage, donc de n'engendrer que des inconvénients normaux. S'il en va autrement, le propriétaire voisin peut lui opposer son propre droit.

20. Le *Code civil du Québec* en contient plusieurs dans le Livre consacré aux Biens, spécialement dans le chapitre des règles particulières à la propriété immobilière (976 et sq. C.c.Q.). S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 99.

21. Hassen ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 19, n° 23.

22. *Id.*, p. 22, n° 24.

23. Tout comme davantage de tolérance de la part de celui qui prétend subir des inconvénients de la part de son voisin.

24. H. ABERKANE, *op. cit.*, note 21, p. 134, n° 103 bis.

## 1.2 Le point de rupture : le mauvais voisin

Aussi absolu qu'il puisse sembler à première vue<sup>25</sup>, le droit de propriété contiendrait « en lui-même le germe de sa propre limitation<sup>26</sup> ». Les règles sur le voisinage en sont des exemples. Formulé autrement pour rendre compte des rapports de voisinage, le droit des uns s'arrêterait là où commence celui des autres. Ainsi, lorsqu'une personne enfreint son obligation de bon voisinage, le propriétaire voisin est justifié de faire valoir son droit (1.2.2), mais il doit d'abord faire preuve de tolérance (1.2.1).

### 1.2.1 Le voisin : une source d'inconvénients

En édictant que les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage à l'article 976 C.c.Q., le législateur reconnaît du même coup que la présence d'un voisin puisse être source d'inconvénients<sup>27</sup>. Qui plus est, ces inconvénients doivent être supportés, s'ils ne dépassent pas la tolérance exigée dans le cadre de rapports de voisinage. Il résulte de cet exercice sémantique qu'un propriétaire bénéficie d'un espace plus ou moins grand, représenté par le degré de tolérance du voisin<sup>28</sup>, pour causer des inconvénients. En d'autres termes, il jouit d'un droit de nuire protégé par le législateur<sup>29</sup> ! Sur le sujet, l'auteure Karila de Van s'exprime ainsi :

La question revient toujours à un moment où un autre à prendre en considération ce conflit entre deux droits et à accepter une certaine normalité du droit de nuire qui ne deviendra « anormal » que lorsqu'il deviendra excessif<sup>30</sup>.

25. Sur le caractère absolu du droit, voir notamment : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3 « Les Biens », coll. Thémis/droit privé, 15<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1992, n° 68, p. 138 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : Les biens*, par Pierre JOURDAIN, Paris, Dalloz, n° 40, p. 46 ; Christian LARROUMET, *Droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2 « Les biens, les droits réels principaux », coll. Droit civil, Paris, Économica, 1988, n° 212, p. 129 ; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1992, n° 128, p. 92 ; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 92 ; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 8, p. 272. Cet auteur scinde le caractère absolu en deux catégories qui rejoignent néanmoins la façon classique de représenter les caractères du droit de propriété.
26. Marquis De VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », (1905) 4 *R.T.D. civ.* 443-445 ; Serge PICHETTE, « La relativité du droit de propriété », (1990) 24 *R.J.T.* 529, 533. Sur le plan de l'exercice, aucun droit n'est absolu par ailleurs. (C.c.Q., art. 947).
27. *Gagnon c. Caron*, [1997] R.D.I. 579 (C.S.) ; *Trahan c. Toupin*, précité, note 7 ; *Pietroniro c. Lévesque* [1998] R.D.I. 411 (C.S.) ; *Verreault c. Gousse*, [1999] R.D.I. 520 (C.S.) ; *Caron c. De Vos*, J.E. 99-1056 (C.S.) ; *Foster c. Johnson*, J.E. 99-1538 (C.S.) ; *Veilleux c. Fiduciaires du fonds de placement immobilier Cominar*, précité, note 17 ; *Dion c. Tessier*, B.E. 2003BE-101(C.A.) ; *Labine-Forget c. Ionescu*, [2004] R.D.I. 143 (C.S.) ; *Blais c. Couillard*, [2005] R.D.I. 638 (C.S.).
28. Ce degré de tolérance sera évalué en tenant compte de critères établis par la loi (C.c.Q., art. 976).
29. Et si cela paraît farfelu à première lecture, il ne faut pas oublier que le législateur, dans un article du même chapitre, reconnaît sans ambages un droit de polluer ! (C.c.Q., art. 982).
30. Juliana KARILA de VAN, « Le droit de nuire », (1995) *R.T.D. civ.* 533, 548. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 226 ; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 242 (et jurisprudence citée).

Outre qu'il en découle une obligation *propter rem* de bon voisinage, l'article 976 C.c.Q. trace donc une limite aux recours que les voisins peuvent exercer les uns contre les autres. En d'autres mots, un voisin aurait droit « [...] à sa quiétude, tout en sachant qu'il ne peut espérer bénéficier de l'isolement<sup>31</sup> ».

### 1.2.2 En présence d'inconvénients anormaux : l'abus de droit et le trouble de voisinage

Une certaine confusion peut exister entre deux notions voisines (!) mais distinctes, soit l'abus de droit, d'une part, et le trouble de voisinage, d'autre part. Le *Code civil du Québec*, même s'il admet un droit de nuire à l'article 976 C.c.Q., défend en même temps l'exercice d'un droit qui va à l'encontre des exigences de la bonne foi à l'article 7 C.c.Q. Cette dernière disposition, qui a trait à l'exercice des droits civils en général, peut être invoquée par n'importe qui et dans différents contextes, car elle est située dans le Livre premier du Code civil intitulé « Des personnes » et plus particulièrement au Titre I, intitulé « De la jouissance et de l'exercice des droits civils ». Ceci fait en sorte que l'abus de droit vise un exercice abusif de n'importe quel droit, que ce soit un droit de propriété ou un autre droit, réel ou personnel. En l'espèce, le droit est détourné de sa fonction sociale, causant ainsi un préjudice<sup>32</sup>.

Il est généralement reconnu que l'abus de droit peut prendre deux formes : l'exercice d'un droit dans une intention de nuire ou encore l'exercice d'un droit d'une manière excessive ou déraisonnable. Dans le premier cas, une intention est nécessaire<sup>33</sup> alors que dans l'autre, cette intention s'infère d'un comportement<sup>34</sup>. Quoi qu'il en soit, le titulaire exercerait

31. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 19, n° 236, p. 174.

32. J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 6, p. 497; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998, n° 192, p. 139; Juliana KARILA de VAN, *loc. cit.*, note 30, p. 541.

33. Voir notamment : *Air Rimouski c. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Blais c. Giroux*, [1958] C.S. 569; *Laperrière c. Lemieux*, [1958] R.L. 228; *Maheux c. Boutin*, J.E. 96-136 (C.Q.); *Cauchon c. Pelletier*, précité, note 10; *Faucher c. Faucher*, [2001] R.D.I. 275 (C.S.); *Bernard c. Loignon Champ-Carr inc.*, J.E. 2004-1686 (C.S.); *Légaré c. Flammand*, [2004] R.D.I. 752 (C.Q.); *Lefebvre c. Janbévich*, [2004] R.D.I. 445 (C.Q.); *C.L. c. P.T.*, [2005] R.D.I. 617 (C.S.); *Grondin c. Côté*, B.E. 2005BE-386 (C.Q.). Parfois un comportement fautif a été reconnu chez les deux parties; Richard BOURGAULT, *loc. cit.*, note 6.

34. Voir notamment : *Mercier c. Construction D. Caron*, [1996] R.D.I. 471 (C.Q.); *Gauthier c. Roy*, [1999] R.D.I. 87 (C.S.); *Hydro-Québec c. Radmore*, [1991] R.J.Q. 1852 (C.A.); *Hogue c. Brassard*, [1997] R.D.I. 563 (C.S.); *Lessard c. Dupont-Beaudouin*, précité, note 17; *Sévigny c. Alimentation G.F. Robin inc.*, J.E. 99-584 (C.Q.); *Mendel c. Les entreprises Pemik inc.*, [1997] R.D.I. 100 (C.S.); *Caron c. De Vos*, précité, note 27; *Blanchet c. Hydro-Québec*, J.E. 2001-1062 (C.S.); *Whitrow c. Propriétés Belcourt inc.*, [2002] R.D.I. 149 (C.Q.); *Laflamme c. Jules Maltais ltée*, B.E. 2003BE-366 (C.Q.).

son droit de façon régulière, si ce n'était le fait qu'il poursuit le but de nuire à son voisin ou qu'il adopte un comportement qui n'obéit pas aux exigences de la bonne foi<sup>35</sup>, causant ainsi un dommage à autrui<sup>36</sup>.

Le trouble de voisinage se dégage, quant à lui, du texte de l'article 976 C.c.Q. Cette disposition se lit comme suit: «Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux». Pour qu'il y ait troubles de voisinage, le droit n'est pas forcément détourné de sa fonction sociale. Il suffit, pour qu'il existe, qu'un voisin subisse des inconvénients anormaux. Tel que mentionné plus haut, cet article, outre qu'il engendre des obligations réelles, trace une limite aux recours que les voisins peuvent tenter les uns contre les autres.

Il y a apparemment une contradiction entre les articles 7 et 976 C.c.Q. en ce qui concerne le droit de nuire, mais cette contradiction ne conduit pas à une impasse. Comme le législateur ne parle pas pour ne rien dire, il faut admettre qu'en matière de voisinage, l'abus de droit de l'article 7 C.c.Q. est subordonné à l'article 976 C.c.Q.<sup>37</sup>. Autrement dit, en matière de relations de voisinage entre titulaires du droit de propriété, l'article 976 C.c.Q. agirait comme un prisme afin d'éviter les incongruités causées par la proximité de droits antagonistes<sup>38</sup>. Ainsi, dans le cadre de rapports de voisinage, un droit peut être exercé en vue de nuire, mais si les inconvénients qui en résultent sont normaux, les obligations relatives au voisinage sont respectées. C'est donc à juste titre qu'un auteur belge écrit:

[...] Aussi peut-on dire que, de tout temps, une certaine tolérance s'est imposée aux voisins: on passe l'éponge sur une foule de circonstances irritantes provenant des goûts, des habitudes, des manies d'autrui. En d'autres termes, chacun peut infliger à son voisin une certaine dose de dommages qu'il n'aurait pas le droit d'infliger à un tiers. Situation juridiquement exceptionnelle, sans doute, mais inhérente à la vie en société; situation, au surplus, non privilégiée, car l'avantage qui en résulte est compensé par la réciprocité<sup>39</sup>.

35. C.c.Q., art. 6.

36. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaire du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, Commentaire sous l'art. 7.

37. Certains auteurs proposent de l'utiliser comme un arrière-plan: P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 251; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 227 et sq. À défaut de disposition précise dans un secteur, nous préférons plutôt en faire carrément un test pour tous les incidents de parcours en matière de relations de voisinage.

38. À cet égard, il est intéressant de noter que l'article 976 C.c.Q., vu son caractère général, est parfois invoqué avec des dispositions plus précises. Voir par exemple: *Bolduc c. Rada*, [1996] R.D.I. 449 (C.S.); *Delisle c. Fori*, [2000] R.D.I. 393 (C.S.); *Perron c. Lacoursière*, B.E. 2003BE-325 (C.S.). Par contre, l'article 976 C.c.Q. ne peut servir à contrecarrer des obligations plus précises: *Moreau c. Gaudet*, précité, note 18.

39. Henri De PAGE et René DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 5, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1975, p. 812, n° 918. Dans le même sens, A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 227.

Bien entendu, autant en matière d'abus de droits que de troubles de voisinage, c'est la présence d'inconvénients anormaux qui enclenchera l'exercice de qualification permettant de déterminer les domaines respectifs de l'abus de droit et du trouble de voisinage. Bien qu'il existe une relation entre les deux notions, elles conservent néanmoins une existence distincte, et le domaine d'application de l'une peut influencer sur celui de l'autre.

La plupart des auteurs reconnaissent qu'il existe une distinction entre la notion d'abus de droit et celle de troubles de voisinage<sup>40</sup>. En effet, il y a convergence d'opinions sur le fait que le trouble de voisinage, à la différence de l'abus de droit, résulte, le plus souvent, d'événements répétitifs, continus ou encore récurrents<sup>41</sup>. Pris isolément, ces événements sont, la plupart du temps, insuffisants pour que la victime puisse saisir la justice afin d'obtenir réparation d'un dommage. C'est donc la récurrence, la continuité ou encore la répétition qui engendre le dommage susceptible d'être indemnisé dans ces cas. Dans la démarche, des événements sont d'abord scrutés plutôt que des comportements<sup>42</sup>.

Au contraire, l'abus de droit se constate par référence à l'auteur du dommage. En effet, pour déterminer s'il y a abus de droit, c'est le comportement du voisin qui est évalué<sup>43</sup>. Pour recevoir la qualification d'abus de droit, un droit doit être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable. Si tel est le cas, les exigences de la bonne foi ne sont pas satisfaites<sup>44</sup>. Contrairement au trouble de voisinage, un abus de droit peut provenir d'un acte isolé. Il suffit qu'un droit soit exercé dans le but de nuire ou d'une manière excessive et déraisonnable causant ainsi un dommage à autrui, pour qu'il existe.

Ceci étant, la distinction entre les domaines respectifs de l'abus de droit et du trouble de voisinage s'avère souvent difficile à percevoir, surtout lorsqu'il s'agit de distinguer entre l'abus de droit provenant du comportement excessif et déraisonnable d'un voisin et le trouble de voisinage.

40. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 239; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 148; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 102; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 8, p. 406.

41. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 239; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 148; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 102. Voir entre autres : *Lessard c. Bernard*, [1996] R.D.I. 210 (C.S.); *Gagnon c. Caron*, précité, note 27; *Millaire c. Sévigny*, B.E. 99BE-1023 (C.S.); *Veilleux c. Fiduciaires du fonds de placement immobilier Cominar*, précité, note 17; *Mottet c. Commission scolaire Sir-Wilfrid-Laurier*, B.E. 2002BE-808 (C.Q.); *Boisvert c. Gagnon*, B.E. 2002BE-447 (C.S.); *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Labine-Forget c. Ionescu*, précité, note 27; *Blais c. Langevin*, B.E. 2004BE-2 (C.S.); *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, [2005] R.J.Q. 116 (C.S.) (en appel). Mais voir : *Christopoulos c. Restaurants Mazurka inc.*, précité, note 11, 351 (C.A.).

42. Dans le même sens, Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *op. cit.*, note 32, n° 211, p. 151; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 239.

43. Dans le même sens, P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 249.

44. C.c.Q., art. 6.

L'affaire *Barrette c. Ciment du St-Laurent inc.*, dont le jugement de première instance a été porté en appel<sup>45</sup>, l'illustre bien. Dans cette cause, des citoyens se plaignent des odeurs, du bruit et de la poussière que leur cause l'exploitation d'une cimenterie. La faute intentionnelle et le comportement fautif ayant été exclus, il a été jugé qu'il s'agit d'un trouble de voisinage. Une grande partie de la décision rendue dans cette affaire s'appuie sur l'argumentaire de la juge Thibault dans *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*<sup>46</sup>. Dans l'affaire *Gourdeau*, les dommages résultent de la construction de deux murs de béton qui mesurent vingt-cinq pieds et qui s'appuient sur l'édifice voisin, empêchant ainsi les travaux d'entretien usuels et privant certaines autres personnes d'air et de lumière, car leurs balcons se retrouvent de ce fait coincés dans une sorte de cheminée. Écrivant au nom de la majorité, la juge Thibault s'exprime ainsi :

En l'absence d'une servitude de vue en faveur de l'immeuble des appelants, l'auteur des intimés disposait du droit, bien légitime d'ailleurs, de protéger son intimité. Mais ici le moyen retenu dépassait largement les mesures normales et acceptables. Par rapport à l'objectif recherché, la hauteur des murs est démesurée et excessive et leur configuration totalement inacceptable. [...] <sup>47</sup>.

Elle estime donc que le propriétaire qui a construit ce mur a eu un comportement excessif et déraisonnable, ce qui aurait dû entraîner une qualification d'abus de droit. Pourtant, en scrutant uniquement les dommages causés par la présence de ces murs, elle conclut, erronément à notre avis, au trouble de voisinage. Le dommage causé au voisin est une conséquence, analysée objectivement, du comportement du propriétaire qui l'a construit. Or, tel que vu précédemment, l'abus de droit peut justement résulter d'un comportement excessif et déraisonnable.

En conséquence, ces deux décisions se distinguent sur le plan du fait générateur de la responsabilité. Dans l'une, les inconvénients ne résultent pas directement d'un comportement fautif (odeur, bruit et poussière d'une cimenterie) alors que dans l'autre (murs d'une hauteur exagérée), ils sont une conséquence directe d'une construction de l'auteur des défendeurs<sup>48</sup>.

45. [2003] R.J.Q. 1883 (C.S.).

46. *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*, précité, note 19.

47. *Id.*, par. 48 du jugement.

48. Il faut dire que la juge devait trancher une situation pour le moins inhabituelle. Le comportement fautif émanait de l'auteur des intimés qui n'avaient pas commis eux-mêmes de faute. Les appelants ne s'en étaient jamais plaints mais les dommages étaient indubitables et il fallait déterminer qui allait devoir supporter les coûts de la démolition. La Cour d'appel a décidé que ce serait les appelants qui assumeraient les frais de démolition car ils connaissaient la situation avant d'acheter. Cette conclusion ne choque pas si elle est expliquée par la présence d'obligations réelles en matière de voisinage. En effet, ces obligations sont transmissibles. Voir H. ABERKANE, *op. cit.*, note 21, p. 139.

Il reste néanmoins qu'une fois le fait générateur de responsabilité arrêté, l'abus de droit et le trouble de voisinage doivent encore être mis en relation pour tenir compte des obligations réelles provenant du voisinage, lesquelles découlent de l'article 976 C.c.Q. Il faut admettre que cet exercice est susceptible d'engendrer lui-même de la confusion. Il laisse en effet entendre que l'existence d'un trouble de voisinage est intimement liée à la présence d'un abus de droit<sup>49</sup>. Au contraire, l'existence autonome du trouble de voisinage n'est aucunement niée. En l'absence de mauvaise foi résultant d'un acte intentionnel ou encore d'un comportement excessif et déraisonnable conduisant à l'abus de droit, il reste simplement un inconvénient résultant de la présence d'un voisin. Si cet inconvénient devient anormal et dépasse les limites de la tolérance que se doivent des voisins, il y a troubles de voisinage<sup>50</sup>. Partant, il se peut qu'un voisin puisse se pourvoir en justice contre des dommages subis sans mauvaise foi aucune de la part du propriétaire voisin, simplement parce qu'il subit des inconvénients anormaux. Ainsi, le trouble de voisinage n'est pas un abus de droit. Il s'en distingue car il ne résulte pas d'un comportement clairement fautif<sup>51</sup>. Il jouit donc d'une existence autonome par rapport à l'abus de droit, en plus de refléter des obligations réelles découlant du voisinage.

Cette façon de concilier et d'organiser les domaines respectifs de l'abus de droit et du trouble de voisinage respecte d'ailleurs les règles d'interprétation en droit civil puisque le livre premier du *Code civil du Québec*, dans lequel se retrouve la disposition relative aux abus de droit, énonce les principes généraux relatifs à l'exercice des droits civils. En conséquence, il doit constituer la première étape du raisonnement. Il faut rechercher d'abord si le voisin abuse de son droit, avant de chercher à l'accuser de troubles de voisinage. D'ailleurs, il s'agit d'un réflexe communément accepté en responsabilité civile puisqu'il y a alors un comportement clairement fautif<sup>52</sup>. Une fois l'abus de droit prouvé, il faut encore le situer dans le contexte des relations de voisinage qui sont des obligations réelles, lesquelles découlent d'une disposition particulière : l'article 976 C.c.Q. En revanche, l'absence d'abus de droit n'empêche pas de sanctionner le trouble de voisinage, lorsqu'il existe.

## 2. LA RESPONSABILITÉ DÉCOULANT DES RAPPORTS DE VOISINAGE

Les règles sur le voisinage visent à maintenir l'équilibre entre les droits de chacun. Cet équilibre se traduit par une obligation de bon voisinage,

49. Voir D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 19, n<sup>os</sup> 234 et *ssq.*, p. 172 et *sq.*

50. C.c.Q., art. 976.

51. C.c.Q., art. 7.

52. C.c.Q., art. 1457.

laquelle se déduit du texte de l'article 976 C.c.Q. Lorsqu'un propriétaire cause des inconvénients anormaux à son voisin, il contrevient à son obligation de bon voisinage. Il rompt cet équilibre et engage potentiellement sa responsabilité. Se pose alors la question du fondement de cette responsabilité. Il s'agit-là d'une problématique fort épineuse en doctrine et en jurisprudence qui ne fait certes pas l'unanimité. Afin de ne pas reprendre tout le débat, nous tenterons plutôt de l'aborder sous un angle explicatif en exposant au passage notre opinion.

En matière de rapport de voisinage, les interrogations relatives à la responsabilité débudent lorsqu'un voisin subit des inconvénients anormaux, indépendamment d'une intention de nuire, d'un comportement excessif et déraisonnable, voire d'une faute (2.1). De telles situations amènent à s'interroger sur les fondements de la responsabilité susceptible d'être encourue par l'auteur de ces inconvénients (2.2.).

## **2.1 Des inconvénients anormaux qui excèdent les limites de la tolérance**

Tant pour l'abus de droit que pour le trouble de voisinage, le processus visant à engager la responsabilité d'un voisin est enclenché si deux facteurs sont réunis : la présence d'un préjudice causé par un voisin et un point de rupture dans l'équilibre des relations de voisinage. La présence d'un préjudice (ou dommage) causé par un voisin se révèle être un élément objectif du fait générateur de responsabilité (2.1.1) alors que la preuve de ce fait générateur fait également appel à la considération d'éléments subjectifs lorsqu'il s'agit de déterminer un point de rupture dans les relations de voisinage (2.1.2).

### ***2.1.1 L'élément objectif: la présence d'un préjudice causé par un voisin***

L'exigence d'un préjudice (ou dommage) comme préalable à toute discussion sur la responsabilité qu'il engendre va de soi. Il s'agit d'ailleurs d'un procédé bien connu en responsabilité civile et d'un réflexe tout à fait légitime en matière de rapports de voisinage. Habituellement, le préjudice est facile à déceler et à prouver puisque les règles usuelles en la matière s'appliquent. En effet, que le préjudice apparaisse dans le cadre de rapports de voisinage ou encore à l'occasion d'un abus de droit ne fait pas de différence; la preuve obéit aux mêmes règles. Le demandeur doit être en mesure de prouver que le préjudice dont il se plaint est sérieux et réel<sup>53</sup>. Sur le sujet, la Cour d'appel s'est déjà exprimée ainsi :

53. *Dupré c. Germain*, [1996] R.D.I. 388 (C.S.). Dans cette affaire, les demandeurs se plaignaient d'une clôture dont la hauteur dépassait les normes municipales. L'injonction qu'ils demandaient a été rejetée, notamment en raison du fait que les demandeurs n'ont pas démontré que la clôture leur causait un préjudice.

De ces principes, nous croyons que la demanderesse a droit d'exiger une indemnité si elle est en mesure de prouver qu'elle a subi, non pas de légers ennuis provenant du voisinage, mais des inconvénients suffisamment sérieux pour provoquer une perte de jouissance de la vie et une détérioration ou dépréciation d'immeuble<sup>54</sup>.

Une preuve prépondérante est exigée en la matière<sup>55</sup>. En conséquence, le demandeur devrait l'étayer par des expertises<sup>56</sup>. En outre, une relation claire (le lien de causalité) doit exister entre l'exercice du droit du défendeur voisin et le préjudice subi par le demandeur<sup>57</sup>.

Si le préjudice peut provenir d'un acte isolé pour les abus de droit, en matière de troubles de voisinage, tel que mentionné plus haut, il résulte le plus souvent d'événements répétitifs, continus ou encore récurrents<sup>58</sup>. Les deux se distinguent cependant de l'accident. Le trouble de voisinage s'en distingue, justement, car il est récurrent, répétitif ou continu – des caractéristiques qui sont totalement absentes de l'accident qui, par définition, constitue un acte isolé<sup>59</sup>. Accident et abus de droit se distinguent également parce qu'en matière d'abus de droit, le préjudice ou le dommage est recherché ou, à tout le moins, une conséquence inévitable d'un comportement contraire aux exigences de la bonne foi par son auteur. La personne qui abuse de son droit souhaite ou se doute qu'elle causera un préjudice à son voisin. En revanche, lorsqu'il y a accident, l'auteur de cet accident ne cherche pas à causer un dommage ou un préjudice au premier chef. Le dommage échappe, en quelque sorte, à son contrôle car l'accident est un événement essentiellement imprévu<sup>60</sup>. Enfin, d'une façon plus générale, la notion d'accident déborde largement le cadre des relations de voisinage. N'importe qui aurait pu causer le préjudice et non pas uniquement un voisin. Les exemples du chien qui mord et de l'immeuble qui prend feu sont souvent avancés par la doctrine pour illustrer la différence<sup>61</sup>.

54. *Carey Canadian Mines Ltd c. Plante*, précité, note 5, 898. Voir récemment : *Tremblay c. Marino*, [2004] R.D.I. 75 (C.S.) (un propriétaire se plaint des arbres de son voisin pour conserver une belle pelouse); P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 240; Michel GAGNÉ, « Les recours pour troubles de voisinage: les véritables enjeux », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 76.

55. *Manes c. Thauvette*, B.E. 99BE-1176 (C.Q.); *Brisson c. Lebrun*, [2000] R.L. 404 (C.Q.).

56. *Association des résidents du lac Mercier inc. c. Paradis*, [1996] R.J.Q. 2370 (C.S.); *Manes c. Thauvette*, B.E. 99BE-1176 (C.Q.).

57. *Godbout c. Entreprises J.G.F. Fiore inc.*, J.E. 94-1814 (C.S.); *Norbert c. Lavoie*, [1999] R.R.A. 1 (C.A.); *Milot c. 3103-6965 Québec inc.*, J.E. 2000-1830 (C.S.); P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 239.

58. Voir section 1.2.2.

59. *Id.*

60. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et comparé*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, v. accident. L'accident dont les conséquences pouvaient être prévues par une personne prudente et diligente sera cependant considéré comme fautif au sens de l'article 1457 C.c.Q.

61. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 239; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 239; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 148.

Le statut de voisin, essentiel pour discuter de rapports de voisinage, devrait en outre entrer dans les composantes plus objectives de la preuve. Pourtant, il a été vu plus haut que la détermination de ce statut n'est pas aussi simple et précise qu'elle apparaît à première vue. En effet, si dans la notion de voisinage est incluse une composante géographique qui exige un degré de proximité, il n'existe pas de règle qui fixe de façon certaine le degré de proximité requis.

L'analyse de la jurisprudence sur les relations de voisinage révèle qu'en matière de recours collectifs, la notion de voisinage est interprétée de façon très libérale<sup>62</sup>. Il convient néanmoins de préciser que cette interprétation large dans le contexte de recours collectifs s'insère dans des problématiques environnementales. Hors de ces contextes particuliers, rarement a-t-on vu une personne poursuivre pour troubles de voisinage ou abus de droit un voisin situé à 5 km! La notion ne reçoit donc pas d'interprétation aussi libérale qu'en matière de recours collectifs et le critère de proximité revêt un sens ordinaire. En conséquence, il est exigé que les fonds soient contigus ou proches les uns des autres.

### ***2.1.2 L'élément subjectif: le point de rupture dans l'équilibre des rapports de voisinage***

En matière de rapports de voisinage, tout est une question d'équilibre entre l'exercice des droits de chacun<sup>63</sup>. Or, cet équilibre est fragile. Il est rompu dès qu'un voisin subit des inconvénients anormaux, qu'il y ait abus de droit ou non. Le caractère normal ou anormal des inconvénients engendrés par un voisin se détermine, quant à lui, selon la tolérance que se doivent des voisins, compte tenu de la nature, de la situation de leurs fonds ou encore des usages locaux<sup>64</sup>. Ainsi, l'obligation de bon voisinage imposée à un propriétaire n'est pas une obligation uniforme pour tous. Elle varie selon les contextes de voisinage.

[...] En effet, les relations de voisinage sont des relations bien uniques, aux couleurs des gens qui les créent, occasionnant par le fait même des troubles distincts, singuliers. Lorsqu'un trouble ou un inconvénient survient, nul ne réagira de la même façon. L'appréciation et la qualification d'une situation sont bien subjectives et c'est ce qui la rend litigieuse pour l'un et non pour l'autre<sup>65</sup>.

62. *Carey Canadian Mines Ltd c. Plante*, précité, note 5; *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*, J.E. 97-514 (C.S.); *Mayer c. Cast Terminal Inc.*, précité, note 10; *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, J.E. 2004-1250 (C.S.) (en appel). Mais voir *Théâtre du Bois de Coulonge inc. c. Société nationale des québécois et québécoises de la Capitale inc.*, précité, note 5.

63. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, Commentaire sous l'art. 7.

64. C.c.Q., art. 976.

65. M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 122.

L'obligation de bon voisinage s'adapte donc aux particularités du contexte dans lequel chaque droit est exercé. En conséquence, le point de rupture de l'équilibre entre les droits de chacun, donc entre le tolérable et l'intolérable, doit être déterminé cas par cas selon les critères de l'article 976 C.c.Q., soit la nature ou la situation des fonds ou suivant les usages locaux.

La nature des fonds fait référence à la consistance mais aussi, à défaut de plus de précision à cet égard de la loi, à l'utilisation ou à la vocation des fonds, indépendamment du reste, des questions de zonage qui peuvent néanmoins être considérées<sup>66</sup>. La consistance d'un fonds correspond en premier lieu à sa composition proprement dite. Ainsi, dans une zone géographique où les terrains sont rocailleux, il est considéré normal qu'il faille dynamiter avant de construire les fondations d'un immeuble<sup>67</sup>.

À la nature des fonds, il convient d'associer la destination ou la vocation de ceux-ci. Ainsi, il est possible que des rapports de voisinage soient analysés différemment selon que ces fonds sont voués à l'agriculture, à l'habitation résidentielle, au commerce ou à l'industrie<sup>68</sup>. Ceci est d'ailleurs expressément envisagé dans la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*<sup>69</sup>. Ceci étant, c'est dans un contexte de mixité de l'utilisation des fonds que les différends sont les plus difficiles à trancher<sup>70</sup>. Une installation portuaire, une industrie ou un commerce n'engendrent pas le même type d'inconvénients qu'une maison d'habitation ou un lieu voué à la villégiature. Les seuils de tolérance entre ces voisins sont aussi bien inégaux<sup>71</sup>. L'un peut aspirer à la tranquillité alors que l'autre fera immanquablement du bruit<sup>72</sup>. Un préjudice peut donc découler simplement de cette proximité, mais s'il est anormal, compte tenu de cette proximité, il est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. La plupart du temps, on tente de rechercher ailleurs la cause du préjudice, y compris chez les autorités administratives qui encadrent les utilisations<sup>73</sup>, mais souvent cet exercice engendre des résultats mitigés.

66. *Bois et Placages généraux ltée c. Longueuil (Ville de)*, J.E. 2004-294 (C.S.).

67. *Traban c. Toupin*, précité, note 7.

68. *Lepage c. Morin*, [2001] R.D.I. 243(C.S.); *Équipements d'incendie Levasseur inc. c. Chapdelaine*, J.E. 2004-536 (C.A.).

69. *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q. c. P-41.1, art. 100.

70. Voir à titre d'exemples: *Mayer c. Cast Terminal Inc.*, précité, note 10; *Mottet c. Commission scolaire Sir-Wilfrid-Laurier*, précité, note 41; *Boisvert c. Gagnon*, B.E. précité, note 41; *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Dion c. Tessier*, précité, note 27; *Bois et Placages généraux ltée c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 66; *Blais c. Langevin*, précité, note 41; *Roberge c. Sherbrooke (Ville de)*, J.E. 2004-1862 (C.A.).

71. Voir récemment: *Tremblay c. Marino*, précité, note 54.

72. Dans l'affaire *Pietroniro c. Lévesque*, précité, note 27, le tribunal est d'avis que même dans un milieu rural, certains bruits doivent quand même être tolérés au même titre que dans un secteur résidentiel d'une ville.

73. *Blais c. Langevin*, précité, note 41; *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*, précité, note 62.

Outre la nature des fonds, la situation des lieux permet de tracer une démarcation entre des inconvénients normaux ou anormaux dans certaines circonstances. Le tribunal considère alors l'environnement immédiat des fonds et comment ceux-ci se situent l'un par rapport à l'autre, afin de déterminer dans quel contexte factuel les droits sont exercés<sup>74</sup>. Dans l'examen de ce critère, si des droits sont exercés sous forme de modalités de la propriété, il en est tenu compte puisqu'elles sont susceptibles de se répercuter sur la situation des lieux<sup>75</sup>. Une fois cet exercice tenu, les inconvénients subis sont appréciés. La jurisprudence contient quelques exemples de décisions rendues à la suite de l'application de ce critère. Un examen des espèces soumises aux tribunaux révèle par exemple que voisinage et vue panoramique ne font pas toujours bon ménage<sup>76</sup>.

La situation des lieux peut également s'ajouter au critère de la nature des fonds. En effet, il a déjà été décidé qu'un terrain de golf et une résidence peuvent cohabiter avec des inconvénients normaux (nature des fonds) mais que la configuration d'un trou de golf en particulier (situation des lieux) engendrait des inconvénients anormaux pour le propriétaire d'une résidence<sup>77</sup>. Quoi qu'il en soit, le critère de la situation des lieux est un critère important, car il est déterminant pour établir en premier lieu le voisinage.

Enfin, dans certains cas, les usages locaux peuvent être déterminants dans la qualification des inconvénients. Les usages locaux réfèrent non pas à l'environnement immédiat comme le critère de la situation des lieux, mais plutôt à l'environnement global ou collectif dans lequel s'exercent les droits, conférant ainsi un aspect plus social à l'examen de la preuve. Les usages locaux ont été retenus plus particulièrement dans l'affaire *Association des résidents du lac Mercier inc. c. Paradis*<sup>78</sup> où il a été décidé, entre autres, que « la pratique de la motoneige sur les lacs gelés dans les portions plus septentrionales du Québec, en hiver, fait certes partie des usages locaux [...] ».

Si le processus d'évaluation du seuil de tolérance se conçoit bien dans le cadre de rapports individuels de voisinage, il en va autrement dans le cadre de recours collectifs. Contrairement aux recours collectifs habituels, la responsabilité en matière de voisinage ne repose pas exclusivement sur

74. Voir entre autres: *Pietroniera c. Lévesque*, précité, note 27; *Gagné c. Angers*, J.E. 2001-630 (C.Q.); *Veilleux c. Fiduciaires du Fonds de placement immobilier Cominar*, précité, note 17; *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*, précité, note 19; *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Dion c. Tessier*, précité, note 27; *Roberge c. Sherbrooke (Ville de)*, (C.A., 2004-09-10), SOQUIJ AZ-50268714, J.E. 2004-1862.

75. Par exemple sous forme de copropriété ou de propriété superficielle.

76. *Verreault c. Gousse*, précité, note 27; *Foster c. Johnson*, précité, note 27; *Caron c. De Vos*, précité, note 27, commentées par Richard BOURGAULT, *loc. cit.*, note 6.

77. *Côté c. Baie St-Paul (Ville de)*, B.E. 2001BE-104 (C.Q.).

78. Précité, note 56.

la conduite du défendeur. D'autres critères – la nature, la situation des fonds, les usages locaux – doivent être considérés pour analyser les inconvénients subis. La règle établie à l'article 976 C.c.Q. permet d'adapter l'obligation de bon voisinage imposée aux propriétaires à chaque contexte de voisinage. Or, il n'est pas toujours possible d'en faire autant dans le cadre d'un recours collectif. Bien qu'il faille reconnaître leur utilité sur le plan social, ceux-ci se prêtent mal à l'analyse au cas par cas imposée par l'article 976 C.c.Q. Ceci explique probablement pourquoi les chances de succès de ces recours sont incertaines<sup>79</sup>.

En conclusion, l'analyse de l'article 976 C.c.Q. démontre que le juge appelé à trancher un différend entre voisins dispose d'une grande latitude dans l'appréciation, et l'application, des critères prévus par cet article, d'où l'importance qu'il puisse procéder cas par cas. Ceci étant, il peut choisir d'appliquer tous les critères de l'article 976 C.c.Q. ou encore d'accorder plus d'importance à l'un d'entre eux. Bref, autant dans la qualification des inconvénients que dans son appréciation globale du différend, le tribunal jouit d'une grande discrétion<sup>80</sup>. À l'instar du droit de la personne et de la famille<sup>81</sup>, ne pourrait-on pas voir dans l'article 976 C.c.Q. une notion sociojuridique dont l'interprétation varie avec le temps, les parties, la situation<sup>82</sup> et, pourquoi pas, le juge<sup>83</sup>? Si tel est le cas, l'abondance et la divergence des opinions en la matière s'expliquent. Il reste que l'appréciation d'un comportement fautif s'en trouve d'autant plus difficile. Et une fois ce comportement apprécié, il faut encore déterminer la responsabilité applicable.

79. Autorisés: *Comité d'environnement de la Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*, précité, note 62; *Comité d'environnement de Ville-Émard c. Domfer Poudres métalliques Ltée*, J.E. 98-1514 (C.S.); *Mayer c. Cast Terminal Inc.*, précité, note 10; *Barrette c. Ciment du St-Laurent inc.*, précité, note 5; *Paquin c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, J.E. 2005-2235 (C.A.); *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire «Petit Train du Nord» c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, précité, note 41. Refusés: *Archambault c. Construction Bérou inc.*, [1992] R.J.Q. 2516, (C.S.); *Citoyens pour une qualité de vie/Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, J.E. 2005-414 (C.S.) (en appel); *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, précité, note 62; *Lavoie c. St-Mathieu-de-Belœil (Corp. municipale de)*, J.E. 2002-586 (C.S.) (en appel). Également: M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 122.

80. Richard BOURGAULT, *loc. cit.*, note 6, p. 4; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 242; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 149; M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 83.

81. Par exemple, l'intérêt de l'enfant (voir notamment les articles 33, 34, 521.17, 543, 545, 547, 568, 573, 574, 604, 606, 607 C.c.Q.) et l'intérêt de la famille (voir notamment les articles 399, 400, 408, 462, 488, 495, 496, 521.9 C.c.Q.).

82. Pour une illustration: *Fortier c. Laroche*, B.E. 2003BE-326 (C.S.), où il a été décidé qu'en 2002, il est inconcevable de laisser à l'abandon une habitation dans un quartier résidentiel. Voir aussi *Girard c. Saguenay Terminals Ltd*, [1973] R.L. 264.

83. Comparer: *Labine-Forget c. Ionescu*, précité, note 27, et *Lapointe c. Degrosbois*, [2005] R.D.I. 61 (C.S.).

## 2.2 Le régime de responsabilité applicable

Une fois qu'il est démontré qu'une personne subit un préjudice en raison d'inconvénients anormaux du voisinage, la responsabilité de l'auteur de celui-ci est susceptible d'être engagée. La question du fondement de cette responsabilité ne fait pas l'unanimité toutefois (2.2.1). Qui plus est, selon l'option retenue, il est plus ou moins facile pour l'auteur de s'en libérer (2.2.2).

### 2.2.1 Les fondements de la responsabilité

La doctrine et la jurisprudence se montrent très divisées sur les fondements de la responsabilité en matière de rapports de voisinage. Pour les uns, il est tout à fait inutile de rechercher une faute pour engager la responsabilité d'un voisin; pour les autres, au contraire, cette responsabilité ne peut être engagée que s'il y a faute (2.2.1.1). Le fait qu'un propriétaire soit soumis à une obligation réelle de bon voisinage permet, à notre avis, de faire un choix entre les explications proposées (2.2.1.2).

#### 2.2.1.1 Les explications proposées

Selon la conception de la faute privilégiée<sup>84</sup>, deux tendances s'opposent pour expliquer le fondement de la responsabilité d'un voisin: la théorie du risque ou de la responsabilité sans faute, d'une part, ou la responsabilité pour faute fondée sur l'article 1457 C.c.Q., d'autre part.

##### *La théorie du risque ou de la responsabilité sans faute*

La théorie du risque ou de la responsabilité sans faute n'est utile ou applicable, selon le cas, que pour les troubles de voisinage au sens strict. Elle est défendue par plusieurs auteurs et a été retenue par les tribunaux à différentes reprises, souvent d'ailleurs dans les cas où il était particulièrement difficile de déceler une faute chez un propriétaire voisin en présence néanmoins d'un préjudice<sup>85</sup>. Elle serait codifiée en droit des biens, sous le couvert d'une obligation de protection des fonds, aux articles 976, 988, 990 et 991 du *Code civil du Québec*<sup>86</sup>.

84. Dans le même sens: M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 118.

85. Voir récemment: *Lessard c. Bernard*, précité, note 41; *Bolduc c. Rada*, précité, note 38; *Gagnon c. Caron*, précité, note 27; *Côté c. Baie St-Paul (Ville de)*, précité, note 77; *Boisvert c. Gagnon*, précité, note 41; *Gourdeau c. Letellier-de-St-Just*, précité, note 19 (sans la réserve exprimée plus haut); *Barrette c. Ciment du St-Laurent inc.*, précité, note 5; *Mottet c. Commission scolaire Sir-Wilfrid-Laurier*, précité, note 41; *Dion c. Tessier*, précité, note 27; *Labine-Forget c. Ionescu*, précité, note 27; *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire «Petit Train du Nord» c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, précité, note 41; *Turcotte c. Veilleux*, J.E. 2005-1621 (C.S.).

86. P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 256, 259.

Selon ses tenants<sup>87</sup>, la responsabilité sans faute d'un propriétaire pour les inconvénients qu'il cause découle du fait que l'exercice du droit de propriété comporte l'obligation implicite de ne pas nuire à son voisin. Sur ce seul fondement, une victime reçoit une indemnisation pour « cette "sorte d'expropriation partielle" qu'est le préjudice qu'elle a subi du fait de son voisin<sup>88</sup> ». La notion de faute est d'autant moins présente dans les troubles de voisinage puisque la plupart du temps, la personne dont on tente d'engager la responsabilité n'est pas en mesure de prévenir le préjudice<sup>89</sup>. En conséquence, il suffit que la personne incommodée prouve qu'elle subit des inconvénients qui excèdent les inconvénients normaux du voisinage pour engager la responsabilité de son voisin, lequel ne peut plus, une fois cette preuve retenue, s'exonérer de sa responsabilité en prouvant l'absence de faute de sa part.

*La responsabilité fondée sur l'article 1457 C.c.Q.*

La responsabilité fondée sur l'article 1457 C.c.Q. a été reconnue maintes fois, elle aussi, en jurisprudence et en doctrine<sup>90</sup>. Selon ses tenants<sup>91</sup>, ni l'article 7 C.c.Q. ni l'article 976 C.c.Q. n'ont trait à la responsabilité civile. Ces articles fixent simplement des normes, des standards, dans l'exercice des droits civils. En conséquence, s'ils sont enfreints, il y a faute. Le professeur Frenette justifie le choix de la responsabilité pour faute en matière de rapports de voisinage de la façon suivante :

[...] la disposition n'indique pas, ne prescrit pas que la responsabilité est engagée du seul fait de l'exercice de la propriété. Une telle responsabilité ne peut résulter que d'une faute prouvée ou présumée comme l'a indiqué la Cour d'appel dans l'affaire Christopoulos. Si le législateur avait voulu qu'il en soit autrement, s'il avait voulu établir un régime d'exception à la responsabilité basée sur la faute, il avait toute liberté de le faire lors de la révision du Code. L'article 976 C.c.Q. ne révèle pas que la règle du jeu a été modifiée<sup>92</sup>.

- 
87. François HELEINE, « Des moyens de rejoindre les auteurs d'un trouble de voisinage »; (1973) 33 *R. du B.* 518; (1974) 34 *R. du B.* 71; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 8, p. 231; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 257; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 32, n° 216, p. 154.
88. L'expression est de F. HELEINE, *loc. cit.*, note 87, p. 75. Cet argument a également été retenu dans : *Poisson c. Arthabaska (Corp. du comté d')*, [1999] R.D.I. 375 (C.S.).
89. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 32, n° 210, p. 150.
90. Voir récemment : *McNamara c. Congrégation des sœurs des Saints Noms de Jésus et de Marie*, J.E. 95-388 (C.S.); *Marin c. Mainville*, B.E. 97BE-500 (C.Q.); *Mendel c. Entreprises Pemik inc.*, précité, note 34; *Comité d'environnement de Ville-Émard c. Domfer Poudres métalliques ltée*, précité, note 79; *Christopoulos c. Restaurant Mazurka inc.*, précité, note 11; *Gagné c. Angers*, précité, note 74; *Dufour c. Grégoire*, B.E. 2004BE-518 (C.Q.); *Roy c. Lacasse*, J.E. 2005-673 (C.S.); *Larouche c. Porsch*, J.E. 2005-155 (C.S.).
91. Claude MASSE, « La responsabilité civile : cinq ans plus tard », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 126; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 152; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 103; Martin PAQUET, « Les prohibitions de l'article 20 », dans Robert DAIGNEAULT et Martin PAQUET (dir.), *L'environnement au Québec*, Montréal, Les Publications CCH Ltée, 2000, par. 10520, p. 2257-2265.
92. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 152.

Cette explication voit la faute dans son sens habituel, soit un « manquement au devoir général imposé à chaque individu dans la société de ne pas porter préjudice à autrui d'une façon illégitime et donc de bien se comporter en se conformant à la loi et aux usages<sup>93</sup> ». La conduite de l'auteur du dommage est comparée à celle d'une personne prudente et diligente placée dans des circonstances identiques<sup>94</sup>. Ainsi, pour les tenants de l'explication fondée sur la faute, l'auteur d'un trouble de voisinage est tenu responsable, s'il ne se comporte pas en se conformant à la loi et aux usages comme le ferait une personne prudente et diligente dans des circonstances identiques<sup>95</sup>.

### 2.2.1.2 L'explication retenue

La théorie du risque ou de la responsabilité sans faute reconnaît implicitement l'existence d'obligations réelles en matière de rapports de voisinage et qu'il existe une distinction entre l'abus de droit et le trouble de voisinage. Cependant, il serait hasardeux, à notre avis, d'admettre en droit québécois qu'il existe une responsabilité sans faute fondée sur le risque social afférent à l'exercice du droit de propriété. D'ailleurs, la décision rendue dans *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*<sup>96</sup> a eu des répercussions sur le plan politique et juridique<sup>97</sup>. Selon nous, la théorie du risque n'a pas été codifiée en droit québécois, du moins en ce qui concerne l'article 976 C.c.Q. D'ailleurs, cette explication est insuffisante pour répondre à toutes les situations, notamment les inconvénients engendrés par des actes de pure faculté sans qu'il soit possible de prouver un abus de droit<sup>98</sup>.

Nous préférons plutôt expliquer la responsabilité imposée à un voisin par l'existence d'une faute, même au prix d'une interprétation libérale de cette notion. Il y a des situations où cette faute est difficile, voire impossible à prouver. Dans ces cas, l'existence d'un préjudice découlant d'un

93. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 60, v. faute civile; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2001, v. faute civile.

94. Pierre DESCHAMPS, « Les conditions générales de la responsabilité civile du fait personnel », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Responsabilité*, Coll. de droit 2004-2005, vol. 4, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 21.

95. *Id.*, p. 22.

96. *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, précité, note 41.

97. *Loi modifiant la Loi sur les véhicules hors route*, L.Q. 2004, c. 27, *Loi modifiant la Loi sur les véhicules hors route*, L.Q. 2006, c. 12. Ces lois accordent l'immunité contre les recours basés sur les inconvénients de voisinage, les bruits ou les odeurs liés à l'utilisation des véhicules hors route.

98. *Moïse c. L'Anglais*, [2002] R.D.I. 435 (C.S.); *Verreault c. Gousse*, précité, note 27.

inconvenient anormal et intolérable permettrait de déduire que cette faute existe néanmoins et, par l'établissement d'une présomption de faute, de déplacer sur le défendeur, le fardeau de prouver l'absence d'un comportement fautif de sa part dans les inconvénients dont se plaint le voisin incommodé. L'article 976 C.c.Q., sans être un texte consacré à la responsabilité, permet d'établir la faute par une violation des règles consacrant des normes, des standards en matière de voisinage, afin de fixer les contours de l'obligation de bon voisinage – obligation réelle – imposée à un propriétaire. En ce sens, nous nous rangeons à l'enseignement de la responsabilité fondée sur l'article 1457 C.c.Q. Si la responsabilité est reconnue sous ce chef, un propriétaire devrait toujours être admis à se défendre, surtout lorsqu'une faute claire, c'est-à-dire au sens strict du terme, est difficile à déceler. C'est d'ailleurs une question d'équité.

À cet égard, il est intéressant de noter qu'un régime de responsabilité sans faute a été établi à l'article 1467 C.c.Q., comme corollaire à l'article 990 C.c.Q. Rien en ce sens n'a été prévu pour l'article 976 C.c.Q. Comme le législateur n'a pas clairement établi un régime de responsabilité sans faute pour les autres questions, il faut conclure qu'il souhaitait s'en tenir aux règles habituelles.

### ***2.2.2 L'obligation propter rem : une explication du peu d'excuses possibles***

Bien que le propriétaire soit admis à présenter une défense, une fois les inconvénients prouvés, il est difficile pour lui de s'exonérer car il existe un lien très intime entre le droit lui-même et les obligations qu'il engendre – obligations réelles. Voici quelques exemples de défenses ou d'excuses présentées par des propriétaires qui ont enfreint leur obligation de bon voisinage. Les tribunaux font preuve d'une grande prudence dans l'appréciation de ceux-ci :

*La légalité ou l'autorisation administrative* – Le fait qu'un défendeur respecte la loi ou qu'il ait obtenu toutes les autorisations administratives requises pour ses activités n'est pas admis en jurisprudence comme une excuse valable<sup>99</sup>. Si tel était le cas, la légalité de l'activité, ou encore l'autorisation administrative, pourrait conférer une immunité à son détenteur<sup>100</sup>. Tout au plus, les tribunaux les considéreront dans l'évaluation de

99. Voir notamment : *Messier c. Agromex inc.*, [1996] R.R.A. 1029 (C.S.) commenté par Richard BOURGAULT, *loc. cit.*, note 6; *Manes c. Thawette*, précité, note 55; *Caron c. De Vos*, précité, note 27; *Millaire c. Sévigny*, précité, note 41; *Sévigny c. Alimentation G.F. Robin inc.*, précité, note 34; *Gestion Serge Frenière inc. c. Calvé*, [1999] R.J.Q. 1313 (C.A.); *Boisvert c. Gagnon*, précité, note 41; *Barrette c. Ciment du St-Laurent*, précité, note 5; *Paquin c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, précité, note 79; *Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, note 10; *Bois et Placages généraux ltée c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 66.

100. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 32, n° 209, p. 149; S. NORMAND, *op. cit.*, note 8, p. 108; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 268.

la conduite du défendeur. Il existe cependant une exception à cette affirmation. En effet, la présence d'un certificat d'autorisation émis en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* peut exonérer le défendeur pour la proximité, des odeurs et du bruit que dégage « une exploitation de production animale<sup>101</sup> ». Cette même loi prévoit cependant que « les prohibitions d'agir en justice [...] ne s'appliquent pas si le préjudice résulte d'une faute intentionnelle ou grossière ou s'il ne découle pas directement d'activités reliées à la production animale<sup>102</sup> ».

*L'occupation antérieure* – L'occupation antérieure par le défendeur n'est pas considérée comme une excuse, mais les tribunaux peuvent en tenir compte dans l'évaluation des remèdes appropriés, après avoir déterminé que les inconvénients dépassent le seuil de la normalité<sup>103</sup>. Cette façon de faire pourrait aussi bien être expliquée par une répartition du fardeau de la responsabilité entre le demandeur et le défendeur. Le voisin ayant acquis son terrain à moindre prix, parce qu'il est situé près d'une source de nuisance, devait se douter qu'il aurait aussi à subir par la suite des inconvénients résultant de cette proximité<sup>104</sup>.

*Le bien-être de la collectivité et l'intérêt public* – La défense du bien-être de la collectivité est souvent utilisée pour des questions environnementales, surtout dans le cadre de recours collectifs. Il est généralement admis que l'économie d'une ville ou d'une région dépendant d'une entreprise ne justifie pas que cette entreprise puisse contrevenir impunément aux règles sur l'environnement<sup>105</sup> où les obligations de bon voisinage s'appliquent à titre supplétif<sup>106</sup>. En conséquence, sa responsabilité est engagée mais, encore une fois, les tribunaux prendront en considération ce fait dans la détermination des remèdes appropriés pour concilier les droits et les

101. *L.R.Q. c. P-41.1*, art. 100. La protection vaut aussi pour les exploitations antérieures à la *Loi sur la qualité de l'environnement*. *Tremblay c. Gagnon*, J.E. 2005-675 (C.S.).

102. *L.R.Q. c. P-41.1*, art. 100, al. 2.

103. *Girard c. Saguenay Terminals*, précité, note 82; *Millaire c. Sévigny*, précité, note 41 (injonction accordée); *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, précité, note 41; *Équipements d'incendie Levasseur inc. c. Chapdelaine*, précité, note 68. M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 91; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 32, n° 213, p. 152 (et notes); P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 269.

104. Dans les affaires suivantes, les tribunaux ont même préféré ne pas imputer de responsabilité aux entreprises défenderesses: *Comité d'environnement de Ville-Émard c. Domfer Poudres métalliques ltée*, précité, note 79; *Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, note 10. Un auteur propose d'en faire un critère fondamental dans certains cas, non pas uniquement pour évaluer les dommages mais aussi pour statuer sur la responsabilité afin de favoriser la stabilité des rapports juridiques entre voisins. M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 144.

105. *Carey Canadian Mines Ltd c. Plante*, précité, note 5.

106. *Gestion Serge Lafrenière inc. c. Calvé*, précité, note 99, commenté par Pierre CODERRE et Michel BLAIS, « L'eau vous interpelle, suivez le courant », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de l'environnement (2000)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000, p. 74.

obligations de chacun<sup>107</sup>. En effet, dans certaines situations, une fermeture d'usine ou l'octroi de dommages-intérêts substantiels engendreraient d'autres conséquences aussi graves<sup>108</sup>. Le raisonnement est le même en ce qui concerne les services publics tels le transport en commun ou les travaux publics exécutés dans l'intérêt commun<sup>109</sup>.

*La conduite du défendeur* – Une fois qu'il a été démontré que les inconvénients subis par le demandeur sont anormaux et intolérables, seul un examen de la conduite du défendeur peut exonérer la responsabilité du défendeur. Et encore. Pour les tenants de la théorie de la responsabilité sans faute, cet exercice s'avère inutile puisque la responsabilité découle de la seule présence d'inconvénients qui dépassent le seuil de la normalité et du tolérable. Pour éviter les incongruités, les tenants de la théorie de la responsabilité sans faute examinent tout de même la conduite du défendeur. Si le défendeur n'a pas pris de précaution pour éviter les inconvénients, il est présumé avoir commis une faute non intentionnelle et sa responsabilité est retenue sous ce chef<sup>110</sup>. Pour les tenants de la responsabilité fondée sur l'article 1457 C.c.Q., le défendeur est normalement admis à présenter une défense. S'il est démontré qu'il n'a commis aucune faute et qu'il a eu une conduite irréprochable dans l'exercice de son droit, sa responsabilité ne sera pas engagée<sup>111</sup>. En effet, il respecte alors son obligation de bon voisinage.

Quoi qu'il en soit, la conduite du défendeur est un élément déterminant puisqu'elle peut influencer la perception de la gravité des inconvénients<sup>112</sup>. Autrement dit, elle peut carrément influencer sur la détermination du fait générateur de la responsabilité<sup>113</sup>. En ce sens, il vaut mieux conclure que les critères de l'article 976 C.c.Q. ne sont pas respectés plutôt que tenter d'offrir une excuse par la suite, car cette excuse n'est pas toujours retenue.

107. M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 92; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 269.

108. Voir notamment: *Canadian Paper Co. c. Brown*, (1922) 63 R.C.S. 243; *Carey Canadian Mines Ltd c. Plante*, précité, note 5.

109. *Contra Fournier c. Hydro-Québec*, J.E. 2005-866 (C.S.). Dans *Poisson c. Arthabaska (Corp. du comté d')*, précité, note 88, des travaux d'intérêt public ont par ailleurs été assimilés à une expropriation déguisée.

110. P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 255. Dans *Lessard c. Dupont-Beaudouin*, précité, note 17, la défenderesse et ses fils n'avaient rien fait pour réduire les inconvénients causés par la poussière soulevée par les camions lourds. Le fait de ne pas prendre de précaution pour minimiser les inconvénients a été considéré comme un abus de droit.

111. *Girard c. Sagenay Terminals*, précité, note 82; *McNamara c. Congrégation des sœurs des Saints Noms de Jésus et de Marie*, précité, note 90; *Christopoulos c. Restaurants Mazurka inc.*, précité, note 11; *Pietroniro c. Lévesque*, précité, note 27; *Jumeau c. Cormier*, [1999] R.D.I. 495 (C.Q.); *Roy c. Lacasse*, précité, note 90; *Larouche c. Porsch*, précité, note 90.

112. *St-Eustache (Ville de) c. 149644 Canada inc.*, J.E. 96-1552 (C.S.); *Lessard c. Dupont-Beaudouin*, précité, note 17.

113. Dans le même sens: M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 54, p. 95.

Il résulte de ce qui précède qu'une grande latitude a été laissée aux tribunaux afin qu'ils puissent éviter les injustices dans les rapports de voisinage. La présence d'obligations réelles qui se transmettent par ailleurs<sup>114</sup>, et dont il est difficile de se libérer, engendre potentiellement des injustices qui pourront être corrigées au besoin au moment du choix des remèdes appropriés. Vu que l'article 976 C.c.Q. agit toujours comme un prisme pour les rapports de voisinage, ces remèdes touchent la portion des inconvénients qui excède les inconvénients normaux du voisinage, tant pour les troubles du voisinage que pour les abus de droit. Comme ces remèdes corrigent un déséquilibre entre deux droits antagonistes, il faut cependant éviter, dans le choix des correctifs appropriés, de créer d'autres injustices. Ainsi, l'octroi d'une injonction<sup>115</sup> ne s'avère pas toujours le meilleur remède si, au résultat, celle-ci équivaut à brimer, voire anéantir, l'exercice du droit du défendeur. La condamnation à des dommages-intérêts<sup>116</sup> ne peut, non plus, être utilisée systématiquement puisque dans certains cas, elle ne corrige pas le problème qui est à la source du dommage<sup>117</sup>. Elle peut cependant jouer un rôle punitif dans certaines circonstances<sup>118</sup>.

## CONCLUSION

L'obligation de bon voisinage existe en droit québécois. Elle est attachée à la qualité de propriétaire et suit le droit en quelles que mains qu'il passe. Comme toute obligation, celle-ci doit par ailleurs être respectée. En effet, le voisin qui cause des inconvénients anormaux, que ce soit dans le cadre d'un abus de droit ou non, l'enfreint et engage potentiellement sa responsabilité. Cette responsabilité repose sur la faute prouvée, ou présumée en raison de la présence d'inconvénients anormaux.

En l'absence d'abus de droit, des inconvénients anormaux font présumer que le voisin les a causés. Si ce dernier réussit à démontrer qu'il a respecté son obligation de bon voisinage, il sera libéré. Cependant, l'obligation de bon voisinage attachée à son droit fait aussi en sorte que les excuses qu'il peut offrir soient relativement peu nombreuses.

Bref, il n'est guère facile de résumer en quelques mots les rapports de voisinage, lesquels sont assurément fort complexes, car ils évoluent avec la société. En conséquence, ils méritent d'être examinés périodiquement. Le bon voisinage, tout comme le respect et la tolérance qui le composent, est un élément important de l'organisation de la vie en société. C'est peut-être pourquoi ce sujet soulève autant d'intérêt... et de débats!



# LA NOTION DE MODALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ

*Sylvio Normand\**

## 1. LA PROPRIÉTÉ COMME ARCHÉTYPE

## 2. LA GENÈSE DE LA NOTION DE MODALITÉ

## 3. LES PARTICULARITÉS DE LA NOTION

### 3.1 La présence d'un sujet de droit

### 3.2 Le bien, objet d'une modalité, possède une identité propre

### 3.3 La modalité conserve unis les attributs de la propriété

### 3.4 La modalité peut affecter les caractères de la propriété

\* \* \*

Le rapport aux biens, tel que reconnu par le droit civil moderne, est éminemment différent de celui qu'il était sous le régime du droit coutumier. Caractérisé alors par une grande malléabilité, il permettait un partage, souvent perpétuel, entre plusieurs personnes, des multiples usages qu'un bien était susceptible d'offrir<sup>1</sup>. En France, cette conception particulière du rapport aux biens, remise peu à peu en question, reçut un coup quasi fatal lors de l'abolition de la féodalité. À la faveur de sa redéfinition, la propriété, qui au fil du temps avait acquis un caractère absolu, devint le rapport le plus achevé auquel pouvait prétendre une personne sur un bien. Les institutions mirent cependant un certain temps à s'adapter, et ce n'est que durant la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle que sont vaincues les dernières appréhensions à l'affirmation de l'autorité absolue du propriétaire sur l'objet de son droit<sup>2</sup>. Fort rigide, la nouvelle perception monolithique

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur exprime sa gratitude à son collègue François Brochu pour ses commentaires sur la première version de ce texte.

1. Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, *passim*.  
2. Anne-Marie PATAULT, « La propriété non exclusive au XIX<sup>e</sup> siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », (1983) 61 *Rev. hist. dr. fr. et étran.* 217.

de la propriété ne pouvait durer qu'un temps. Elle se serait avérée rapidement un frein à l'exploitation maximale des biens, si divers assouplissements n'étaient apparus. La notion de modalité de la propriété fait partie des aménagements ayant pour objectif d'atténuer l'absolutisme du droit.

Le présent article n'a pas la prétention d'étudier en profondeur chacune des modalités de la propriété. Il vise plutôt à définir la notion et à en décrire les principaux éléments. Avant d'aborder le vif du sujet, il est essentiel de bien maîtriser l'environnement juridique dans lequel s'insère la modalité, soit celui de la notion de propriété.

## 1. LA PROPRIÉTÉ COMME ARCHÉTYPE

Le *Code civil du Québec*, au chapitre qu'il consacre à la nature et à l'étendue du droit de propriété, établit, à l'article 947, que : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi ». Par rapport à tout autre droit susceptible d'être exercé sur un bien, la propriété est le droit qui confère les avantages les plus étendus auxquels on puisse prétendre sur un objet donné. Un tel pouvoir découle du fait que le propriétaire est, en principe, détenteur de la totalité des prérogatives inhérentes à la propriété.

Les différents avantages qui peuvent être tirés d'un bien sont traditionnellement classés en trois grandes catégories : le droit d'user (*jus utendi*), le droit de jouir (*jus fruendi*) et le droit de disposer (*jus abutendi*). À ces attributs, il faut ajouter le droit d'accession (*accessio*), prérogative essentielle de la propriété (948 C.c.Q.). Il demeure toutefois que l'accession est moins souvent attestée comme attribut du droit de propriété que le sont les trois autres prérogatives, encore que la doctrine<sup>3</sup> l'identifie parfois comme telle et que la recodification québécoise du droit des biens fournit des preuves de la pertinence de cette reconnaissance (948, 1017, 1040, 1110 et 1196 C.c.Q.). Le propriétaire d'un bien peut donc poser une variété fort étendue d'actes sur l'objet de son droit. Ces actes, fréquemment décrits comme d'une nature strictement matérielle (lire un livre, habiter une maison ou détruire un bien), peuvent aussi être de nature juridique (accorder un bail sur un bien, grever un bien d'une hypothèque, établir une servitude sur un immeuble ou aliéner un bien<sup>4</sup>).

3. François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439 ; Christian ATIAS qualifie l'accession de « [v]éritable attribut supplémentaire du droit de l'article 544 [...] », *Droit civil : les biens*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, p. 81.

4. Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Paris, Sirey, 1932, p. 760.

Au cours des premières décennies qui suivent la codification française, les commentateurs du Code civil ne distinguent pas clairement les attributs et les caractères du droit de propriété. Alexandre Duranton a ainsi pu écrire : « Les principaux caractères de ce droit sont donc la jouissance de la chose, la disposition libre et exclusive de cette chose<sup>5</sup> ». Autour des années 1840, la doctrine juridique prend la défense de la propriété privée, en réaction notamment aux idées avancées par des auteurs qui vont jusqu'à affirmer que la propriété est impossible et injuste<sup>6</sup>. La doctrine s'efforce alors de présenter la propriété comme un droit naturel immanent. Par ailleurs, dans la description qu'elle donne de ce droit, elle lui associe trois caractères ; il est absolu, exclusif et perpétuel<sup>7</sup>. Cette trilogie est constituée par étapes. Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau auraient identifié les deux premiers caractères du droit<sup>8</sup>, tandis que Charles Demolombe aurait ajouté le troisième, à savoir la perpétuité<sup>9</sup>. Il faut préciser cependant que cet auteur présente la perpétuité comme une qualité découlant du caractère absolu du droit<sup>10</sup>. Partant de là, l'identification de trois caractères au droit de propriété devient courante dans la production doctrinale, sans toutefois être constante.

Ces caractères du droit de propriété permettent de décrire l'étendue des droits conférés par la propriété à son titulaire. Ils contribuent à affirmer la puissance du propriétaire sur l'objet de son droit. L'absolutisme renvoie à la maîtrise souveraine que détient le propriétaire sur le bien, il détient la *plena in re potestas*. Le propriétaire est nécessairement celui qui a la maîtrise la plus étendue sur le bien. L'exclusivité renvoie à la faculté reconnue au propriétaire d'être le seul à pouvoir prétendre à l'ensemble des attributs du droit de propriété. En cela, le rapport aux biens se distingue de ce qu'il avait été sous le droit coutumier<sup>11</sup>. Le caractère exclusif de la propriété renvoie au droit, reconnu au propriétaire, de bénéficiaire, et ce, sans partage, du monopole des avantages conférés par le bien. L'étendue de cette puissance explique que le propriétaire puisse, grâce aux recours qui lui sont attribués, assurer la défense de sa propriété. La perpétuité

5. Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 4, Paris, Alex-Gobelet, 1826, p. 211.

6. Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966 (1840), p. 185 *sq.*

7. Jean-Philippe LÉVY, *Histoire de la propriété*, Paris, P.U.F., 1972, p. 107 (Coll. Que sais-je ?, n° 36) et Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 1996, p. 118-119.

8. Karl Salomo ZACHARIÆ, *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand par Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau, Strasbourg, F. Lagier, 1839, p. 391 et 400-401.

9. Charles DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, 3<sup>e</sup> éd., tome 1, Paris, Auguste Durand/Hachette et Cie, 1866, p. 461-462.

10. *Id.*, p. 458-462.

11. Anne-Marie PATAULT, *op. cit.*, note 1, *passim*.

s'entend au sens où le droit existe aussi longtemps que l'objet sur lequel il porte. Le droit se transmet donc de propriétaire à propriétaire. La propriété est également perpétuelle en ce qu'elle ne s'éteint pas pour cause du non-usage du bien<sup>12</sup>. Les auteurs soutiennent aussi que la propriété ne peut être à terme. Cela ne veut pas dire que l'on ne peut se départir de sa propriété, ni la démembrer, cela veut simplement dire que l'on ne peut céder sa propriété pour un laps de temps déterminé et la récupérer par la suite.

Si les auteurs s'entendent généralement sur les attributs de la propriété, il n'en va pas nécessairement de même avec les caractères. La remise en question la plus significative des caractères de la propriété est peut-être celle développée par De Vareilles-Sommières qui, au début du XX<sup>e</sup> siècle, n'hésite pas à s'interroger sur leur pertinence<sup>13</sup>. Son analyse le conduit à conclure à leur rejet. En revanche, l'auteur défend l'idée de l'existence d'un seul caractère du droit de propriété, à savoir le droit général du propriétaire aux services qu'offre ou est susceptible d'offrir la chose. Plus tard, Samuel Ginossar, dans un ouvrage où il propose une théorie audacieuse, ne manifeste guère plus d'attrait pour les caractères du droit de propriété et estime que la propriété se distingue par son caractère résiduaire :

Si le droit de propriété peut n'être ni total, ni perpétuel, il sera toujours *résiduaire*, et c'est ainsi qu'il semble porter directement sur la chose elle-même : il confère au propriétaire tous les avantages autres que ceux, partiels ou temporaires, reconnus ou concédés aux titulaires d'autres droits sur ou par rapport à la chose<sup>14</sup>.

En dehors de ces efforts de redéfinition des concepts fondamentaux du droit des biens, qui avaient pour effet de mettre à l'écart plusieurs éléments des constructions doctrinales antérieures, les auteurs ont généralement manifesté un grand respect pour les caractéristiques traditionnelles de la propriété. La plupart d'entre eux les ont donc reprises et ont tenté d'en assurer la pérennité, même si les démonstrations ne sont pas toujours persuasives. Il est, par ailleurs, arrivé que des auteurs prennent leur distance à l'égard de la reconnaissance de certains caractères du droit de propriété. Ainsi, si la plupart des auteurs soutiennent que le droit de propriété est perpétuel, la doctrine nie parfois ce caractère et estime, au contraire, qu'il est temporaire<sup>15</sup>. Il faut ajouter que la définition de chacun des caractères est susceptible de bien des variantes.

12. Vincent BONNET, « La durée de la propriété », (2002) 27 *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 273, 276.

13. De VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », (1905) 4 *R.T.D. civ.* 443, 481-485.

14. Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 32.

15. Vincent BONNET, *loc. cit.*, note 12, 289.

Au-delà de la prise en compte des éléments constitutifs du droit de propriété, il y a lieu de s'interroger sur la portée de la définition d'une institution qui, au fil des ans, a été fortement marquée par une conception idéologique. À vouloir affirmer et défendre la plénitude de la propriété, il en est résulté une vision statique de ce droit qui finalement, au regard de la doctrine, est devenu un archétype plus ou moins en accord avec les besoins de la société et même avec la réalité juridique. Cette perspective a été remise en question par des auteurs qui ont souligné la nécessité de concevoir la propriété avec plus de souplesse que l'a généralement accepté une doctrine traditionnelle<sup>16</sup>.

Lorsque tous les attributs de la propriété se trouvent à être détenus par une seule et même personne et que, par surcroît, tous les caractères inhérents à ce droit sont présents, nous pouvons affirmer qu'il y a bel et bien là un droit de propriété. Un tel droit constitue alors le pouvoir le plus étendu qu'une personne puisse exercer sur un bien. Certains n'hésitent pas à reconnaître dans ce cas de figure la propriété « *pure et simple*<sup>17</sup> » ou encore l'expression du « droit commun de la propriété<sup>18</sup> ». Il n'en va pas toujours ainsi. Loin de là. Les exemples d'un droit de propriété qui s'éloigne de ce gabarit sont nombreux. Ainsi, il se produit que des attributs du droit soient partagés entre deux titulaires ou encore que des caractéristiques reconnues au droit de propriété soient plus ou moins affirmées. Cet état particulier qui marque le droit n'a pas nécessairement pour effet de compromettre l'existence du droit de propriété. De fait, le droit peut subir des transformations qui ne remettront pas en question son existence et qui n'atteindront pas son essence. L'amplitude variable qu'est susceptible de prendre la propriété a déjà été signalée par de nombreux auteurs. Les transformations qu'elle peut subir sont de deux types dépendant de l'étendue de la modification ; la propriété peut être démembrée ou être l'objet d'une modalité. Seule cette dernière hypothèse sera considérée.

## 2. LA GENÈSE DE LA NOTION DE MODALITÉ

Depuis longtemps, les juristes ont constaté que la propriété était parfois marquée d'un certain nombre de variations, de particularités, sans pour autant entraîner un fractionnement de ses attributs pour constituer un démembrement de la propriété, soit un usufruit, un usage, une emphytéose ou une servitude pour s'en tenir aux démembrements nommés. Pothier reconnaît, dans sa description du « domaine de propriété »,

---

16. Louis JOSSERAND, *op. cit.*, note 4 et Christian ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 104-105.

17. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 3, *Les biens*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 139.

18. Louis JOSSERAND, *op. cit.*, note 4, p. 919 et Philippe MALAURIE, *Droit civil. Les biens. La publicité foncière*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Cujas, 2002, p. 199.

que ce droit confère à son titulaire des prérogatives aussi nombreuses qu'étendues. Il précise, en outre, que, malgré l'importance des prérogatives détenues par le propriétaire, le droit peut présenter des imperfections. Ce constat l'amène à opposer la propriété « parfaite » à la propriété « imparfaite » :

L'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine & parfaite.

Une propriété est pleine & parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, & que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire.

Au contraire, elle est imparfaite, lorsqu'elle doit se résoudre au bout d'un certain temps, ou par l'avènement d'une certaine condition.

La propriété est surtout très-imparfaite, lorsqu'elle est chargée d'un droit d'usufruit; elle est appelée [sic] en ce cas propriété nue, *nuda proprietas*<sup>19</sup>.

À titre d'exemples d'une propriété « imparfaite », Pothier commente assez longuement le cas de la propriété résoluble d'un héritage. L'auteur présente cette espèce en insistant sur les limites importantes qu'elle inflige au droit du propriétaire qui doit se garder de poser certains actes matériels ou juridiques de nature à causer un préjudice à celui à qui l'héritage retournera éventuellement. À la suite de la codification française de 1804, cette distinction entre la propriété parfaite et la propriété imparfaite est reprise par certains auteurs qui la jugent toujours pertinente<sup>20</sup>.

Souvent, la doctrine et la jurisprudence éprouvent de la difficulté à qualifier des situations qui s'éloignent des catégories traditionnelles du droit et des régimes juridiques reconnus. Dans les développements qu'ils consacrent à la propriété, les auteurs se sont parfois retrouvés avec des institutions qui, si elles partageaient des traits de la notion de propriété, s'en éloignaient à certains égards. De là, la nécessité de présenter ces situations qui prennent leur distance par rapport à l'archétype. Elles sont ainsi regroupées, par les auteurs, et ce, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à aujourd'hui, sous des intitulés, tels : « Des diverses modifications de la propriété<sup>21</sup> », « De quelques états particuliers de la propriété<sup>22</sup> », « Les

19. Robert-Joseph POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil*, tome 4, Paris/Orléans, Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774, p. 346. Voir aussi : Jean-Nicolas GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 14, Paris, Visse, 1785, p. 51.

20. Claude-Étienne DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tome 1, Paris, Delestre-Boulage, 1824, p. 149-150 et Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, *Cours de droit civil français*, tome 2, continué et complété par J.-B. DUVERGIER, Paris, Cotillon/Jules Renouard et Cie, 1846, p. 36-37.

21. Karl Salomo ZACHARIE, *Le droit civil français*, trad. de l'allemand par G. Massé et C. Vergé, tome 2, Paris, Auguste Durand, 1855, p. 64.

22. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome 5, *Des biens*, Paris, L.G.D.J., 1896, p. 191.

formes particulières de la propriété<sup>23</sup>», ou encore « Propriétés spéciales<sup>24</sup> ». Par ailleurs, chacune de ces « propriétés particulières » pose problème, en ce qu'elles s'éloignent de la description classique de la propriété. Il en découle une tendance à qualifier les cas d'espèce commentés de « propriété *sui generis*<sup>25</sup> », d'« espèces de propriété<sup>26</sup> », de « propriété assez spéciale<sup>27</sup> », de « variété de droit de propriété<sup>28</sup> » ou de « *incomplete ownership*<sup>29</sup> ». Ces expressions permettent de souligner la singularité de ces propriétés, malgré le lien étroit qu'elles conservent avec l'archétype.

La notion de modalité a été introduite pour qualifier des situations où la propriété connaît une modification sans pour autant être atteinte dans son essence. Elle n'est qu'une propriété particulière qui, pour diverses raisons, transmet à son titulaire des pouvoirs dont l'exercice est réduit. Cette notion présente, selon certains auteurs, une acception limitée, alors que d'autres lui accordent une portée beaucoup plus étendue.

Les tenants d'une perspective étroite utilisent la notion de modalité pour traduire des situations particulières liées à la transmission de la propriété. En somme, il s'agit de la transposition, dans la sphère des droits réels, d'une situation typique du droit des obligations, soit celle de la survenance d'un événement futur – une condition ou un terme – qui affecterait le droit de propriété<sup>30</sup>. La doctrine française, en droit des biens, donne souvent cette acception à la notion de modalité de la propriété.

D'autres auteurs français présentent la modalité comme un complément à la notion de propriété. Elle permet d'identifier des situations qui s'éloignent de la configuration idéale qu'est susceptible d'adopter la propriété. Ambroise Colin et Henri Capitant reconnaissent l'existence de diverses modalités de la propriété et identifient la propriété commune ou

- 
23. Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., tome IV, *Les biens*, Paris, Rousseau et Cie, 1934, p. 381.
  24. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, note 18, p. 199.
  25. À propos de la propriété superficière, voir : G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *op. cit.*, note 22, p. 237 et Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1957, p. 27 ; de la propriété fiduciaire : *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 272 (le juge Beetz) ; de la copropriété : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : Les biens*, par Pierre RAYNAUD, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1980, p. 74, par. 59.
  26. Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 9, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1866, p. 436-437.
  27. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, note 18, p. 285.
  28. À propos de la propriété superficière, voir : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *op. cit.*, note 25, p. 236.
  29. À propos de la propriété de l'emphytéote, de la substitution et de la propriété conditionnelle, voir : William DeMontmollin MARLER et George C. MARLER, *The Law of Real Property. Quebec*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 32, par. 64.
  30. Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, 2<sup>e</sup> vol., *Biens*, 6<sup>e</sup> éd. par F. GIANVITI, Paris, Éditions Montchrétien, 1984, p. 137.

l'indivision et le droit de superficie comme les plus importantes<sup>31</sup>. Ces auteurs ne définissent toutefois pas la notion. Louis Josserand, qui est le premier à proposer une théorie de la notion de modalité, affirme que : « [...] le droit de propriété, dont la plasticité est presque infinie, se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions<sup>32</sup> ». Par la suite, il consacre un chapitre de son traité à la présentation d'un certain nombre de modalités. Il distingue trois catégories de modalités suivant qu'elles affectent le droit de propriété (la copropriété, la propriété conditionnelle), son objet (le droit de superficie et les maisons divisées par étages ou par appartements) ou ses attributs (l'inaliénabilité). Jean Carbonnier, traitant des propriétés indivise, conditionnelle et inaliénable, qualifie ces situations de modalités de la propriété et justifie en ces termes cette appellation : « Ce sont des manières d'être qui affectent le droit de propriété et se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire, sans que la propriété soit, pour autant, démembrée<sup>33</sup> ». Christian Atias, dans un développement sur l'indivision, présente une définition substantiellement semblable de la modalité, soit : « [une] forme particulière, accidentelle, c'est-à-dire non nécessaire, non essentielle, d'un droit, qui par hypothèse, peut en présenter plusieurs sans se dénaturer. La propriété est le genre, dont la propriété indivise est une espèce<sup>34</sup> ». Malgré les développements, plus ou moins élaborés, que ces auteurs ont consacrés à la modalité de la propriété, il faut reconnaître que la doctrine française s'est montrée plutôt réservée à l'égard de cette notion.

En droit québécois, la notion de modalité de la propriété est utilisée dans la doctrine, notamment par Jean-Guy Cardinal<sup>35</sup>, comme catégorie incluant la copropriété et le « droit de superficie ». Curieusement, dans son ouvrage sur le droit de superficie, Cardinal exploite peu la notion de modalité, même si elle figure dans le titre de sa monographie<sup>36</sup>. Cette carence est étonnante, car le recours à cette notion aurait pu contribuer à mieux saisir la nature de l'institution. Le Comité du droit des biens de l'Office de révision du Code civil introduit le concept de « modalités » (en anglais « modalities ») du droit de propriété dans le rapport qu'il soumet

31. Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1919, tome 1, p. 770.

32. Louis JOSSERAND, *op. cit.*, note 4, p. 919.

33. Jean CARBONNIER, *op. cit.*, note 17, p. 158.

34. Christian ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 133-134.

35. Jean-Guy CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1964-1965) 67 *R. du N.* 329, 331-337.

36. Jean-Guy CARDINAL, *op. cit.*, note 25. Dans le corps de l'ouvrage, Cardinal utilise la notion de modalité pour traiter des variétés qu'est susceptible d'adopter la propriété superficière (p. 98-148).

en 1975. Il propose alors l'introduction d'un titre, dans le livre sur les biens, qui serait ainsi libellé : « Des démembrements et des modalités du droit de propriété » (en anglais : « Dismemberments and modalities of the right of ownership »)<sup>37</sup>. La première catégorie comprend : l'usufruit, l'usage, l'habitation et la servitude ; la seconde : l'indivision, l'emphytéose et le droit de superficie<sup>38</sup>. Dans la version définitive de son rapport, l'Office substitue la notion de « modifications » (en anglais : « modifications »)<sup>39</sup> à celle de « modalités » (en anglais « modalities »). Le professeur Frenette, dans un commentaire critique du livre des biens, souligne que l'Office ne semble pas avoir une « idée très précise » du contenu des notions de modification, de démembrement et de modalité. Il propose de distinguer les trois notions de la manière suivante :

[...] la propriété est susceptible de modifications diverses, constituées tantôt par des manières d'être emportant éclatement du faisceau des prérogatives inhérentes du domaine, ce sont les démembrements, tantôt par des manières d'être n'emportant pas éclatement de tel faisceau, ce sont les modalités<sup>40</sup>.

Le législateur retient finalement la notion de « modalités » (en anglais « modes ») employée initialement par l'Office. En outre, après avoir défini la propriété au premier alinéa de l'article 947, il précise au second alinéa que la propriété est « susceptible de modalités et de démembrements ». Par ailleurs, le législateur introduit une nouvelle subdivision, intitulée : « Des modalités de la propriété » (en anglais : « Special modes of ownership »), entre le titre sur la propriété et celui sur les démembrements (1009-1118 C.c.Q.). Les régimes juridiques de la copropriété indivise et divise, de même que celui de la propriété superficière y sont présentés. Le premier article du titre précise qu'il s'agit-là « des principales modalités de la propriété » (1009 C.c.Q.), laissant entendre que la catégorie est ouverte. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice rappelle que la doctrine a déjà qualifié la propriété conditionnelle de modalité de la propriété et que d'autres modalités, comme la propriété inaliénable, peuvent être créées par convention<sup>41</sup>.

37. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL/CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Rapport sur les biens/Report on Property*, Montréal, 1975, p. 124.

38. L'inclusion de l'emphytéose au rang des modalités fut critiquée par le professeur Frenette (F. FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991, 1011-1012).

39. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 223 et CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Québec Civil Code*, vol. 1, *Draft Civil Code*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 221.

40. François FRENETTE, « Des biens », dans André POUPART (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1979, p. 361, 368.

41. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 592.

Le Code ne fournit pas de définition de la notion de modalité. Toutefois, le ministre, dans ses commentaires portant sur l'article 947, distingue ainsi les notions de modalités et de démembrements :

[...] l'article annonce immédiatement que la propriété est susceptible de modalités et de démembrements. On traite des modalités de la propriété lorsque les règles de droit régissent les rapports de plusieurs personnes qui ont un droit de propriété complet comportant tous les attributs de la propriété, usage, jouissance et libre disposition. On parle cependant d'un démembrement lorsque deux ou plusieurs personnes possèdent chacune un ou plusieurs attributs du droit de propriété sur un même bien, mais non tous<sup>42</sup>.

Compte tenu des définitions déjà avancées par les auteurs et de l'expression du droit positif québécois à la suite de la recodification, la notion de modalité de la propriété peut être définie comme *une forme particulière que prend la propriété, tout en conservant uni, sous la gouverne de son titulaire, l'ensemble des attributs de la propriété*.

L'introduction de la notion est révélatrice de changements survenus en droit des biens à la faveur de la recodification du droit civil québécois. Cette innovation doit donc être vue comme s'inscrivant dans un effort de renouvellement du droit des biens visant à contrer une perspective jugée par trop traditionaliste. Les transformations apportées au Code ont notamment fait en sorte que le droit des biens s'éloigne d'un certain absolutisme qui caractérisait l'expression du droit tel qu'il se trouvait énoncé dans le *Code civil du Bas Canada* :

Lors de la codification de 1866, on a considéré le droit de propriété comme le droit le plus absolu mais, depuis, l'on reconnaît que ce droit a subi plusieurs atteintes, afin d'aménager notamment les droits respectifs de multiples propriétaires et de protéger l'intérêt général [...]. Ce droit est susceptible de modalités diverses qui sont devenues plus usuelles avec le temps. Ainsi, en est-il de la copropriété et de la propriété superficière<sup>43</sup>.

Il faut, par ailleurs, préciser que la rigueur qui caractérisait le droit des biens sous l'ancien Code avait été assouplie par la jurisprudence et la doctrine. Un aspect à considérer dans l'évolution du droit québécois des biens, et qui est souvent ignoré, est l'importance accordée à l'intention des parties dans le processus d'interprétation des institutions juridiques. Il est indéniable qu'elle a contribué à infléchir un certain dogmatisme. En effet, la tendance des tribunaux québécois à favoriser la reconnaissance de droits réels innommés est tributaire du poids qu'ils ont généralement accordé à l'expression de la volonté des parties à un acte. Dans une affaire de qualification d'un droit de chasse et de pêche, un juge a bien fait ressortir qu'une interprétation, même si elle est plus ou moins compatible

---

42. *Id.*, p. 556.

43. *Id.*, p. 554-555.

avec la tradition civiliste, doit l'emporter lorsqu'il s'agit de la volonté des parties exprimée dans un contrat :

[...] cette notion d'une servitude personnelle perpétuelle est une notion marginale, tout à fait exceptionnelle, plus ou moins conforme aux principes qui régissent le droit des biens dans le droit civil québécois, une notion par conséquent qui, dans la réalité, ne sera admise que si elle est requise pour donner effet à une intention claire des parties à un contrat<sup>44</sup>.

Le nouveau Code a, par ailleurs, introduit des innovations dont on ne saurait sous-estimer la portée. Ainsi, en substituant le mot « biens » au mot « choses » dans la définition du droit de propriété (947 C.c.Q.), il a admis l'existence d'une propriété des entités incorporelles. La reconnaissance du patrimoine d'affectation participe aussi d'une volonté de changement. L'introduction de la notion de modalité s'ajoute à ces innovations. Carbonnier voyait d'ailleurs dans les modalités de la propriété et leur développement une preuve de « la force de la réaction contre la conception unitaire (romaine et révolutionnaire) [de la propriété]<sup>45</sup> ». Le renouvellement du droit québécois des biens n'est pas sans marquer un certain rapprochement avec la souplesse qui caractérisait le rapport aux biens sous le droit coutumier<sup>46</sup>. Le législateur n'a pas, pour autant, provoqué une mutation du droit qui amènerait l'abandon de l'ordonnement du droit moderne des biens. Il a toutefois souhaité que le droit reflète davantage les besoins de la société et qu'il facilite l'exploitation des biens par une pluralité de personnes. La reconnaissance de la notion de modalité participe de cet effort d'actualisation.

Les entités qualifiées de modalités possèdent la particularité de s'éloigner de la notion traditionnelle de propriété. Les raisons qui justifient cet éloignement sont variées. Elles peuvent tenir à la pluralité de sujets (la propriété indivise), à la particularité de l'objet (la propriété superficielle et la propriété spatio-temporelle (la copropriété à temps partagé)), à la paralysie temporaire de un ou de plusieurs attributs (la propriété inaliénable, la propriété en substitution et la propriété fiduciaire) ou, finalement, à l'existence même du droit (la propriété conditionnelle et la réserve de propriété).

Toutes les modalités mentionnées par la doctrine ou par la jurisprudence n'ont pas été reçues avec un égal intérêt par les juristes. Les propriétés indivise, superficielle, conditionnelle<sup>47</sup> et inaliénable<sup>48</sup> jouissent d'une reconnaissance quasi unanime, à titre de modalités de la propriété. La

44. *Boucher c. R.*, (1982) 22 R.P.R. 310, 315 (C.F.).

45. Jean CARBONNIER, *op. cit.*, note 17, p. 168.

46. Sur cette question : Anne-Marie PATAULT, *op. cit.*, note 1, p. 37-82.

47. Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *op. cit.*, note 30, p. 157.

48. Louis JOSSERAND, *op. cit.*, note 4, p. 949.

recodification du droit québécois a contribué à faciliter leur acceptation. En revanche, le rattachement à la notion des « propriétés » fiduciaire, en substitution<sup>49</sup> ou spatio-temporelle<sup>50</sup> en laisse probablement plusieurs perplexes.

L'introduction de la notion de modalité est une chose, déterminer sa portée en est une autre. Il faut, en effet, être conscient que les différentes modalités décrites jusqu'ici constituent une famille aux liens souvent distendus, ce que Jean Carbonnier rappelait à juste titre: « Il ne faut pas se dissimuler que la théorie des modalités de la propriété a une unité purement technique, recouvrant des situations sociales très différentes<sup>51</sup> ». Que l'on soit ou non d'accord à intégrer, dans la catégorie des modalités, toutes les « propriétés » énumérées plus haut, importe peu, étant donné les objectifs de la présente étude. Force est de reconnaître toutefois que, dans chacun des exemples mentionnés, les prérogatives inhérentes au droit de propriété sont reconnues au titulaire de la modalité même si les pouvoirs qu'il est susceptible d'exercer sur le bien, objet de son droit, peuvent être réduits, parfois même considérablement.

### 3. LES PARTICULARITÉS DE LA NOTION

La modalité de la propriété, si elle est un exemple qui illustre la plasticité de la propriété pour reprendre l'expression de Jossierand<sup>52</sup>, se doit de respecter tout de même certaines particularités. Elle exige la présence d'un sujet de droit (3.1). Le bien, objet de la modalité, doit présenter une identité propre (3.2). Par ailleurs, la modalité conserve, uni entre les mains de son titulaire, l'ensemble des attributs du droit de propriété (3.3). En revanche, la modalité peut affecter les caractères de la propriété (3.4).

#### 3.1 La présence d'un sujet de droit

En droit civil, il est difficile d'envisager la propriété sans l'existence d'un titulaire. En effet, lorsque le rapport à un bien est fondé sur la propriété, il y a nécessairement présence d'un titulaire de ce droit. La propriété, suivant la conception du droit civil, ne saurait demeurer dépourvue de titulaire: « The ownership of a thing can never be in suspense<sup>53</sup> ».

49. Ces deux situations ont été rattachées à la notion de modalité de la propriété par François FRENETTE, « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *C. de D.* 727 ; William DeMontmollin Marler et George C. Marler avaient, pour leur part, vu la substitution comme un cas de « *incomplete ownership* » (*op. cit.*, note 29, p. 32, par. 64).

50. Sylvio NORMAND, « La propriété spatio-temporelle », (1987) 28 *C. de D.* 261, 334-338.

51. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 3, *Les biens*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 166.

52. Louis JOSSIERAND, *op. cit.*, note 4, p. 919.

53. William DeMontmollin MARLER et George C. MARLER, *op. cit.*, note 29, p. 33, par. 68.

La modalité de la propriété ne peut donc pas se concevoir sans la présence d'un propriétaire. Dans ce contexte, il est opportun de revenir sur le cas de la fiducie, étant donné le problème de qualification qu'elle a longtemps posé et sur sa difficile conciliation avec l'idée même de propriété.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, la question a été posée de déterminer à qui revenait la propriété des biens transmis à la fiducie. La jurisprudence et la doctrine se sont efforcées de proposer des solutions qui permettent de concilier les objectifs recherchés par le législateur lors de l'introduction de l'institution et le contexte de la tradition civiliste. La Cour suprême a conclu que la propriété des biens transférés par le constituant revenait au fiduciaire même s'il s'agissait-là d'une propriété singulière, en ce que le titulaire d'une telle propriété ne pouvait tirer un avantage personnel des biens qui lui avaient été transmis et que, par surcroît, ses pouvoirs d'administration étaient limités<sup>54</sup>. Plus tard, le même tribunal poussait plus loin la qualification et concluait que la propriété reconnue au fiduciaire était une propriété *sui generis*<sup>55</sup>. Ce dernier effort de qualification alimenta une controverse déjà bien engagée. Dans une recherche de conciliation de cette propriété particulière avec la notion traditionnelle de propriété, le professeur Frenette avait proposé d'y voir une modalité de la propriété<sup>56</sup>. Or, il y a lieu de se demander si cette qualification peut tenir depuis la recodification du droit québécois.

Lors de la rédaction du nouveau Code, le législateur a voulu mettre un terme à l'incertitude qui planait toujours sur la propriété des biens détenus en fiducie. Sa solution sortait des sentiers battus, puisqu'il décidait de présenter la fiducie comme un patrimoine d'affectation, soit un patrimoine dépourvu de titulaire. Le législateur a même estimé nécessaire de préciser que ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel sur ce patrimoine (1261 C.c.Q.). Par ailleurs, dans ses commentaires, le ministre de la Justice s'est senti tenu d'expliquer la situation des biens détenus en fiducie, en l'absence de rapport de droit reposant sur la propriété :

[...] les biens composant le patrimoine fiduciaire ne sont pas des biens sans maître susceptibles d'être appropriés par simple occupation, puisque le fiduciaire en a la maîtrise et la détention. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'être paralysés du fait qu'il n'y ait pas de propriétaire. Les pouvoirs étendus du fiduciaire agissant *ès qualité*, vont en effet lui permettre non seulement d'en assurer la conservation, mais aussi la libre circulation, comme s'il en était propriétaire<sup>57</sup>.

54. *Curran c. Davis*, [1933] R.S.C. 283, 293-294 (le juge Rinfret).

55. *Royal Trust Co. c. Tucker*, précité, note 25, 272 (le juge Beetz).

56. François FRENETTE, *loc. cit.*, note 49.

57. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 41, p. 750.

La solution retenue par le législateur semblait avoir définitivement évacué le concept du droit de propriété de l'univers du patrimoine d'affectation. Des doutes subsistent toutefois sur le succès d'une telle opération.

La théorie des droits patrimoniaux développée par Ginossar est de nature à affaiblir la portée de l'aménagement prévu au Code. En effet, suivant la conception proposée par l'auteur, la propriété se distingue de la notion de droit réel. Elle se différencie à tel point de cette catégorie de droits patrimoniaux qu'elle ne saurait y être assimilée : « la propriété, elle, est et demeure un droit absolu, un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier : elle ne pourrait donc pas être un droit réel, puisqu'elle se meut sur un plan plus élevé<sup>58</sup> ». Il s'ensuit donc que si l'article 1261 C.c.Q. empêche le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire de détenir un droit réel sur les biens transférés à la fiducie, il n'entraverait pas pour autant l'existence d'un droit de propriété sur les mêmes biens. Des trois acteurs, il est vraisemblable que le fiduciaire serait la personne toute désignée – compte tenu de la jurisprudence antérieure à la recodification – pour se voir reconnaître ce droit de propriété. Malgré l'attrait que cette théorie peut susciter, le législateur semble bel et bien avoir choisi de considérer la propriété comme un droit réel. En effet, le libellé de certains articles du Code trahit une telle volonté, notamment l'article 912 C.c.Q. où le législateur parle du « titulaire d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel ».

À défaut d'être reconnu au constituant, au fiduciaire ou au bénéficiaire, un droit de propriété pourrait exister en faveur de la fiducie elle-même. Cette hypothèse introduirait un cas de figure peu considéré jusqu'ici. La fiducie a, en effet, été rarement perçue comme un sujet de droit, bien qu'une telle proposition ait été avancée dans une thèse qui considérerait le droit applicable sous l'ancien Code civil<sup>59</sup>. Récemment, la professeure Madeleine Cantin Cumyn, qui commentait le droit postérieur à la recodification, a soumis que la fiducie pourrait être titulaire du patrimoine d'affectation et qu'elle serait donc propriétaire des biens qu'il contient<sup>60</sup>. Après avoir rejeté l'idée suivant laquelle la fiducie puisse être une personne morale, elle propose qu'elle serait plutôt un troisième type de sujets de droit qui se situerait aux côtés de la personne physique et de la

58. Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 112.

59. Marcel Faribault considère la fiducie comme une institution et il affirme qu'elle est « un nouveau sujet de droit de la nature d'une société de capitaux ». (*Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 154-155.)

60. Madeleine Cantin CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2002, p. 129, 142.

personne morale. Ce nouveau sujet a ceci de particulier que, même dépourvu de la personnalité juridique, il serait propriétaire de biens, comme il pourrait être créancier ou débiteur. Le vocable de « propriété fiduciaire » pourrait retrouver sa pertinence si un tel raisonnement était retenu.

La reconnaissance d'un droit de propriété en faveur de la fiducie ou d'un de ses acteurs, encore que cette dernière hypothèse est moins vraisemblable, permet d'envisager à nouveau la propriété fiduciaire comme une modalité de la propriété. Cette qualification, qui pouvait difficilement tenir en l'absence d'un sujet de droit, redevient vraisemblable si la propriété reprend sa place dans le monde de la fiducie. Il faut cependant avouer que, dans un tel cas, la portée juridique de la notion serait fort limitée puisque l'environnement dans lequel évolue la fiducie – notamment à cause de l'application des règles sur l'administration du bien d'autrui – lui attribue déjà un régime juridique complet.

### 3.2 Le bien, objet d'une modalité, possède une identité propre

La reconnaissance d'une modalité exige que les prérogatives de la propriété que détient le sujet de droit soient exercées sur un objet donné. Suivant l'article 947 C.c.Q., cet objet est nécessairement un bien qui peut être corporel ou incorporel, meuble ou immeuble. Malgré les réticences déjà formulées par certains à un élargissement de la propriété aux biens incorporels<sup>61</sup>, il semble difficile de soutenir désormais une interprétation restrictive<sup>62</sup>.

La modalité, suivant sa nature, pourra donc porter sur différents types de biens. Toutefois, il faut se garder de considérer que tout bien peut être objet d'une modalité de la propriété. Il est, en effet, essentiel de préciser que l'objet de la modalité doit être particularisé, il doit jouir d'une identité propre, de sorte que les différents attributs de la propriété puissent y être exercés. Le respect de ce critère est impératif. De multiples exemples pourraient être apportés sur les possibilités et sur les limites imposées par cette exigence : la propriété superficière, la propriété spatio-temporelle, le droit de chasse et de pêche peuvent servir d'illustrations.

Certains biens de nature immobilière sont susceptibles d'être des objets de droit sur lesquels tous les attributs de la propriété peuvent être

---

61. John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », [1995] *Revue internationale de droit comparé* 33, 36 et B. DUTOIT, « Du Québec aux Pays-Bas : les mues du droit de propriété dans deux codes civils récents », dans *Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé/Swiss reports presented at the XV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law. Bristol, 27 juillet au 1<sup>er</sup> août 1998*, Zürich, Schulthess, 1998, p. 199, 204-205.

62. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 2002, p. 135 et *Régime complémentaire de retraite de la Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Bandera investment Co.*, [1997] R.J.Q. 1906, 1914 (C.S.).

exercés mais, à cause de leur situation particulière, ils ne peuvent donner lieu qu'à une modalité de la propriété. Ainsi en va-t-il de la propriété superficière qui est définie par le Code civil comme « celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier » (1011 C.c.Q.). La particularité fondamentale de cette propriété réside dans la superposition des immeubles dont la propriété est attribuée à des titulaires différents : le superficière et le tréfoncier<sup>63</sup>. Aux immeubles, qui s'étalent habituellement sur un plan horizontal, s'ajoutent ceux qui se situent sur un plan vertical. Cette particularité de l'objet engendre des rapports de voisinage particuliers entre les immeubles superposés. Toutefois, malgré les particularités de l'objet du droit, le superficière n'est d'aucune façon privé des prérogatives attachées à la propriété. En effet, il détient, sur l'objet de son droit, l'entier des attributs de la propriété. En revanche, ces prérogatives sont susceptibles d'une atténuation dans leur exercice. De là, la nécessité de faire appel à la notion de modalité de la propriété.

Un cas d'espèce particulier se pose lorsqu'il s'agit de considérer la possibilité de reconnaître comme objet de la propriété superficière un espace non occupé par des constructions, des ouvrages ou des plantations. La doctrine française a qualifié de « volume » ce type d'objet et elle s'est même référée à la « propriété de volumes dans l'espace<sup>64</sup> ». En droit québécois, il est difficile de nier au propriétaire le droit de scinder ainsi l'espace situé au-dessus du sol, puisqu'il s'agit bel et bien là d'une entité qui existe physiquement<sup>65</sup>. Le mécanisme de constitution d'une telle propriété superficière serait nécessairement la division de l'objet (1110 C.c.Q.). En revanche, les deux autres mécanismes prévus par la loi ne pourraient être utilisés dans un tel cas puisqu'ils donnent naissance à une propriété superficière seulement lorsque sont réalisés des constructions, des ouvrages ou des plantations.

En plus de ce fractionnement vertical de la propriété immobilière, que constitue la propriété superficière, il est possible de concevoir une scission temporelle de l'objet du droit de propriété et de parvenir ainsi à constituer une propriété spatio-temporelle<sup>66</sup>. L'objet du droit de propriété

63. François FRENETTE, « La propriété superficière », dans Chambre des notaires, *Répertoire de droit – Biens – Doctrine*, document 5, Montréal, 2005, p. 6, par. 9.

64. René SAVATIER, « La propriété de volumes dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, ch. 18.

65. Le meilleur développement sur cette question revient à François FRENETTE, *loc. cit.*, note 63, p. 7-8, par. 10-12. Pour une opinion contraire, voir : John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 61, p. 38.

66. Pour un développement plus complet, voir : Sylvio NORMAND, *loc. cit.*, note 50, p. 314-339 et Lucie LAFLAMME, François FRENETTE et Marie-Pier CAJOLET, « L'indivision conventionnelle : applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas », (1999) 2 C. P. du N. 349, 357-359.

est alors non seulement individualisé dans l'espace, il l'est aussi dans le temps. Un bien donné est alors susceptible d'être scindé en plusieurs objets appropriables, sans pour autant perdre son unité morphologique. En prenant l'année comme étalon de temps, un bien peut ainsi être fractionné en quatre objets de droit de propriété correspondant chacun à un trimestre; tous ces objets pouvant être acquis comme entités distinctes. Le titulaire d'une telle propriété possède sur le bien le droit exclusif aux prérogatives de la propriété. Durant chacune des périodes cycliques où son objet se reconstitue, le titulaire d'une propriété spatio-temporelle ne reconnaît aucun domaine supérieur au sien, il a la gouverne absolue du bien, objet de son droit.

D'autres situations que les cas exposés pourraient, en revanche, ne pas permettre l'identification d'un objet susceptible de constituer une modalité de la propriété. Un tel empêchement peut être illustré par l'étude du droit de chasse ou de pêche qui, suivant la tradition civiliste, est typique d'une situation où il est difficile de reconnaître l'existence d'une modalité de la propriété en faveur du titulaire de ce droit. La raison de cette difficulté est motivée par l'incapacité d'isoler un objet distinct sur lequel le titulaire d'un tel droit pourrait prétendre au contrôle de tous les attributs de la propriété. En fait, ce droit n'est rien d'autre que le droit de se servir (*usus*) d'un fonds donné pour des fins de chasse ou de pêche<sup>67</sup>. On ne saurait soutenir que le titulaire de ces droits puisse prétendre à la propriété du poisson ou du gibier par l'effet de l'accession matérielle. Les biens appropriés au moyen de la chasse ou de la pêche ne constituent ni des fruits, ni des produits d'un fonds donné; il s'agit plutôt de *res nulli* qui s'acquiert par occupation (945 et 935 C.c.Q.). L'opposition à la reconnaissance du droit de chasse et de pêche comme objet de droit de propriété est bel et bien fondée sur l'absence d'objet spécifique sur lequel prévaudrait l'ensemble des prérogatives de la propriété, elle n'est pas basée sur le fait qu'un tel droit aurait pour objet un bien incorporel. Une telle raison, si elle a pu être évoquée, ne saurait désormais prévaloir en droit québécois<sup>68</sup>.

Ce raisonnement ne fait toutefois pas l'unanimité. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, dans un jugement resté célèbre, le Conseil privé retient une opinion tout à fait opposée à celle présentée ici<sup>69</sup>. Par contrat, le propriétaire d'un fonds, traversé par une rivière non navigable, avait cédé « [t]ous les droits de pêche dans la [dite] rivière<sup>70</sup> ». Les droits des parties à l'acte

67. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 667.

68. Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, 183-185.

69. *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, (1921) 2 A.C. 426.

70. *Duchaine c. Matamajaw Salmon Club*, (1918) 27 B.R. 196, 198.

furent ensuite cédés à des ayants cause distincts. Un différend les opposa quant à l'exercice du droit de pêcher dans la rivière. Lord Haldane, qui rédige les motifs de la décision rendue par le Conseil privé, se prononce sur la nature et la durée de ce droit. Il présente ce droit comme étant, en lui-même, susceptible d'un domaine de propriété: « [...] it is a right to a separable subject or incident of property. There is no inherent reason for refusing to treat a fishing right as a self-contained and separable subject<sup>71</sup> ». Une fois admis que le droit de pêche peut être objet d'une propriété distincte du fonds, le tribunal qualifie le poisson de produit de la rivière, appropriable par accession. Le droit d'accession devient donc un accessoire du principal que constitue le droit de pêche lui-même. Le raisonnement élaboré par le Conseil privé a pour effet d'identifier un objet distinct sur lequel repose la propriété. Le titulaire d'un droit de pêche peut, dès lors, prétendre à l'entier des prérogatives attachées à la propriété sur cet objet. Une telle conclusion a exigé de la doctrine qu'elle fournisse une qualification appropriée pour ce droit. Plusieurs qualifications ont été suggérées: un « usage de la chose<sup>72</sup> », une « servitude personnelle perpétuelle<sup>73</sup> », une servitude personnelle<sup>74</sup> ou même une « servitude réelle<sup>75</sup> ». La jurisprudence et la doctrine, dans leur effort de qualification, ont cherché à cantonner le droit de pêche parmi les démembrements de la propriété. Or, la conclusion du Conseil privé devait plutôt conduire à ranger le droit au rang de propriété<sup>76</sup> même si l'identification d'un objet présentant une identité propre causait un réel problème.

En dépit du raisonnement du Conseil privé, il faut considérer qu'un autre point de vue aurait pu mener à une tout autre conclusion et donner ouverture à la création d'une modalité de la propriété. En effet, dans cette même affaire, l'opinion formulée en Cour d'appel par le juge Pelletier conduit à une analyse fort originale. Il considère d'abord l'ampleur de la cession qui porte sur la totalité des droits de pêche. Par la suite, il ajoute qu'une telle cession a nécessairement emporté une concession du lit de la rivière pour des fins de pêche. Le cédant, pour sa part, conservait la propriété du lit pour toutes autres fins. De cela, il faut donc conclure à l'existence d'une copropriété du lot et à un partage entre deux personnes des

71. *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, précité, note 69, p. 437.

72. Jean-Guy CARDINAL, « Droit de chasse – servitude – occupation et accession – louage », (1958-1959) 61 *R. du N.* 79, 81.

73. *Boucher c. R.*, précité, note 44, p. 315.

74. Madeleine Cantin CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3, 21-25.

75. Jean-Guy CARDINAL, *loc. cit.*, note 72, p. 82.

76. André COSSETTE, « Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables », (1997-1998) 100 *R. du N.* 3, 42.

avantages que présente la rivière, comme l'exprime le juge : « L'appelant et l'intimé sont donc tous deux propriétaires du lit de la rivière. Ça n'est pas une propriété indivise, mais une copropriété qui, suivant le cas, donnera des fruits ou des avantages tantôt à l'un et tantôt à l'autre<sup>77</sup> ». Ce cas de figure est un exemple d'une propriété simultanée, un type de propriété non exclusive, dont l'existence est encore attestée, en France, au cours de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>78</sup>. Une telle analyse offre l'avantage de ne pas dissocier le droit de pêche de la propriété du lit de la rivière. En faisant reposer l'existence de ce droit sur un tel aménagement, le juge permet l'identification d'un objet sur lequel puisse reposer une modalité de la propriété qui n'était pas sans présenter des traits de parenté avec le droit coutumier.

En somme, la modalité de la propriété doit porter sur un objet possédant une identité propre. Cet objet peut être tout bien, qu'il soit ou non perceptible au sens. L'important étant que le bien présente une configuration telle qu'il puisse procurer éventuellement, à son titulaire, tous les attributs de la propriété.

### 3.3 La modalité conserve unis les attributs de la propriété

À l'instar de la propriété, la modalité maintient, sous l'autorité de son titulaire, la totalité des attributs de la propriété. Il peut donc prétendre à l'*usus*, au *fructus*, à l'*abusus* et même à l'*accessio*. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice insiste pour dire que le titulaire de la modalité dispose de tous les attributs de la propriété. Dans un tel cas d'espèce, il y a bel et bien « un droit de propriété complet comportant tous les attributs de la propriété, usage, jouissance et libre disposition<sup>79</sup> ». En revanche, dans l'hypothèse où il y aurait fractionnement des attributs, il faudrait conclure à la constitution d'un démembrement de la propriété.

Cette exigence pose directement le problème de l'accession. Si elle est un attribut de la modalité, ce que plusieurs indices dans le Code révèlent (948 C.c.Q.) il faut bien que le titulaire de la modalité en bénéficie. Le Code traite d'ailleurs de l'accession tant pour la copropriété indivise (1017 C.c.Q.) que pour la propriété superficière (1110 C.c.Q.).

Les difficultés posées par l'accession ont été soulevées par la propriété superficière et plus précisément dans le cas où la modalité est constituée par renonciation au bénéfice de l'accession ou par cession de l'accession (1110 C.c.Q.). Longtemps, le droit créé par ces deux mécanismes a posé

---

77. Duchaine c. Matamajaw Salmon Club, précité, note 70, p. 203.

78. Anne-Marie PATAULT, *op. cit.*, note 1, p. 221-228.

79. Commentaires du ministre de la Justice, précité, note 41, p. 556.

d'importants problèmes de qualification. À plusieurs reprises, la jurisprudence comme la doctrine n'ont vu dans de telles situations que des exemples de démembrements de la propriété. Ainsi, tenu de se prononcer sur la possibilité d'assujettir un immeuble construit par un emphytéote aux règles de la copropriété divise, la Cour supérieure a déjà conclu qu'il y avait « incompatibilité fondamentale entre les deux modes de tenure<sup>80</sup> ». Autrement dit, une propriété – même particulière – ne pourrait naître d'un démembrement. En somme, dans les deux hypothèses soumises, l'accession ne pouvait fonctionner en faveur d'une autre personne que le propriétaire. Lorsqu'un de ces deux mécanismes était utilisé, il entraînait inévitablement la constitution d'un démembrement. Le recours à la notion de modalité devenait, dès lors, impossible.

À la suite de cette décision de la Cour supérieure, le législateur a apporté une modification au *Code civil du Bas Canada* qui permettait à l'emphytéote d'assujettir, aux règles de la copropriété divise, un immeuble construit par lui à titre d'amélioration sur l'immeuble tenu en emphytéose (441b.1 et 569 C.c.B.C.). Cette solution, qui a été reconduite lors de la recodification (1040 C.c.Q.), découle des pouvoirs transmis à l'emphytéote. En effet, le Code précise que celui-ci a « à l'égard de l'immeuble, tous les droits attachés à la qualité de propriétaire » (1200 C.c.Q.). Le ministre est encore plus précis dans ses commentaires sur l'étendue des droits attribués à l'emphytéote : « Celui-ci a, à l'égard de l'immeuble, les droits du propriétaire, soit les droits prévus aux articles 947 à 953, sauf les restrictions à l'exercice de ceux-ci qu'on retrouve dans le présent chapitre ou qu'on peut prévoir dans l'acte constitutif<sup>81</sup> ». L'emphytéote se voit donc transmettre l'accession matérielle. Aussi, lorsqu'il construit un immeuble, il s'en trouve propriétaire superficielle et pourra décider d'établir une copropriété divise sur un tel immeuble<sup>82</sup>. Les attributs transmis à l'emphytéote ne sauraient être limités, même si, comme le précise le Code, des restrictions peuvent toucher l'exercice des droits (1200 C.c.Q.).

L'emphytéote, qui se voit transmettre tous les droits attachés à la qualité de propriétaire (1200 C.c.Q.), s'est donc vu céder l'accession<sup>83</sup>. Le

80. *Roy c. Société immobilière du Cours Le Royer*, [1987] R.D.I. 392, 395 (C.S.).

81. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 41, p. 750.

82. Dans le cas où l'accession ne joue pas en faveur de l'emphytéote – soit lorsque celui-ci transforme un bâtiment déjà existant – il lui sera possible par déclaration de coemphytéose de soumettre cet immeuble aux règles de la copropriété divise (1138-1109 C.c.Q.), sans pour autant créer une modalité de la propriété (1196 C.c.Q.).

83. François FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1983, p. 199 ; François FRENETTE, « L'emphytéose », dans Chambre des notaires, *Répertoire de droit, nouvelle série – Biens – Doctrine*, document 1, Montréal, 2005, p. 7, par. 16 et Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, Montréal, Les éditions Thémis, 1999, p. 941.

droit français reconnaît également cet attribut à l'emphytéote<sup>84</sup>. De cela, il résulte que, tout au long de la durée de l'emphytéose, le titulaire du démembrement a raison de prétendre à la propriété des améliorations. Curieusement, la jurisprudence a rejeté cette hypothèse et, par le fait même, affirmé que l'accession continue de jouer en faveur du propriétaire et non de l'emphytéote<sup>85</sup>. Or, un tel raisonnement est impossible à concilier avec le droit reconnu par le législateur à l'emphytéote de constituer une copropriété divise sur un immeuble qu'il a bâti (1040 al. 1 C.c.Q.).

Force est de conclure que, tant dans le cas de l'emphytéose que dans celui où la propriété superficière est constituée par renonciation au bénéfice de l'accession ou par cession de l'accession, *seul celui en faveur de qui joue l'accession peut prétendre à la propriété des constructions, des ouvrages ou des plantations* qui seront faits sur l'immeuble. Le propriétaire de l'immeuble en emphytéose ou le tréfoncier ne saurait en profiter pour la période de temps où l'accession est soustraite de ses prérogatives.

Il est surprenant que les critiques qui se sont étonnés de tels aménagements dans le contexte de la propriété superficière n'aient pas soulevé l'absence de caractère résiduaire d'une modalité de ce type. La propriété est, en effet, résiduaire, par essence. En fait, le titulaire de la propriété peut voir ses prérogatives sur l'objet de son droit fort réduites, il demeure toutefois propriétaire aussi longtemps qu'il conserve l'accession juridique<sup>86</sup>. Une question vient immédiatement à l'esprit : l'existence d'une modalité exige-t-elle la détention de cet attribut par son titulaire ? Une modalité constituée à la suite d'un démembrement de la propriété confère bel et bien à son titulaire tous les avantages de la propriété. Il peut même être soutenu que le titulaire jouit, jusqu'à un certain point, de l'accession juridique pour la durée de cette modification de la propriété. Ainsi, l'extinction d'un droit personnel ou d'un droit réel, venu à échéance au cours de la modalité, se ferait à son bénéfice. L'accession juridique reconnue au titulaire de la modalité serait cependant à la mesure de cette forme particulière de la propriété. Elle prendrait donc fin avec la modalité. Dès cet instant, seul le propriétaire, qui se trouve en arrière-scène tout au long de l'existence de la modalité, pourrait prétendre à l'accession juridique.

Que le titulaire d'une modalité puisse aspirer aux prérogatives de la propriété ne veut pas dire que, de fait, il jouit de toutes et chacune d'elles. En effet, il est possible que le titulaire soit privé de la jouissance partielle ou même totale d'un attribut, et ce, sans provoquer pour autant le

---

84. Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 297.

85. *H.L.P. Société en commandite c. Ville de Beauport*, [2000] R.J.Q. 1095, 1097 (C.A.).

86. Voir *supra*, note 14 et le texte correspondant.

fractionnement des prérogatives de la propriété, donc la création d'un démembrement. La propriété inaliénable constitue un exemple d'une propriété dont le titulaire ne profite pas d'un attribut qui est pourtant sous sa puissance, soit la faculté de disposer. Pourtant, il s'agit-là d'un attribut du droit de propriété. Il est impensable de concevoir une propriété sans *abusus*. De fait, la propriété inaliénable n'implique pas qu'il y ait absence d'*abusus*, mais plutôt une impossibilité provisoire d'exercer cette prérogative du droit de propriété. Avec justesse, le professeur Jean Carbonnier a qualifié la situation de paralysie temporaire de l'*abusus*<sup>87</sup>. Le mot employé rend bien la réalité. Le *jus abutendi* est toujours détenu par le propriétaire de la chose inaliénable, mais celui-ci ne peut jouir de la prérogative. Advenant que la prohibition cesse, il pourra dès lors disposer des biens. Le grevé de substitution, qui a l'obligation de rendre les biens substitués dans l'état où il les a reçus à l'ouverture de son droit (1245 C.c.Q.), se trouve lui également privé de l'exercice de cet attribut.

### 3.4 La modalité peut affecter les caractères de la propriété

La notion de propriété a été jugée, par des auteurs, plus ou moins bien adaptée à certaines institutions, notamment lorsque celles-ci ne respectent pas les caractères généralement reconnus à la propriété. Pour cette raison, plusieurs ont refusé de rapprocher la copropriété de la propriété. Cette réticence était due aux droits limités reconnus au copropriétaire et à l'éloignement de l'institution par rapport aux caractères traditionnels de la propriété, comme cela a été souligné par la doctrine :

Mais on a justement observé que cette notion de propriété désincarnée en quotes-parts, et qui ne donne sur les choses, même aux indivisaires ou copropriétaires, que des droits limités, précaires plus ou moins menacés par le veto des autres, *ne s'accorde guère avec la plénitude, sinon l'absolutisme et la perpétuité*, voire la libre transmission qui caractérisent le concept de propriété. Comment qualifier de propriété des droits qui répondent si mal à ce concept?<sup>88</sup>

D'autres exemples pourraient être présentés où l'éventuel rattachement d'un droit réel à la notion de propriété fut rejeté à cause de l'inadéquation de l'institution aux caractères traditionnels de la propriété.

Or, la notion de modalité a justement été introduite pour identifier des manières d'être de la propriété qui se particularisent par une atténuation d'un des caractères de la propriété. Chacun des trois caractères (absolutisme, exclusivité et perpétuité) peut, en effet, être considérablement amoindri. Pourtant, même dans cette dernière hypothèse, l'existence de la modalité n'est pas pour autant compromise<sup>89</sup>.

87. Jean CARBONNIER, *op. cit.*, note 17, p. 125.

88. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *op. cit.*, note 25, p. 74, par. 59 (italiques ajoutés).

89. Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1999, p. 45.

Le droit de propriété est défini comme absolu, parce que le propriétaire est, de tous les détenteurs de droits réels, la personne qui détient les droits les plus étendus sur l'objet de son droit. Le titulaire d'une modalité doit s'attendre à une réduction plus ou moins accentuée de cet absolutisme. Ainsi, la propriété inaliénable ne transmet pas à son titulaire un droit absolu sur son objet. Loin de là. Privé en partie de l'exercice de l'*abusus*, le titulaire d'une telle propriété se trouve à ne pouvoir se prévaloir pleinement de l'une des prérogatives de la propriété. Il en va de même du copropriétaire indivis tenu, aussi longtemps que dure l'état d'indivision, de se concerter avec les autres indivisaires avant de poser des actes de disposition sur le bien indivis (1026 al. 2 C.c.Q.). Cependant, la modalité n'en demeure pas moins fidèle à la définition de la propriété, même si l'exercice des prérogatives est limité. Le libéralisme, qui a longtemps dominé le droit des biens, contribuait à valoriser ce caractère de la propriété. L'évolution du droit semble toutefois démontrer que la domination totale du propriétaire sur l'objet de son droit, notamment par l'exercice de toutes les prérogatives, n'exerce plus le même attrait qu'autrefois<sup>90</sup>. En certaines circonstances, elle peut même être perçue comme une limitation à l'exploitation maximale des biens et à l'accès à la propriété.

L'exclusivité du droit de propriété est souvent présentée comme une règle intangible. Pourtant, bien qu'il s'agisse là d'une situation fréquente, elle ne peut être vue comme une qualité nécessaire de la propriété. La copropriété constitue, en effet, une exception non négligeable au caractère exclusif de la propriété. Définie comme une propriété à plusieurs sujets pour un même objet, la copropriété ne provoque pas, pour autant, un fractionnement du bien, ni d'ailleurs du droit de propriété. Cette modalité, qui naît de la pluralité de sujets, entraîne un exercice concurrent du droit de propriété. Même si cet état particulier ne porte pas atteinte à la notion de propriété, il faut avouer que cette concurrence restreint la liberté des copropriétaires. Les actes matériels et juridiques de chacun de ceux-ci sur le bien doivent tenir compte des droits des autres copropriétaires<sup>91</sup>. Il s'ensuit que, s'ils peuvent prétendre à tous les attributs de la propriété, ils doivent les exercer en tenant compte du caractère non exclusif de la propriété. Le partage de la copropriété met fin à la modalité (1049 C.c.Q.). Il a pour effet de conférer un caractère exclusif au droit de propriété<sup>92</sup>.

---

90. Christian ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 91-100.

91. Lucie LAFLAMME, *op. cit.*, note 89, p. 48-52.

92. *Id.*, p. 190.

La perpétuité est souvent donnée comme un caractère du droit de propriété qui ne connaît pas d'exception. Aussi, a-t-on pu affirmer : « *il n'existe pas de droit de propriété temporaire*<sup>93</sup> ». Encore que la pertinence de ce caractère de la propriété est parfois remise en question<sup>94</sup> et que plusieurs auteurs n'hésitent pas à qualifier certaines situations de « propriétés temporaires ». Les exemples illustratifs de « propriétés temporaires » sont nombreux. Ils comprennent des cas où le droit de propriété est affecté par l'application de clauses comprises dans un acte juridique, notamment lorsque le transfert de la propriété est marqué d'une condition ou d'un terme ou encore quand est constituée une propriété inaliénable ou une substitution<sup>95</sup>. Des auteurs signalent également la propriété superficière et le droit de propriété reconnu, en certaines circonstances, à l'emphytéote comme d'autres exemples de « propriétés temporaires<sup>96</sup> ». Il va de soi que l'indivision est souvent vue comme une situation précaire qui ne saurait perdurer.

Une fois les différents cas de « propriétés temporaires » inventoriés, la doctrine s'efforce habituellement de concilier ces exceptions avec la règle de la perpétuité. Un des arguments parmi les plus souvent évoqués est celui de la transmissibilité de la propriété. En effet, lorsque prend fin une de ces « propriétés temporaires », la propriété ne s'éteindrait pas, mais elle passerait au propriétaire subséquent. Pour leur part, les professeurs Zenati et Revet, après avoir affirmé que la propriété a vocation de s'inscrire dans le temps, temporent la portée de la règle. Ils soutiennent que, par convention, la propriété peut être temporaire : « Ce que la loi ne limite pas peut être limité par convention. Rien ne s'oppose à l'organisation volontaire d'une propriété temporaire [...] »<sup>97</sup>. Ces deux solutions tentent de concilier la dogmatique juridique avec des situations qui y dérogent.

La réflexion conduite sur la perpétuité prend rarement en compte la spécificité de la notion de modalité. En effet, si le droit de propriété est perpétuel, la modalité peut, quant à elle, être temporaire. N'étant qu'une manière d'être de la propriété, on s'attend même à ce que la durée de la modalité soit limitée<sup>98</sup>. La fin plus ou moins lointaine de certaines modalités de la propriété est même prévue dès leur constitution.

La propriété inaliénable ne peut ainsi durer indéfiniment. Sa validité est même dépendante de son caractère temporaire (1212 al. 3 C.c.Q.). La libre circulation des biens étant une préoccupation du législateur, celui-ci

93. Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *op. cit.*, note 30, p. 85.

94. Vincent BONNET, *loc. cit.*, note 12.

95. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *op. cit.*, note 67, p. 116.

96. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, note 18, p. 137.

97. Frédéric ZENATI et Thierry REVET, *Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1988, p. 132.

98. François FRENETTE, *op. cit.*, note 83, p. 223-224.

perçoit les stipulations d'inaliénabilité comme des entraves susceptibles de nuire au crédit<sup>99</sup>. Le bien faisant l'objet d'une clause d'inaliénabilité reviendra donc tôt ou tard dans le commerce, mettant fin, par là, à la modalité. Il en va de même de la propriété en substitution qui ne peut se prolonger au-delà de deux ordres d'appelés (1221 C.c.Q.). Dans ces deux hypothèses, la doctrine n'y voit pas nécessairement une remise en question de la perpétuité du droit de propriété : « Rien ne permet de considérer qu'il y a alors atteinte au caractère perpétuel de la propriété ; ce qui est en cause, c'est seulement le mécanisme de transmission du droit de propriété d'un titulaire à un autre<sup>100</sup> ».

Une modalité temporaire de la propriété existe également en faveur de l'emphytéote sur les immeubles qu'il a bâtis (1040 C.c.Q.). La propriété superficière, constituée par renonciation au bénéfice de l'accession ou par cession de l'accession, n'a pas davantage vocation à la perpétuité. Parvenue à son terme, la modalité prendra nécessairement fin<sup>101</sup>. La propriété des constructions, des ouvrages ou des plantations réalisés par le superficière passera alors à celui qui est en droit d'y prétendre. La modalité pourrait, par ailleurs, prendre fin avant le terme prévu dans la situation où les constructions, les ouvrages ou les plantations seraient détruits. La modalité ne peut, en effet, survivre à son objet. Elle pourrait renaître si, avant l'arrivée du terme, il y a reconstruction<sup>102</sup>.

Ce type de propriétés « temporaires » a toujours posé un problème à la doctrine qui n'a pas ménagé ses efforts pour tenter de le résoudre. Le professeur Malaurie ne voit pas dans ces exemples des accroc à la règle de la perpétuité : « Certains contrats confèrent une propriété temporaire (emphytéose et bail à construction). Mais, derrière cette propriété temporaire du preneur, se profile le droit perpétuel du propriétaire qui bénéficiera de l'accession à la fin du bail<sup>103</sup> ». L'auteur fonde son argument sur la transmissibilité du droit. Le raisonnement est plus aisé à suivre en se fondant sur la notion de modalité, ainsi que l'a fort bien illustré le professeur Frenette :

La consolidation des qualités de propriétaire superficière et propriétaire tréfoncier fait disparaître la modalité temporaire du droit, mais la propriété sur ce qui était les superficies continue de perdurer en la main de celui qui, consécutivement à leur acquisition, a réalisé la confusion des droits<sup>104</sup>.

Il s'agirait donc d'un cas d'une modalité temporaire de la propriété et non pas d'une propriété *ad tempus*. Encore que la doctrine admet parfois

99. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 41, p. 712.

100. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *op. cit.*, note 67, p. 116.

101. François FRENETTE, *loc. cit.*, note 63, p. 23, par. 56.

102. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 41, p. 658.

103. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, note 18, p. 137.

104. François FRENETTE, *op. cit.*, note 83, p. 223.

que la propriété superficière constitue un réel cas de propriété temporaire<sup>105</sup>.

Par ailleurs, même si une modalité est toujours susceptible de prendre fin, il est des situations où elle peut prétendre à la perpétuité. L'indivision, même si elle est fréquemment décrite comme un état précaire de la propriété, n'est certes pas temporaire par essence<sup>106</sup>. Sa durée est souvent limitée, puisqu'elle est susceptible de prendre fin à tout moment lorsque le partage sera demandé (1030 C.c.Q.). Cependant, aucune disposition impérative de la loi ne vient, de prime abord, en limiter l'étendue. Par ailleurs, elle peut même présenter un caractère perpétuel lorsque le bien en indivision a été affecté à un but durable (indivision forcée) (1030 C.c.Q.)<sup>107</sup>.

La propriété superficière constituée par division de l'objet du droit de propriété est, elle aussi, d'une nature perpétuelle. Elle sera toutefois susceptible de prendre fin le jour où seront réunis à nouveau la superficie et le tréfonds. Il en va de même de la propriété spatio-temporelle. Il faut se garder de considérer qu'il s'agit-là d'une propriété *ad tempus*<sup>108</sup>. Le titulaire d'une telle propriété détient, à perpétuité, sur son bien, l'entier des prérogatives de la propriété. Son droit n'est pas temporaire, même s'il est à éclipses; cette propriété ne fait que s'adapter à la configuration singulière de l'objet du droit. Toutefois, la propriété spatio-temporelle, comme toute autre modalité de la propriété, pourra disparaître le jour où prendra fin le découpage temporel de l'objet du droit de propriété.

\* \* \* \* \*

La propriété – le plus complet des droits réels – répond à une définition à fort contenu dogmatique. Elle transmet des prérogatives (*usus, fructus, abusus* et *accessio*) à son titulaire et possède des caractéristiques propres (absolutisme, exclusivité et perpétuité). Souvent, la propriété respecte ce modèle; il arrive cependant que, tout en conservant unis sous la puissance de son titulaire les attributs de la propriété, elle présente, pour diverses raisons, des caractéristiques plus ou moins affirmées. Même dans cet état particulier, le droit dont il s'agit est encore la propriété, mais une propriété d'une forme particulière: une modalité de la propriété.

105. Vincent BONNET, *loc. cit.*, note 12, p. 291.

106. Francis DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 197.

107. *Michon c. Leduc*, (1890) 19 R.L. 504 (B.R.) et Lucie LAFLAMME, *op. cit.*, note 89, p. 158-164.

108. André COSSETTE, « La formule du temps partagé et le problème de la propriété spatio-temporelle », (1987) 90 *R. du N.* 2, 17.

L'introduction de la notion de modalité permet d'atténuer la rigidité de la définition traditionnelle de la propriété. La recodification du droit québécois a permis d'introduire d'autres mesures de ce type. Ces assouplissements offrent l'avantage de conserver la structure du droit civil, tout en permettant son actualisation. Le refus d'accepter de tels réaménagements obligerait à développer une nouvelle théorie générale du droit des biens. Un tel chantier, s'il peut s'avérer exaltant, serait semé d'embûches et d'incertitudes, et ce, d'autant plus que même si le droit des biens a connu des transformations non négligeables, il n'a pas, pour autant, subi une mutation qui l'aurait coupé de ses racines.



# LA GARANTIE DE QUALITÉ EN MATIÈRE DE SOLS CONTAMINÉS

*Jeffrey Edwards<sup>1</sup>*

1. INTRODUCTION
2. LES TYPES DE VICE ET DE CONTAMINATION SUJETS À LA GARANTIE
3. LES ÉCUEILS ET L'EFFICACITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION
4. LA PRÉSUMPTION DE CONNAISSANCE ET SON APPLICATION AUX PROMOTEURS ET ENTREPRENEURS IMMOBILIERS
5. LA RESPONSABILITÉ DES VENDEURS POUR DOMMAGES-INTÉRÊTS
6. LES CONSÉQUENCES ET DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LE RECOURS DIRECT
7. CONCLUSION

\* \* \*

## 1. INTRODUCTION

Le dynamisme du secteur immobilier et de la construction entraîne fréquemment le développement des terrains, jadis à vocation industrielle, à des fins commerciales et résidentielles. La réglementation législative applicable de plus en plus exigeante, ainsi que les coûts importants en jeu pour la réhabilitation des terrains contaminés, ont pour conséquence de mettre la problématique des sols contaminés à l'avant-plan des préoccupations des vendeurs et acheteurs. Après avoir signé l'acte de vente et pris possession d'un immeuble, un acheteur peut se trouver face à un problème de sol contaminé. Cette découverte peut entraîner une responsabilité pour le vendeur. De même, l'acheteur peut faire face à une responsabilité civile, mais aussi statutaire en vertu de la *Loi sur la qualité de*

---

1. ©2005 M<sup>e</sup> Jeffrey Edwards, LL.D. (Laval), avocat, associé, Tutino Potechin à Montréal. L'auteur désire remercier M<sup>e</sup> Valérie Alerte de son aide précieuse dans la préparation de cet article.

*l'environnement*<sup>2</sup>. L'acheteur est alors tenu de déboursier des montants qui s'avèrent souvent importants afin de décontaminer le sol pour ensuite tenter de récupérer de son vendeur les sommes payées pour ce faire. C'est dans ce contexte et à la lumière de la jurisprudence la plus récente que nous ferons le point sur les règles et sur des questions soulevées par l'application de la garantie légale de qualité en matière de sols contaminés, soit :

- les types de vice et de contamination sujets à la garantie ;
- les écueils et l'efficacité des clauses d'exclusion ;
- la présomption de connaissance et son application aux promoteurs et entrepreneurs immobiliers ;
- la responsabilité des vendeurs pour dommages-intérêts ; et
- les conséquences et difficultés soulevées par le recours direct.

## 2. LES TYPES DE VICE ET DE CONTAMINATION SUJETS À LA GARANTIE

Un vice peut être défini comme tout fait, ou ensemble de faits, y compris une dérogation aux normes, qui diminue l'utilité de la propriété ou qui rend cette dernière impropre à l'usage auquel on la destine<sup>3</sup>. L'utilité d'une propriété est interprétée de manière large et en fonction des attentes raisonnables de l'acheteur<sup>4</sup>. Ainsi, la contamination du sol doit avoir un effet significatif sur l'utilité ou la valeur d'une propriété pour être recevable en vertu de la garantie<sup>5</sup>.

2. Pour étude sur les aspects environnementaux, voir: Monique LUSSIER et Larry COBB, « Certains aspects de droit de l'environnement comparé entre le Québec et l'Ontario à l'aube de l'an 2000 », dans *Développements récents en droit de l'environnement* (1998), BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998; Odette NADON et Paul R. GRANDA, « Qui doit assumer la responsabilité des sols contaminés? », dans *Développements récents en droit de l'environnement* (1997), BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997; Hélène TRUDEAU, « La responsabilité statutaire du pollueur au Québec », dans *L'environnement à quel prix?*, Colloque des Facultés de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Montréal, Thémis, 1994. Pour étude de l'impact d'une contamination: Michel BÉLANGER, « Les nouvelles règles en matière de contamination des sols: moins de victimes, plus de responsables », (2002) *C. P. du N.* 137; Michel BÉLANGER, « Les récents développements en droit de l'environnement: l'application du principe "pollueur-payeur" ou du "notaire-payeur" », (1990) 2 *C. P. du N.* 467; Michel BÉLANGER, « Le droit de l'environnement et la pratique notariale à l'égard des terrains contaminés », (1988) 5 *C. P. du N.* 375.
3. Art. 1726 al. 1 C.c.Q.; Jeffrey EDWARDS, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 141, n° 316.
4. *Société de fiducie de la Banque de Hong Kong c. Duborg Construction Inc.*, REJB 1998-05993 (C.S.), REJB 2001-24015 (C.A.).
5. *Currie c. Parent*, J.E. 99-1651 (C.Q.); *Lavoie c. Bertrand*, [2001] R.D.I. 770 (C.Q.); *Lapointe c. Ferron*, [2001] R.D.I. 563 (C.Q.); *Lepage c. Marchand*, [1999] R.D.I. 500 (C.Q.); *9047-1442 Québec Inc. c. Entreprises Albert Ouellet Inc.*, J.E. 2001-628, [2001] R.R.A. 549 (rés.) (C.Q.), REJB 1999-13136 (C.Q.); *Persopoulos c. Hatzimimis*, B.E. 2001-364 (C.Q.); *Tanbec Inc. c. Réseau de transport de la Capitale*, B.E. 2003-340 (C.S.); *Grenier c. Roy*, [2003] R.D.I. 870 (C.Q.); *Dallaire c. Chabot*, B.E. 2004-332 (C.Q.).

Pour qu'un recours en garantie fondé sur les vices cachés réussisse, il faut que le vice recevable en vertu de la garantie satisfasse à certaines conditions. Nous les comptons au nombre de quatre.

La première condition du recours est que le vice soit grave. Le *Code civil du Québec* indique les critères de la gravité du vice : celui-ci doit être tel que, si l'acheteur l'avait connu, il n'aurait pas acheté<sup>6</sup> ou aurait acheté à moindre prix<sup>7</sup>. Pour décider si un vice est assez grave pour donner ouverture à la garantie, on ne considère pas seulement le coût de sa réparation par rapport à la valeur du bien : on regarde tous les aspects dont, notamment, la baisse de la valeur marchande du bien, les inconvénients, actuels ou prévisibles, du vice pour l'acheteur, étant entendu que les attentes légitimes de l'acheteur sont plus grandes pour un bien neuf, ou récemment construit, que pour un bien usagé<sup>8</sup>.

Il est important de noter qu'une fois qu'il est établi qu'un sol est contaminé, on peut affirmer que le terrain peut devenir impropre à son usage<sup>9</sup>. Nous pouvons notamment nous inspirer de la *Politique de protection des sols et de réhabilitation des terrains contaminés*<sup>10</sup> émise par le ministère de l'Environnement du Québec qui stipule, parmi ses principes fondamentaux, que :

Contaminer un sol, c'est lui faire perdre à un degré plus ou moins prononcé, une ou plusieurs de ses fonctions. La contamination de cette ressource constitue un handicap social et environnemental de même qu'un frein économique certain. Les impacts sur la santé humaine, la dégradation de l'environnement, la perte d'usage de terrains et de nappes d'eaux souterraines de même que l'incertitude des investisseurs sont autant de conséquences directes de la présence de contaminants dans les sols.

Comme deuxième condition imposée par le Code, il faut que le vice soit antérieur à la vente. Pour qu'il soit considéré comme antérieur, il n'est pas nécessaire que le vice se soit manifesté avant la vente, il suffit qu'il ait existé en germe<sup>11</sup>. Le but de cette condition est d'éviter que le vendeur ne soit responsable d'une défectuosité ou d'un événement résultant du

6. Les tribunaux exigent une gravité importante afin de justifier la résolution de la vente : *Petrone c. Montagano*, [2003] R.D.I. 608 (C.S.).

7. Art. 1726 al. 1 C.c.Q.

8. *Lepage c. Marchand*, précité, note 5 ; Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2001, p. 155.

9. Dans *Renovest Plus Inc. c. Jost*, [1989] R.J.Q. 2226 (C.S.), la Cour indiqua que la présence de contaminants ou de produits dangereux ne constituerait pas, à elle seule, un défaut, encore faut-il démontrer une relation causale entre la substance et certaines affections qui peuvent en découler.

10. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DIRECTION DES POLITIQUES DU SECTEUR INDUSTRIEL, SERVICE DES LIEUX CONTAMINÉS, *Politique de protection des sols et de réhabilitation des terrains contaminés*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 1999, p. 7.

11. *Lepage c. Marchand*, précité, note 5 ; *Tanbec Inc. c. Réseau de transport de la Capitale*, précité, note 5 ; *Pigeon c. Beaudry*, REJB 1997-02975 (C.S.).

mauvais entretien du bien par l'acheteur ou par une autre personne dont le vendeur n'a pas à répondre ou d'un geste réalisé après la vente<sup>12</sup>.

La troisième condition est que le vice doit être inconnu de l'acheteur au moment de la vente. Si l'acheteur en a connaissance, il ne peut demander de résolution ni de diminution de prix de vente, ayant acheté en toute connaissance de cause. Notons que la connaissance peut provenir de différentes sources : la dénonciation par le vendeur, les déclarations décrivant la propriété apparaissant sur l'inscription fournie par la maison de courtage ou encore de tout tiers. Notons que nous parlons ici en principe d'une connaissance réelle et subjective et non d'une connaissance objective, c'est-à-dire ce que l'acheteur aurait dû déceler. Ce dernier critère relève plutôt de la condition suivante, à savoir le caractère apparent ou non du vice.

En effet, pour qu'un vice soit sujet à la garantie de qualité, la quatrième condition est que le vice soit non apparent.

Pour sa part, l'article 1726, al. 2 C.c.Q., stipule que « est apparent le vice qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert ». Afin d'évaluer si un vice est apparent ou non, la jurisprudence a recours à divers facteurs ou critères d'évaluation<sup>13</sup>, à savoir : le statut de l'acheteur<sup>14</sup>, le statut du vendeur, la nature du bien, l'âge du bien, le prix demandé<sup>15</sup>, le type de vice et plus généralement, la conduite des parties<sup>16</sup>.

Malgré l'article 1726, al. 2 C.c.Q. et compte tenu de l'interprétation par les tribunaux de ces facteurs, les tribunaux ont parfois imposé en matière de transaction commerciale que l'acheteur ait recours à une étude de sol avant de se porter acquéreur d'un immeuble. En effet, lors d'un financement bancaire, les institutions financières exigent normalement une étude de caractérisation<sup>17</sup>. L'acheteur ou son expert n'a pas normalement

12. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 8, p. 164; J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 162-164.

13. *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309 (C.A.).

14. *Hatziefremidis c. Construction Les terrasses du Moulin Inc.*, [2003] R.D.I. 119 (C.S.).

15. Si le prix est élevé, l'acheteur doit porter une attention suffisamment approfondie lors de l'inspection afin de satisfaire à la norme de l'acheteur raisonnable. Cependant, il est important également de noter qu'il est établi qu'un prix bas par rapport au marché peut avoir le même effet. En effet, dans ce contexte, le prix anormalement bas devra éveiller chez l'acheteur raisonnable des doutes et appréhensions et celui-ci serait alors tenu à une inspection approfondie. Voir : *Desrochers c. Patenaude*, (1927) 33 R.L. 448 (C.S.); *Industrial Acceptance Corp. c. Landry*, (1935) 42 R.L. 367 (C.S.) (p. 374); *Poitras c. Duquet-Drolet*, [1979] C.P. 260; *Ronci c. Desroches*, J.E. 88-574 (C.A.); *Buissières c. Caisse populaire Desjardins*, J.E. 89-59 (C.A.); *Bédard c. Labrecque*, [1989] R.D.I. 826 (C.S.).

16. *Gestion T.J.M. Inc. c. Québec (Ville de)*, J.E. 95-1143 (C.S.); dans *Boucher c. Ville de Trois-Rivières*, J.E. 84-518 (C.S.), la Cour considéra qu'une ville était une venderesse ordinaire et non une fabricante ou une marchande et ne pouvait être responsable de la conduite imprudente et négligeable du demandeur, constructeur à des fins résidentielles, qui, lors de l'excavation, avait continué, malgré la présence anormale de détritrus.

17. *Banque Nationale du Canada c. 2746-4965 Québec Inc.*, J.E. 98-1480 (C.S.).

l'obligation de prendre des mesures inhabituelles (comme creuser les fondations ou excaver le terrain) pour chercher des vices, sauf si un indice visible soulève des soupçons raisonnables d'un problème ou si les facteurs en cause requièrent, selon les usages, de telles mesures<sup>18</sup>. Enfin, du camouflage, des représentations trompeuses du vendeur, voire sa réticence, qui heurte la bonne foi, peuvent réduire l'obligation de l'acheteur d'examiner le bien et conduire les tribunaux à juger caché un vice qui, autrement, aurait été apparent<sup>19</sup>.

Lorsque nous parlons de contamination, les contaminants qui sont les plus connus sont les produits pétroliers, les métaux, les hydrocarbures aromatiques monocycliques (HAM), les hydrocarbures chlorés, les composés phénoliques et les hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP)<sup>20</sup>.

Afin de réglementer la contamination et de décider de son rôle d'intervention, le ministère de l'Environnement a établi des valeurs limites de concentration par règlement par rapport aux usages déterminés (industriel, commercial et résidentiel), qui, si elles sont dépassées, permettent de conclure à la contamination et le Ministère peut, de ce fait, émettre des ordonnances<sup>21</sup>.

En matière de garantie de qualité, les tribunaux ne sont pas liés par ces normes, mais elles peuvent, suivant les circonstances, leur servir de guide.

La présence de contaminants fort divers dans un terrain a déjà donné naissance à des recours en vertu de la garantie de qualité à de multiples reprises : les débris forestiers enfouis<sup>22</sup> ; un ancien cimetière désaffecté découvert à la suite de la vente du terrain qui rendait impossible toute construction de bâtiment sans remblaiement préalable<sup>23</sup> ; un ancien dépotoir désaffecté qui dégageait des odeurs nauséabondes et du gaz méthane rendant une maison inhabitable<sup>24</sup> ; un terrain acheté qui était en fait un ancien site d'enfouissement<sup>25</sup>.

18. 9047-1442 Québec Inc. c. Entreprises Albert Ouellet Inc, précité, note 5.

19. Jeffrey EDWARDS, « Les limites de la bonne foi en matière de vente : le cas des vices cachés », (2000) 79 R. du B. can. 420, 425-428. Voir P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 8, p. 160-161.

20. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, *Bilan sur les terrains contaminés, statistiques générales en mai 1996, statistiques particulières aux dépôts de résidus industriels (ancien GERLED) en mars 1997*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 2000, p. 9-12.

21. *Projet de loi n° 72* qui a modifié la *Loi sur la qualité de l'environnement* et d'autres dispositions législatives, qui a été sanctionné le 8 mai 2002 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2003. Voir également le *Décret 216-2003* adopté le 26 février 2003 et entré en vigueur le 27 mars 2003.

22. *Dallaire c. Chabor*, précité, note 5.

23. *Société des alcools du Québec c. Développements Iberville Ltée et al.*, J.E. 85-722 (C.A.).

24. *Boucher c. Trois-Rivières (Ville de)*, J.E. 84-518 (C.S.).

25. *Marquis c. Salzman*, REJB 2002-33888 (C.A.). Voir également l'arrêt suivant où la Cour a ordonné une diminution du prix d'achat dans le cas où des acheteurs ont découvert que le vide sanitaire constituait depuis plusieurs années une vaste litière pour chats et que le sol ainsi « contaminé » devait être enlevé et remplacé : *Robillard c. Duhaime*, REJB 2000-19198 (C.Q.).

Il fut reconnu, plus spécifiquement en matière de contamination, que la présence d'hydrocarbures dans le sous-sol d'un terrain constituait un vice, la « conséquence étant que le terrain concerné perd du coup toute valeur spéculative et commerciale<sup>26</sup> ». De même, des réservoirs ou des tuyaux d'huile ou d'autre produit pétrolier qui sont perforés ou percés, entraînant une contamination de sols, ont été qualifiés de vices cachés<sup>27</sup>.

Enfin, rappelons que le *Code civil du Québec* impose la dénonciation du vice dans un délai raisonnable depuis sa découverte. Ce préavis permet au vendeur de tenter de remédier au vice, à un coût souvent inférieur à celui de la réparation par un tiers quelconque choisi par l'acheteur. Il lui permet aussi de déterminer plus facilement s'il s'agit d'un vice satisfaisant aux conditions de la garantie<sup>28</sup>. Le préavis doit être donné par écrit, selon les termes de l'article 1739 du *Code civil du Québec*. Il est important de noter qu'il est de pratique courante que l'avis de dénonciation soit cumulé avec une mise en demeure. Notons que le délai commence à courir à compter de la découverte du vice par une personne prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances (soit un critère objectif). Si le vice apparaît graduellement, le délai commence à courir à partir du « jour où l'acheteur a pu en soupçonner la gravité et l'étendue ». Nous verrons que la présomption de connaissance imposée à des vendeurs professionnels peut jouer un rôle dans l'application de l'exigence du délai raisonnable par le biais de l'article 1739, alinéa 2 du *Code civil du Québec*.

### 3. LES ÉCUEILS ET L'EFFICACITÉ DES CLAUSES D'EXCLUSION

Il y a deux types de limites aux clauses d'exclusion de garantie: des limites de forme et celles de fond.

En ce qui a trait aux limites de forme, rappelons que, premièrement, la garantie de qualité étant la règle, toute dérogation est interprétée restrictivement.

Deuxièmement, une clause d'exclusion de garantie doit être stipulée de façon claire et non ambiguë. Les clauses de style comme « tel que vu », « après avoir inspecté et déclaré satisfait » sont insuffisantes pour écarter, à elles seules, la garantie.

26. *Lepage c. Marchand*, précité, note 5; *Grenier c. Roy*, précité, note 5; *Persopoulos c. Hatzimimis*, précité, note 5; *Tanbec Inc. c. Réseau de transport de la Capitale*, précité, note 5; *Fortier c. Michaud*, J.E. 2005-2201 (C.Q.). Dans le même sens, la valeur d'un terrain a été affectée en raison de sa contamination: *Hydro-Québec c. Ville de Québec*, [1986] B.R.E.F. 430.

27. *Lepage c. Marchand*, précité, note 5; *Tanbec Inc. c. Réseau de transport de la Capitale*, précité, note 5; *Persopoulos c. Hatzimimis*, précité, note 5; *Fortier c. Michaud*, précité, note 26.

28. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 8, p. 172.

Troisièmement, dès qu'il y a un doute, l'interprétation penche en faveur de l'acheteur et la garantie subsiste<sup>29</sup>.

En ce qui a trait aux limites de fond, certaines règles de droit prohibent explicitement l'exclusion de responsabilité et celles-ci s'appliquent à la garantie.

L'article 1732 C.c.Q. *in fine* stipule: «le vendeur ne peut, en aucun cas, se dégager de ses faits personnels». Ainsi, si par ses gestes, un vendeur est la source des troubles de jouissance à l'acheteur, il ne peut exclure sa responsabilité.

L'article 1474, al. 1 C.c.Q. empêche la stipulation de non-responsabilité liée à la faute intentionnelle ou la faute lourde.

L'article 1733 al. 1 C.c.Q. stipule: «le vendeur ne peut exclure ni limiter sa responsabilité s'il n'a pas révélé les vices qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qui affectent le droit de propriété ou la qualité du bien».

Il est clair que l'exclusion de garantie est valable lorsque le vendeur qui désire s'en prévaloir est un non-professionnel qui ne connaît pas le vice. De plus, un tel vendeur peut ajouter les termes presque de nature sacramentelle suivants: «la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur<sup>30</sup>». Il est possible de soutenir qu'un vendeur non professionnel puisse exclure la garantie en ayant recours à ce vocabulaire, malgré qu'il connaissait le vice et qu'il a gardé le silence à son sujet, donc en étant de mauvaise foi. À notre avis, en ce qui a trait à la garantie légale de qualité, il est préférable d'attendre qu'un consensus se dégage de la jurisprudence parce qu'une telle orientation est contraire aux règles suivies sous l'empire de l'ancien *Code civil du Bas Canada* et incompatible avec les principes directeurs du *Code civil du Québec*. En effet, les articles 6, 7, 1375 C.c.Q. font en sorte que l'exigence de la bonne foi est reconnue comme une règle fondamentale de notre droit civil. Il serait donc surprenant que le *Code civil du Québec* permette à un vendeur de tromper, de manière intentionnelle, son acheteur en excluant les responsabilités du vendeur pour un vice caché connu du vendeur mais non dévoilé à l'acheteur.

À tout événement, l'article 1733, al. 2 C.c.Q. ne s'applique qu'au cadre strict de la garantie légale. Ainsi, l'acheteur peut toujours fonder son recours sur les théories de dol ou d'erreur<sup>31</sup>.

Il est également important de noter que, en matière de garantie du droit de propriété lors de la vente entre deux professionnels du même

29. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 123-124.

30. Art. 1733 al. 2 C.c.Q.

31. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 128; Jeffrey EDWARDS, «Les limites de la bonne foi en matière de vente: le cas des vices cachés», (2000) 79 *R. du B. can.* 420, 427; *Beaulieu c. Hamel*, J. E. 2006-301, REJB 2005-99313 (C.S.).

domaine<sup>32</sup>, une clause de la teneur de l'article 1733, al. 2 C.c.Q. a été jugée valable. Cette interprétation est conforme à l'interprétation sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* en matière de garantie du droit de propriété. Elle ne l'est pas pour la garantie de qualité tant en vertu de l'ancien *Code civil* que de l'actuel. Il reste donc à surveiller si les tribunaux vont étendre cette interprétation aux clauses d'exclusion concernant la garantie de qualité.

Il est également possible qu'un vendeur puisse réduire sa responsabilité en imposant à l'acheteur la charge de faire des études de sol susceptibles d'affecter la jouissance de son droit de propriété<sup>33</sup>.

De plus, soulignons que les clauses contractuelles de garantie de passif environnemental ou d'exclusion de garanties que les contractants à une transaction immobilière signent ne sont pas opposables à l'État qui dispose toujours des pouvoirs conférés pour émettre des ordonnances contre les pollueurs<sup>34</sup>. En effet, en vertu du principe de l'effet relatif du contrat<sup>35</sup> selon lequel les clauses contractuelles ne font foi qu'entre l'acheteur et le vendeur, le responsable de la contamination du site, quel qu'il soit et quoi qu'il ait convenu avec son cocontractant, demeure soumis aux obligations que lui imposent la législation et la réglementation environnementales, la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec étant reconnue comme une loi à caractère impératif<sup>36</sup>.

32. En matière de garantie du droit de propriété: *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto Inc.*, [2001] R.J.Q. 860, REJB 2001-23563 (C.A.) et *Auto Péllis ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856, REJB 2001-23562 (C.A.); *Garage Robert Inc. c. 2426-9888 Québec Inc.*, [2001] R.J.Q. 865, REJB 2001-23561 (C.A.). Il est important de noter que même si les motifs de plusieurs opinions de ces jugements paraissent discuter de la garantie de qualité, ceux-ci sont en *obiter*, car selon les faits de la cause, et la question en litige en pourvoi, telle que spécifiquement formulée par les différents bancs de la Cour d'appel, seule une violation de la garantie du droit de propriété était soulevée. Il faut en effet être extrêmement prudent avant de transporter toute règle de la garantie du droit de propriété à la garantie de qualité, car leurs régimes, leurs règles et leurs objectifs sont souvent très différents. Tel que cela a été précisé, avec raison à notre avis, par le juge Rochon dans l'arrêt *Garage Robert Inc. c. 2426-9888 Québec Inc.*, p. 870 (par. 29): « La présomption de connaissance du vendeur, selon l'ancien Code civil du Bas Canada, s'appliquait aux vendeurs qui avaient une connaissance particulière dans le bien vendu. Cette présomption de connaissance fut développée exclusivement en fonction de la garantie « des vices cachés ». La présomption s'expliquait par la connaissance spécialisée du fabricant ou du vendeur. Ce fondement est inexistant en matière de garantie du droit de propriété. À moins de circonstances particulières, il n'y a aucune raison d'appliquer la même règle à la garantie du droit de propriété. Le droit de propriété est un concept qui ne fait pas appel, a priori, à la spécialité du fabricant ou du vendeur ».

33. *Ibex Developments Ltd. c. Leopold*, [1979] C.A. 591.

34. Sophie LAVALLÉE, « Le point sur la réhabilitation des terrains contaminés au Québec: les grands enjeux du projet de loi 72 », dans *Développements récents en droit de l'environnement (2002)*, BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2002, p. 223.

35. Art. 1440 C.c.Q.

36. *Abitibi (Municipalité régionale d') c. Ibitiba Ltée*, [1993] R.J.Q. 1061 (C.A.); *Coalition des citoyens et citoyennes de Val-Saint-François c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 511 (C.S.).

#### 4. LA PRÉSUMPTION DE CONNAISSANCE ET SON APPLICATION AUX PROMOTEURS ET ENTREPRENEURS IMMOBILIERS

La présomption de connaissance est, en vertu de la garantie de qualité, la règle selon laquelle le législateur impute à certaines personnes, en raison de leur état, statut ou expérience, une connaissance de l'existence de vices, et partant, une responsabilité additionnelle en vertu de la garantie. La présomption de connaissance s'applique à tout vendeur professionnel. Ce dernier est celui qui a pour occupation la vente de biens<sup>37</sup>.

La présomption de connaissance a d'importantes conséquences en matière de garantie de qualité. Premièrement, elle a pour effet d'empêcher le vendeur d'exclure sa responsabilité pour le vice caché, du fait de sa connaissance présumée<sup>38</sup>. Deuxièmement, un tel vendeur est responsable, outre la réduction<sup>39</sup> ou la restitution du prix, de tous les dommages subis par l'acheteur<sup>40</sup>. Finalement, un tel vendeur ne peut invoquer l'absence d'envoi, dans un délai raisonnable, de la dénonciation du vice<sup>41</sup>.

Les vendeurs visés par la présomption sont les personnes suivantes : le vendeur professionnel non spécialisé, le vendeur professionnel spécialisé<sup>42</sup>, tels le spéculateur et le promoteur immobilier, le fabricant et, finalement, par rapport au bâtiment qu'il construit et au terrain dans lequel il l'intègre, le vendeur-entrepreneur<sup>43</sup>.

Dans *Péto-Canada c. Mabaie Construction Inc.*<sup>44</sup>, la Cour d'appel a considéré que Péto-Canada ne pouvait être considéré comme un vendeur professionnel lorsqu'il vendait un terrain. La Cour a conclu que, compte tenu de la preuve administrée, Péto-Canada était spécialisée dans le commerce de produits pétroliers et que la vente de terrains ne faisait pas partie de ses activités principales. Le raisonnement de l'arrêt nous paraît

37. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, sous l'article 1729 C.c.Q.

38. Art. 1733 C.c.Q., voir nos commentaires antérieurs sur les clauses d'exclusion.

39. La réduction du prix peut correspondre au coût de décontamination ou au coût des travaux correctifs : *Persopoulos c. Hatzimimis*, précité, note 5 ; *Dallaire c. Chabot*, précité, note 5 ; *Tanbec Inc. c. Réseau de transport de la Capitale*, précité, note 5.

40. Art. 1728 C.c.Q.

41. Art. 1739 C.c.Q. *Dallaire c. Chabot*, précité, note 5.

42. *De Castris c. Banque Nationale du Canada*, REJB 1999-15929 (C.Q.) : un tribunal a décidé qu'une banque, qui négocie fréquemment en matière immobilière, doit être considérée comme un vendeur professionnel. Voir également : *Dallaire c. Chabot*, précité, note 5 (promoteur immobilier).

43. *Entreprise Remar Inc. c. Rainville*, [1981] R.L. 388 (C.S.) : la Cour mentionne que le défendeur, étant constructeur, devait sans doute savoir que le remblai de sable sur lequel les fondations de la maison vendue avaient été installées était lui-même sur un dépôt de remplissage récent, ou s'il ne le savait pas, il était présumé connaître l'état des lieux.

44. REJB 2003-37412 (C.A.) infirmant REJB 2000-21195 (C.S.).

critiquable mais la conclusion, compte tenu de la preuve limitée, paraît bien fondée. Aux fins de la présomption de connaissance, Pétro-Canada est certes un vendeur professionnel dans le domaine des produits pétroliers. En ce qui a trait à la vente de terrains, le caractère marginal ou non de telles ventes ne change pas son statut de vendeur professionnel. Cependant, un vendeur professionnel spécialisé dans l'essence n'est pas un vendeur professionnel spécialisé dans la vente des terrains et la présomption de connaissance alors applicable (vendeur professionnel non spécialisé) est, dans ce cas, plus facile à décharger.

En ce qui a trait à la preuve requise pour repousser la présomption, la doctrine et la jurisprudence<sup>45</sup> ne sont malheureusement pas unanimes, sauf à affirmer que la preuve requise varie selon le type de vendeur professionnel en cause.

Premièrement, il est de principe que le fabricant et le constructeur ne peuvent pas repousser la présomption de connaissance, car leur ignorance du vice constitue une faute en soi<sup>46</sup>.

Deuxièmement, quant aux vendeurs professionnels spécialisés, la présomption qui pèse sur eux est très forte. Ils arrivent à repousser la présomption en administrant une preuve d'une conduite irréprochable à titre de vendeurs professionnels spécialisés dans leur domaine. Le test élaboré par la Cour suprême en 1925 dans l'arrêt *Samson & Fillion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*<sup>47</sup> demeure actuel : est-ce que le vendeur professionnel spécialisé aurait pu, par tout moyen raisonnable, soupçonner ou déceler l'existence du vice avant la vente ?

Enfin, la présomption qui pèse sur le vendeur professionnel non spécialisé peut être repoussée. Les points de référence pour un tel vendeur sont les normes des autres vendeurs professionnels non spécialisés qui gèrent une grande quantité et variété de biens. Le test élaboré dans *Samson & Fillion* pour décharger la présomption est donc plus facile à satisfaire.

## 5. LA RESPONSABILITÉ DES VENDEURS POUR DOMMAGES-INTÉRÊTS

Tel qu'on l'a mentionné précédemment, une des conséquences de connaître un vice ou de ne pouvoir l'ignorer (présomption de connaissance) est de rendre le vendeur responsable, outre de la restitution du prix, de tous les dommages soufferts par l'acheteur<sup>48</sup>.

45. *Garage Robert Inc. c. 2426-9888 Québec Inc.*, précité, note 32 : la Cour d'appel affirme que la présomption peut être repoussée, mais le degré de preuve varie selon le type de vendeur.

46. P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 8, p.168-172, J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 289-290.

47. [1925] R.C.S. 202.

48. Art. 1728 C.c.Q.

Ainsi, en principe, le vendeur professionnel, qui se révèle incapable de repousser la présomption de connaissance, est tenu d'indemniser l'acheteur de tous les dommages subis par ce dernier<sup>49</sup>. En effet, le vendeur professionnel est présumé connaître l'existence d'un vice et, de ce fait, peut avoir le même sort que le vendeur de mauvaise foi<sup>50</sup>. Nous revenons encore une fois à la question de savoir si le vendeur professionnel peut réfuter la présomption qui pèse sur ses épaules. Nous renvoyons le lecteur à la section précédente concernant la présomption de connaissance, ses conséquences et les moyens de la décharger.

## 6. LES CONSÉQUENCES ET DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LE RECOURS DIRECT

Le recours des acquéreurs lors de ventes successives a été analysé dans *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*<sup>51</sup>, arrêt célèbre de la Cour suprême. Cet arrêt est venu confirmer le recours d'un acquéreur subséquent contre les vendeurs antérieurs et particulièrement contre le premier vendeur.

La Cour s'est basée sur la théorie de l'accessoire afin de légitimer ce recours. En effet, le droit à la garantie a été considéré comme un droit accessoire à l'objet de la vente, soit en ce qui nous concerne, un immeuble. En outre, l'article 1442 C.c.Q., nouvel article du *Code civil du Québec* par rapport au *Code civil du Bas Canada*, est la consécration de cet arrêt de principe. De plus, en 1999, la Cour d'appel du Québec a clairement reconnu que cette règle s'applique à la vente immobilière<sup>52</sup>. Ainsi, en raison de l'arrêt de la Cour suprême et par le biais de l'article 1442 C.c.Q., le dernier acheteur hériterait des droits transmis par son vendeur<sup>53</sup>. Il doit prouver que toutes les conditions du recours en vice caché sont remplies<sup>54</sup>, ce qui inclut que le vice n'était ni connu, ni apparent.

Aux termes du *Code civil du Québec*, le législateur a reconfirmé le recours direct en édictant l'article 1730 C.c.Q., inspiré de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui prévoit un recours direct du dernier

49. D.-C. LAMONTAGNE, «La vente», dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, p. 119-120, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000.

50. *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

51. *Ibid.*

52. *Hay c. Jacques*, [1999] R.J.Q. 2318 (C.A.); *Moreau c. McCandless-Giguère*, REJB 2000-16563 (C.S.); Jeffrey EDWARDS, «La garantie de qualité et la reconnaissance du recours direct en matière immobilière», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit immobilier (2000)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000, 1, 8, 13.

53. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 76-81.

54. *Michel c. Plamondon*, [2001] R.L. 127 (C.Q.).

acheteur contre tous les vendeurs dans la chaîne de ventes<sup>55</sup>. La jurisprudence a statué que cet article s'applique à la vente en matière immobilière<sup>56</sup>.

En ce qui a trait à l'application du recours direct, la question de savoir à partir de quelle vente le tribunal doit apprécier le caractère occulte du vice, son antériorité et le prix sujet à restitution, dépend de plusieurs facteurs, y compris le type de vice en question et le statut, de professionnel ou non, du vendeur<sup>57</sup>. En ce qui a trait au délai de dénonciation et de la prescription, il a été établi que le délai ne commence à courir, à l'égard de chaque acheteur, que du moment où il a lui-même acquis connaissance du vice<sup>58</sup>.

À notre avis, il faut éviter de créer des distinctions concernant les conditions d'application selon que le recours direct prend appui en vertu de l'article 1442 C.c.Q. ou encore en vertu de l'article 1730 C.c.Q. Il faut se rappeler que la règle du recours direct est, dans les faits, une création jurisprudentielle, motivée par des objectifs d'équité, qui est antérieure à l'adoption de l'un ou l'autre de ces articles de loi. Les deux articles résultent d'une intervention législative pour confirmer, compléter et consolider le recours direct.

Dans la mesure du possible, il ne devrait pas y avoir de distinction entre les conditions d'application de ces deux articles. À notre avis, le recours direct constitue un tout. Il doit son existence à la créativité et au souci d'équité des tribunaux québécois qui tentent d'éviter que le dernier acheteur, victime d'un vice caché, assume seul une telle perte et soit sans recours complet et efficace de compensation lorsque le vice existait au moment des ventes antérieures.

## 7. CONCLUSION

Les parties à une transaction immobilière doivent être sensibles aux problématiques auxquelles des sols contaminés peuvent donner ouverture. La garantie contre les vices cachés constitue un outil efficace pour l'acheteur qui est victime de sols contaminés. La contamination du sol

55. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 81-82.

56. *Robillard c. Construction Cunard Ltée*, REJB 2002-32587 (C.Q.); *C.D.L. 7000 Holdings, L.P. c. Scanaxa, SA*, [2004] R.J.Q. 2139 (C.S.). Voir également: Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1236; J. EDWARDS, *loc. cit.*, note 52, p. 1, 8, 13.

57. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 8, p. 227 et *sq.* et J. EDWARDS, *op. cit.*, note 3, p. 82-83; voir toutefois que pour le vendeur professionnel, la vente de référence peut être jugée celle impliquant le dernier vendeur: J. EDWARDS, *loc. cit.*, note 52, p. 13.

58. *C.D.L. 7000 Holdings, L.P. c. Scanaxa, SA*, précité, note 56.

peut être considérée comme un vice caché qui peut donner lieu à un recours en résolution de vente, ou en réduction du prix d'achat et en dommages-intérêts. Il est important de se rappeler que lorsqu'un terrain est acheté d'un vendeur professionnel, l'acheteur bénéficie de la présomption de connaissance imposée au vendeur, mais cette présomption peut, en certaines circonstances, être repoussée. Lorsque la présomption n'est pas repoussée ou si le vendeur était au courant du vice et ne l'a pas dénoncé, le vendeur ne peut se plaindre d'une dénonciation tardive, ne peut écarter sa responsabilité par une clause contractuelle et il est responsable de tous les dommages encourus en raison du vice. Ainsi, il y a de quoi être préoccupé lors de l'achat d'une propriété, surtout si elle était, par le passé, à caractère industriel ou commercial. De plus, avec les amendements à la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui rendent tout propriétaire ou gardien d'un terrain contaminé responsable pour cette contamination, il est recommandé de redoubler de prudence et de prendre tous les moyens disponibles afin de se prémunir contre la situation d'être propriétaire d'un terrain contaminé. Enfin, malgré que les opinions ne soient pas unanimes sur le sujet, nous devons garder en tête que dépendamment du statut de l'acheteur, à savoir s'il peut être qualifié d'acheteur professionnel, il en découlera plus de responsabilités et moins de protection, notamment quant au caractère apparent du vice.



# LE CARACTÈRE CONTRACTUEL, DE L'ESSENCE DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES\*

*Charlaine Bouchard\*\**

## INTRODUCTION

### 1. LE DÉCLIN DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS

### 2. LA CONSÉCRATION DE LA THÉORIE CONTRACTUELLE

#### A. Le droit individuel de l'associé

#### B. Le droit collectif des associés

## CONCLUSION

\* \* \*

Le professeur François Frenette a été pour moi une source d'inspiration ainsi qu'un appui précieux pour mon incursion dans la vie universitaire. Pour ces raisons et encore bien d'autres, il me fait plaisir de lui offrir ce texte.

Cette idée de la société « modalité de la propriété » et cette ouverture des patrimoines d'affectation à d'autres avenues que celles prévues au Titre sixième du Code civil, – je dois m'en confesser – elles me furent inspirées par le professeur François Frenette, en visionnant ses excellents cours sur la réforme du Code civil. C'est ainsi qu'a germé cette théorie sur les sociétés de personnes fondées non plus sur la personnalité morale mais bien sur la division de patrimoine.

Qu'il trouve dans cette humble contribution l'expression de ma sincère admiration et de ma grande reconnaissance pour l'universitaire exemplaire.

---

\* Ce texte a fait l'objet d'une présentation lors du dernier congrès de l'Association Henri Capitant qui s'est tenu au Brésil en mai 2005

\*\* Notaire, professeure, Faculté de droit, Université Laval

\* \* \*

À la différence du droit français, il existe en droit québécois une scission marquée entre le régime juridique des sociétés par actions et celui des sociétés de personnes. Alors que les premières tirent leur origine du droit anglo-saxon, les sociétés de personnes tentent de demeurer rattachées à la famille civiliste. En effet, si les défunctes sociétés civiles et commerciales du *Code civil du Bas Canada* (ci-après C.c.B.C.) s'avéraient en filiation directe avec le Code Napoléon, la refonte du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) a permis au législateur de revoir la notion et de l'adapter aux réalités contemporaines.

Si historiquement les besoins de l'activité contractuelle des sociétés ont joué un rôle déterminant dans la consécration de leur personnalité morale, avec le temps, l'éclatement du concept et la remise en question de ses fondements furent à la source de l'ambiguïté concernant la nature juridique des sociétés. En 1994, le législateur a tranché en érigeant la fiction de la personne morale en système<sup>1</sup>. Cette nouvelle conception a sonné le glas de l'analyse institutionnelle de la société et marqué la nécessité de recourir à une autre voie pour l'analyse des sociétés de personnes. Aujourd'hui, le recours à la conception moderne du patrimoine d'affectation permet de justifier l'autonomie patrimoniale des sociétés et la recrudescence de ses attributs juridiques sans avoir recours à la personnalité morale.

Afin de bien comprendre la traversée des sociétés vers leur quête d'émancipation de la personne morale, il conviendra de voir, dans une première section, comment s'est opéré le déclin de la personnalité morale (1.), avant de s'intéresser, dans une seconde section, à la nouvelle analyse contractuelle de la société (2.).

## 1. LE DÉCLIN DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS

La discussion entourant la nature juridique des sociétés se résume, en fait, à une seule question : la personnalité morale appartient-elle seulement aux entités qui se la voient concéder expressément par le législateur ou existe-t-il, sous certaines conditions, un droit naturel à la personnalité morale pour les groupements ? La réponse à cette question est importante puisque l'examen du droit positif permet de constater une contradiction entre l'évolution législative et la position jurisprudentielle.

---

1. C.c.Q., art. 298 *sq.*

Le C.c.Q. a fait resurgir en droit québécois le débat sur la personnalité morale des sociétés : le législateur a-t-il voulu concéder implicitement la personnalité morale aux sociétés de personnes ou cette qualité est-elle exclusivement réservée aux sociétés par actions ? En effet, seule cette dernière forme bénéficie d'une reconnaissance expresse de la personnalité morale par le législateur ; la société de personnes voit son autonomie juridique maintenue – voire accrue – mais sa nature juridique demeure indéterminée.

Sous le C.c.B.C., les sociétés de personnes possédaient, aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires, plusieurs attributs juridiques et leur capacité juridique était justifiée par la personnalité morale. Cependant, comme cela était souvent rappelé, cette personnalité était incomplète, imparfaite, larvaire ou encore embryonnaire : la société ne pouvait ester en justice sans le concours de ses membres et, ce qui la défavorisait le plus par rapport à la corporation, la responsabilité des associés n'était pas limitée aux apports et pouvait ainsi s'étendre à toutes les dettes sociales. D'autres argumentaient encore que l'existence de la société était beaucoup trop liée au sort des associés ou à leur volonté, pour qu'elle soit une personne morale. Presque toutes ces « imperfections<sup>2</sup> » ont été corrigées par le nouveau Code.

Les sociétés de personnes ne constituent pas des personnes morales au sens du C.c.Q., mais ce même code leur confère indubitablement plusieurs attributs juridiques caractéristiques, dans l'analyse traditionnelle, d'une personne morale. Si la jurisprudence a pu reconnaître que les sociétés civiles et commerciales du C.c.B.C. étaient des personnes morales, comment pourrait-elle dénier cette qualité aux nouvelles sociétés ?

Une vingtaine de décisions ont traité, avec plus ou moins d'éloquence, de la question de la personnalité morale de la société depuis 1994. La plupart d'entre elles reconnaissent les attributs juridiques de la société – elle peut ester en justice et elle bénéficie d'une autonomie patrimoniale – sans en explorer plus avant les fondements. D'autres décisions refusent l'autonomie patrimoniale aux sociétés sous prétexte qu'elles ne constituent pas des personnes morales<sup>3</sup>. Dans une des décisions les plus conséquentes, l'affaire *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, la

2. Les sociétés en nom collectif et en commandite peuvent ainsi depuis 1994 : ester en justice (art. 2225) ; racheter les parts sociales de leurs membres (art. 2209 al. 1) ; ne compter qu'un seul membre (art. 2232) ; avoir une existence indépendante de leurs membres (art. 2226-2229) ; être liquidées suivant les mêmes règles que les personnes morales (art. 2235). Quant aux associés, ils peuvent céder (art. 2209) et hypothéquer (art. 2211) leur part dans l'actif et dans les bénéfices de la société.

3. *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, j. F. Barakett, BDI 97-107 ; *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Paul*, [1997] R.D.F.Q. 175 (C.S.) (en appel).

Cour souligne, tout d'abord que, « [s]i l'on ne s'en tient qu'aux commentaires du ministre de la justice, le législateur n'a pas voulu attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom collectif<sup>4</sup> ». Elle rappelle aussi l'intention qu'avait le législateur, avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., d'attribuer la personnalité juridique aux sociétés et la raison de l'abandon d'une telle orientation<sup>5</sup>. Il n'y a donc aucun doute pour la Cour que la société en nom collectif ne constitue pas une personne morale, bien qu'elle s'y apparente de près en ce qui a trait aux attributs juridiques<sup>6</sup>. Le tribunal relève cependant que, à la différence d'une personne morale, les associés demeurent personnellement responsables des dettes sociales et, ce qui ne doit pas être omis, la personnalité morale ne leur a pas été conférée par le législateur<sup>7</sup>.

Le paradoxe, au regard de l'analyse traditionnelle, est ici éclatant : d'une part, la théorie de la fiction est retenue par la Cour, et seule la société par actions constitue une personne morale ; d'autre part, l'individualité juridique de la société de personnes est aussi reconnue, d'où la nécessité d'expliquer comment elle peut bénéficier d'une autonomie patrimoniale sans pour autant constituer une personne morale. Là est le seul et véritable problème : éviter de retomber dans le même piège et recourir à la théorie de la réalité pour justifier l'autonomie juridique des sociétés.

## 2. LA CONSÉCRATION DE LA THÉORIE CONTRACTUELLE

En 1993, dans les travaux qui ont précédé la réforme du C.c.Q., les commentateurs s'exprimaient ainsi :

Malgré le fait que la doctrine et la jurisprudence ont souvent reconnu à la société du droit actuel une certaine personnalité morale, *il ne conviendrait pas d'affirmer cette personnalité au Code civil*. D'une part, la personnalité ainsi reconnue ne correspond pas entièrement à celle d'une « corporation » puisque les associés demeurent responsables personnellement des dettes sociales ; d'autre part, cette affirmation pourrait susciter des difficultés aux sociétés québécoises par rapport à celles constituées dans

4. *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.), 1703 ; voir dans le même sens *Sécurité 2010 (S.N.C.) c. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, C.S. Québec, n° 200-05-016-199-015, 11 juin 2002, j. B. Bernard, 5 p., commentée dans « L'individualité juridique des sociétés : comment résoudre l'imbroglio? », (2003) 105 *R. du N.* 127 et *Saucier c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, C.Q. Kamouraska (Rivière-du-Loup), n° 250-02-001364-006, 13 février 2002, j. G. Ringuet, 27 p. (en appel).

Pour un bilan de la jurisprudence sur les sociétés, C. BOUCHARD, « La société de personnes : une entité en quête d'identité », (2003) 105 *R. du N.* 591.

5. *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, *ibid.*

6. *Id.*, 1705.

7. *Ibid.*

d'autres provinces, notamment sur le plan fiscal. *En effet, en droit canadien, la non-responsabilité aux dettes fait partie intégrante de la notion de personne morale ou de « corporation ».* Je proposerais donc de ne pas attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom collectif ou en commandite<sup>8</sup>.

Ainsi, la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés de personnes constitue une fiction propre aux droits de tradition civiliste où la conception de la propriété est étroitement associée à celle de la personnalité. Plus pragmatiques dans leur solution, les droits anglo-saxons ont très tôt admis qu'une certaine autonomie juridique pouvait être reconnue aux *partnerships*, pour la bonne marche des affaires, sans avoir recours à la personnalité morale.

Le C.c.Q. privilégie aujourd'hui une conception patrimoniale non plus fondée exclusivement sur la personne, mais plutôt sur l'affectation commune des biens. Par conséquent, rien ne s'oppose à la constitution de cloisonnements patrimoniaux à l'intérieur du patrimoine général d'une personne. Les auteurs qui se sont intéressés à la nature juridique des nouvelles sociétés s'entendent sur le fait que la conception du patrimoine d'affectation apporte une solution intéressante à la problématique des sociétés. Trois voies ont, à ce jour, été explorées en doctrine : la première, celle de la division du patrimoine<sup>9</sup>, la seconde, celle de l'affectation du patrimoine<sup>10</sup> et, la troisième, celle de la propriété collective<sup>11</sup>. La première voie retiendra ici notre attention, vu le caractère limité de ce travail.

La nouvelle conception de la société de personnes en droit québécois commande une évolution des mentalités en raison du changement de paradigme dans l'analyse juridique. À l'exemple des droits germaniques<sup>12</sup>

- 
8. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Document de travail – Projet de loi 125 – Code civil du Québec*, p. 34 (nos italiques).
  9. C. BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée : contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1997.
  10. L. H. RICHARD, « L'autonomie patrimoniale de la société : le patrimoine d'affectation, une avenue possible? », (2002) 36 *R.J.T.* 733.
  11. Pour une opinion différente, voir G. BRAS MIRANDA, « La propriété collective. Est-ce grave, docteur? – Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt *Allard* », (2003) 63 *R. du B.* 29 où la propriété collective est définie en dehors de toute conception du patrimoine, d'apport et d'indivision. Ainsi, selon l'auteure, il n'y aurait pas d'apport dans une société de personnes, mais plutôt mise en commun, laquelle crée des effets personnels et non réels. Si une telle approche peut être acceptée pour la société en participation, elle est inconciliable avec la nature des sociétés en nom collectif et en commandite. Pour preuve, l'article 2199 al. 1 C.c.Q. nuance selon que l'apport est effectué par le transfert de droit de propriété ou de jouissance (s.e.n.c. et s.e.c.) ou encore par la mise des biens à la disposition de la société; tel est le cas de la société en participation. Il est, par ailleurs, intéressant de souligner que plusieurs des sources à l'appui de la position de l'auteure traitent de la société en participation.
  12. R. DE LA GRASSERIE (trad.), *Code civil allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1901, art. 705 *sq.*; M. DOUCET (trad.), *Code de commerce allemand et autrichien*, Paris, A. Pedone, 1949, art. 105 *sq.*

et anglo-saxons, les sociétés en nom collectif et en commandite du *Code civil du Québec* bénéficient d'une individualité juridique, sans constituer pour autant des personnes morales. Si une telle assertion s'avère difficilement concevable dans la tradition civiliste, elle n'en constitue pas moins une réalité qu'il est nécessaire d'expliquer.

La conception du patrimoine d'affectation concilie, en matière de société de personnes, les conséquences généralement attribuées à la personnalité morale avec certaines situations qui, dans l'analyse traditionnelle, s'avéreraient des atteintes à celle-ci. Cette construction permet ainsi de débarrasser la société de tout artifice et de lui substituer un mécanisme qui rend mieux compte de la coexistence des deux réalités : l'activité collective et les intérêts individuels. L'originalité de cette structure juridique réside dans le fait que, entre les associés, le patrimoine social demeure collectivement<sup>13</sup> leur propriété, alors qu'à l'égard des tiers, il bénéficie d'une représentation unifiée.

C'est certainement au niveau interne, soit dans les rapports des associés entre eux et avec le patrimoine social, que se trouvent les caractères les plus typiques de cette structure juridique, et ce qui la distingue le plus de la personne morale. La difficulté est alors d'expliquer comment une pluralité de personnes peut jouir collectivement d'un patrimoine autonome sans constituer ni une indivision ni une personne morale.

L'opération d'apport étant translatrice de propriété<sup>14</sup>, il faut s'interroger sur la nature du droit individuel de l'associé (A.), de même que sur l'identité du sujet de droit en faveur duquel la propriété est transférée (B.).

## A. Le droit individuel de l'associé

L'associé reçoit, en contrepartie de l'apport qu'il effectue, une part sociale<sup>15</sup> représentant ses intérêts dans la société. Le mécanisme de l'affectation de biens au but commun transforme donc le droit de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance<sup>16</sup>, en droit personnel. L'affectation de biens au but commun a donc un pouvoir *transformateur de droit*, et nul besoin de recourir à la création d'un être moral pour expliquer le caractère mobilier<sup>17</sup> de la part sociale.

13. Le terme « collectif » est employé ici dans son sens générique, *concernant une pluralité de personnes*.

14. C.c.Q., art. 2198, 2199.

15. *Id.*, art. 2202, 2209-2211.

16. Pour l'apport en connaissances ou en activités (*id.*, art. 2200) et l'apport en jouissance (*id.*, art. 2199 al. 3).

17. Bien que l'équivalent de l'article 387 du *Code civil du Bas Canada* (ci-après C.c.B.C.) n'ait pas été reproduit dans le C.c.Q., en raison de la disparition des sous-catégories mobilières, il est impossible de douter du caractère mobilier de la part sociale. Ce dernier s'infère des articles 2198, 2199, 2202, 2209-2211 C.c.Q., de même que de l'article 907 qui établit une présomption mobilière pour « tous les autres biens que la loi ne qualifie pas ».

En fait, la nature particulière de la part sociale<sup>18</sup>, qui donne droit à une fraction tant des bénéfiques que de l'actif, se justifie mieux avec la propriété collective qu'avec la personnalité morale. Dans cette dernière analyse, le raisonnement consistait à faire de l'associé un étranger au regard de la société: le patrimoine social appartenant à une personne morale, l'associé était relégué au rôle de simple créancier de la société. Pourtant, lorsque ce droit de créance était examiné, on constatait que les prérogatives qui lui étaient rattachées s'avéraient fort différentes de celles d'un simple créancier. Francis Delhay, qui a étudié la nature juridique de l'indivision et de la société, a bien décrit la teneur du droit de l'associé:

La vigueur d'un droit de créance doit être appréciée dans les rapports du débiteur et du créancier. Or, la créance de l'associé ne pourra être recouvrée qu'à la disparition de la société, et cette dissolution n'interviendra peut-être qu'à son propre décès.

En outre, la créance de l'associé contre la société ne produit pas d'intérêts. Les revenus auxquels elle donnera droit sont incertains dans leur montant comme dans leur durée, car le créancier participe aux risques de l'entreprise. Enfin, contrairement au prêteur, l'associé n'a aucune garantie de remboursement, et il se voit préférer sur le patrimoine de son débiteur des créanciers, qui sont le plus souvent de simples chirographaires.

Si on se place sur le plan de la disposition de son droit, l'associé semble être avantagé par sa qualité de créancier. Il pourra céder son droit, le mettre en gage [...].

Le droit de créance est un simple droit sur le patrimoine d'une personne, qui ne compromet pas l'autonomie patrimoniale du débiteur. Mais «le droit d'un créancier ne varie pas suivant que le patrimoine du débiteur augmente ou diminue; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé» [...]. Au contraire, le droit de l'associé lui permet de participer aux plus-values et moins-values du patrimoine social. Est-il autonome ce patrimoine qui ne recueille ni fruits ni plus-values<sup>19</sup>?

18. Voir, en droit québécois, pour le sens à donner à la part sociale, la décision de la Cour d'appel, *Ville de Québec c. Cie d'Immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) p. 1577.

19. F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, LGDJ, 1968, n° 248, p. 373 et n° 295, p. 437. Quant au rôle exagéré que la doctrine et la jurisprudence ont prêté à l'article 529 (équivalent de 387 C.c.B.C.) pour justifier l'attribution de la personnalité morale aux sociétés, F. DELHAY (*id.*, n° 300, p. 443) mentionne: «Mais l'article 529 a été exagérément sollicité: il ne proclame pas que l'associé est un simple créancier. Il ne prend pas parti sur la nature des droits de l'associé: tel n'était pas son objet. Il se contente d'affirmer que le droit de l'associé dans les sociétés de commerce est un droit mobilier, quelle que soit la nature des biens communs. On en a induit, a contrario, que l'associé ne disposait pas d'un droit réel sur les biens sociaux, le droit réel étant mobilier ou immobilier selon l'objet auquel il s'applique. On a cherché quel était le propriétaire des biens mis en commun, et on l'a découvert dans la société, personne morale. Parallèlement, on a réduit le droit de l'associé à un simple droit de créance. Ce raisonnement comporte des failles. L'article 529 est visiblement inspiré par l'idée de fiction [...]. Le législateur ne déclare pas que les parts des associés sont meubles par l'objet auquel elles s'appliquent. Elles sont meubles par la détermination de la loi, et dans les limites légales: elles sont réputées meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société». Nous soulignons.

La nature particulière de la part sociale est simplement la conséquence de l'incomplète autonomie du patrimoine social à l'égard de l'associé. En effet, bien qu'elle puisse constituer une garantie pour l'associé par le cloisonnement patrimonial qu'elle opère, l'autonomie patrimoniale existe surtout en faveur des tiers : « [n]i l'actif, ni le passif social ne sont absolument distincts de l'actif et du passif de chacun des associés. On ne saurait oublier que l'actif initial de la société est composé de biens *apportés* à la société<sup>20</sup> ». En fait, comme la part sociale permet à l'associé de reprendre son apport après le paiement des dettes sociales<sup>21</sup>, l'affectation doit être considérée plutôt comme une charge imposée au bien que comme une véritable disposition. Le droit de l'associé sur son apport est simplement paralysé pour la durée de l'affectation. Après la liquidation, le bien réintégrera le patrimoine général<sup>22</sup> de l'associé :

Il est normal que cette reprise ait lieu après le paiement des créanciers, car les associés ont voulu partager les profits et les risques de l'exploitation sociale. En principe cette reprise prend la forme d'un *remboursement de nominal* des actions ou des parts. [...]. Toutefois, la reprise ne peut avoir lieu qu'*en nature* lorsque l'apport portait seulement sur la jouissance du bien. En effet, dans ce cas, la société n'en était pas devenue propriétaire. La reprise s'opère également en nature, même en cas d'apport en propriété, lorsque le bien se trouve encore dans le patrimoine social à la clôture de la liquidation. Cette modalité de la reprise est surtout utile pour les biens qui, comme les immeubles, les brevets ou les fonds de commerce, ont une valeur productrice et que l'apporteur a intérêt à retrouver une fois l'exploitation sociale terminée. Une expertise sera souvent nécessaire pour déterminer la plus-value que l'exploitation sociale a procurée à ce bien. En effet, cette plus-value est un bénéfice, qui doit être partagé entre tous les associés. [Le contrat] peut y déroger [...]<sup>23</sup>.

La reprise des apports amène donc à conclure que, « si l'apport se confondait réellement dans l'actif social en devenant la propriété exclusive de la société, l'apporteur ne bénéficierait à son égard d'aucun droit particulier<sup>24</sup> ».

Les mêmes conclusions peuvent être tirées de l'examen du passif : les associés sont solidairement responsables des obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société<sup>25</sup> ; au moment de la liquidation de la société, le paiement des dettes sera effectué préalablement au remboursement des apports<sup>26</sup>. Les dettes de la société sont donc toujours celles des associés.

20. *Id.*, n° 295, p. 436. Nous soulignons.

21. C.c.Q., art. 2235, 361.

22. Voir à ce sujet, la section consacrée à l'affectation à un but commun, dans C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 9, p. 207 *sq.*

23. Y. GUYON, *Droit des affaires*, 10<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Économica, 1998, n° 210.

24. F. DELHAY, *op. cit.*, note 19, n° 295, p. 437 ; J. FOYER, « Droit français », dans *La personnalité morale et ses limites*, 1960, p. 121.

25. C.c.Q., art. 2221. La responsabilité des associés est conjointe seulement si l'obligation n'a pas été contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société.

26. *Id.*, art. 2235, 361.

## B. Le droit collectif des associés

La société de personnes constitue une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être toutefois individuellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie. La quote-part de l'associé dans la copropriété n'aura cependant aucune individualité pendant la durée de la société. Elle n'aura, en d'autres termes, qu'une consistance purement éventuelle pendant la vie sociale, et seul le partage permettra de lui conférer une individualité. Ce caractère particulier explique que les associés ne puissent disposer de leur part sociale qu'avec l'accord de tous les associés<sup>27</sup>, ni provoquer le partage<sup>28</sup>.

Cette structure juridique se distingue tant de l'indivision que de la personnalité morale; il s'agit, en fait, d'une autre modalité de la propriété, à l'orée des deux précédentes. Une modalité de la propriété est une manière d'être du droit; une façon pour le droit de se comporter qui implique que le droit de propriété demeure entier. Par conséquent, le faisceau des prérogatives du droit de propriété n'est jamais partagé entre les propriétaires. La modalité s'oppose ainsi au démembrement. L'article 1009 C.c.Q. dispose que « [l]es principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficière ». L'emploi de l'adjectif « principale » implique qu'il en existe d'autres que celles spécifiquement énumérées. En fait, la société « propriété collective entre les associés » est une variante de la copropriété: elle implique l'absence de division du bien et la pluralité de titulaires<sup>29</sup>.

Ainsi, alors que l'indivisaire a un droit individuel et exclusif sur sa part abstraite<sup>30</sup>, l'associé, hormis les bénéficiaires, n'a qu'un droit éventuel qui s'individualisera seulement au jour du partage. Par ailleurs, et à la différence cette fois de la personnalité morale, l'autonomie du patrimoine social n'est pas cachée derrière la fiction d'un nouveau sujet de droit qui masquerait le lien étroit qu'entretient l'associé avec la société et contribuerait, ni plus ni moins, qu'à dénaturer les deux concepts: « dans la personne morale, le patrimoine n'appartient plus aux membres, mais à l'être

---

27. R. SALEILLES (*De la personnalité juridique, histoire et théories*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Arthur Rousseau, 1922, p. 175) explique que si l'associé obtient ce consentement, c'est plutôt lui et non la part qui se retire du groupe; *id.*, art. 2209 al. 1.

28. *Id.*, p. 176.

29. C.c.Q., art. 1010.

30. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 4<sup>e</sup> éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1992, n° 552, p. 356; F. DELHAY, *op. cit.*, note 19, n° 285, p. 423: « l'indivision laisse persister l'autonomie des parts individuelles; chacune des parts, bien que matériellement confondues avec les autres, a son propriétaire particulier et ce propriétaire est indépendant des autres; lui seul peut agir sur sa part ».

moral ; dans la société en mains communes, il est la copropriété des membres [...]. La société reste un simple *rappor de droit* ne donnant naissance à aucun sujet de droit nouveau<sup>31</sup> ». C'est ce qui explique qu'il n'y ait que les associés qui puissent être les sujets des droits et des obligations du groupement.

La société, propriété collective entre les associés, explique pourquoi, dans la société de personnes, les associés sont liés les uns vis-à-vis des autres : c'est le caractère *intuitu personae* des relations entre associés. La collectivité absorbe, en d'autres mots, l'individualité. Voilà pourquoi le rôle qu'aura à jouer l'associé sera de premier plan tout au long de la vie sociale. Par conséquent – et à la différence d'un contrat ordinaire, où la volonté est appelée à intervenir au moment de la formation – dans la société, la volonté des associés sera sollicitée à tout moment : « [l]a fin poursuivie par les contractants n'est pas réalisée par la simple formation du contrat. Elle se réalise peu à peu, pendant la vie sociale, et on ne pourra considérer qu'elle a été atteinte qu'au moment de la dissolution de la société<sup>32</sup> ».

Toujours en raison de ce lien particulier qui unit les associés entre eux, aucun ne pourra céder tout ou partie de ses droits à un tiers sans le consentement de ses coassociés<sup>33</sup>. Ces sociétés sont donc, par essence, fermées et perméables à tout ce qui peut frapper les associés : leur décès, leur faillite ou encore leur incapacité. Toutefois, le nouveau Code québécois innove en transformant ces causes de dissolution en simple perte de la qualité d'associé<sup>34</sup> pour les sociétés en nom collectif et en commandite ; la société en participation conserve la perméabilité traditionnelle<sup>35</sup>. En fait, ces nouvelles mesures atténuent la rigueur de *l'intuitu personae* de ces sociétés, mais ne le font pas disparaître. Elles n'ont d'autre but que de favoriser la poursuite des activités sociales en offrant une solution de rechange intéressante visant à protéger les tiers et les créanciers pour qui une dissolution de la société, pour la perte d'un associé, pourrait s'avérer désastreuse. Il en va de même pour la disposition permettant le maintien

31. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 t., 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1932, p. 169.

32. F. DELHAY, *op. cit.*, note 19, n° 246, p. 370.

33. C.c.Q., art. 2209 al. 1. Dans le même sens, l'art. 2209 al. 2 permet à tout associé d'écarter de la société un tiers qui a acquis à titre onéreux la part d'un associé. Cette disposition s'appliquera surtout au cas où un tiers étranger à la société devient propriétaire d'une part sociale par suite de l'exercice d'un recours hypothécaire, d'une saisie ou encore par suite d'une faillite. De plus, en vertu de l'article 2211, l'hypothèque sur la part d'un associé dans les actifs ne sera possible qu'avec le consentement des associés puisqu'il s'agit d'introduire un tiers dans la société. Toutefois, un associé pourra s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la société, sans le consentement des autres associés.

34. *Id.*, art. 2226-2229.

35. *Id.*, art. 2258 al. 2.

de la société malgré la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé<sup>36</sup>.

C'est encore parce que tous les associés sont collectivement propriétaires du patrimoine social qu'ils bénéficient, en l'absence de convention contraire, d'un mandat réciproque pour la gestion des affaires sociales<sup>37</sup>. Ainsi, tout acte accompli par un associé concernant les activités communes oblige les autres associés, à moins qu'ils n'aient fait opposition à l'acte avant sa conclusion<sup>38</sup>. De plus, chaque associé peut contraindre ses coassociés à participer aux dépenses nécessaires à la conservation des biens mis en commun<sup>39</sup>. Dans le même sens, chaque associé peut utiliser les biens de la société, pourvu que ce soit fait dans l'intérêt social et suivant leur destination<sup>40</sup>.

Finalement, c'est aussi en vertu de ce droit de propriété collective que la loi accorde à chaque associé des droits fondamentaux fondés sur la participation à un groupement organisé. Ainsi, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives de la société, et cela malgré toute stipulation contraire<sup>41</sup>. De même, tout associé a le droit de se renseigner sur l'état des affaires de la société et d'en consulter les livres et registres, bien qu'il soit exclu de la gestion<sup>42</sup>.

Le caractère *intuitu personae* de la société reprend donc tout son sens dans la conception de la société propriété collective des associés. Sa présence explique, en effet, pourquoi la personnalité morale de ces sociétés engendrait des effets différents de celle des sociétés de capitaux. La reconnaissance de la personnalité morale à ces sociétés n'a jamais réussi à masquer, au niveau interne, le lien étroit qu'entretient l'associé avec la société. En réalité, seule une représentation unifiée, à l'égard des tiers, s'avérait nécessaire.

Enfin, bien que les sociétés en nom collectif et en commandite ne constituent pas des personnes morales, elles bénéficient tout de même, face aux tiers, d'une individualité juridique fort importante. En fait, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou du patrimoine d'affectation, les conséquences externes sont semblables. Dans la mesure où l'affectation que les associés donnent à leurs biens fait l'objet de mesures de publicité à l'égard des tiers, l'autonomie patrimoniale et l'individualité juridique qui en découlent seront présentes. À l'inverse, si l'affectation n'est pas connue des tiers, la divisibilité patrimoniale ne pourra leur être opposée et seul l'associé contractant engagera personnellement sa responsabilité.

---

36. *Id.*, art. 2232.

37. *Id.*, art. 2215 al. 1.

38. *Id.*, art. 2215 al. 2.

39. *Id.*, art. 2215 al. 3.

40. *Id.*, art. 2208 al. 1.

41. *Id.*, art. 2216.

42. *Id.*, art. 2218.

## CONCLUSION

Cet exercice aura permis de constater qu'il n'est plus aujourd'hui de l'essence de la société de personnes d'être une personne morale. La réforme amorcée en 1994, loin de se limiter à une mutation typologique, a transformé fondamentalement le droit des sociétés : le législateur a réalisé un bouleversement notionnel en s'appuyant sur le fond du droit civil. Quelles sont les conséquences d'une telle évolution sur la conception traditionnelle de la société ?

Tout d'abord, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou du patrimoine d'affectation, les deux concepts ont la même finalité : conférer une autonomie juridique à un intérêt. Il s'agit, dans les deux cas, d'organisations juridiques fournies par le législateur pour l'exercice d'activités collectives ou individuelles. La distinction tient, essentiellement, en ce que la personnalité morale peut s'appliquer à des situations où il n'y a aucune affectation des biens – il existe, en effet, des personnes morales qui n'ont aucun patrimoine à gérer –, alors que le patrimoine d'affectation en implique nécessairement un.

Par ailleurs, la mise au rancart de la théorie de la réalité de la personne morale permet d'expliquer comment la société de personnes peut jouir d'attributs juridiques sans pour autant constituer une personne morale. La nouvelle analyse a l'avantage d'offrir un cadre beaucoup plus représentatif de la nature des sociétés : l'activité collective et les intérêts individuels. Elle explique pourquoi la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de personnes engendrait des effets différents de celle des sociétés de capitaux. Le moule de la personnalité morale était inadapté aux sociétés de personnes.

# CREDO, CREDERE, CREDIDI, CREDITUM: ESSAI DE PHÉNOMÉNOLOGIE DES SÛRETÉS RÉELLES\*

*Roderick A. Macdonald\*\* et Jean-Frédéric Ménard\*\*\**

## INTRODUCTION : LA CROYANCE AVANT LA CRÉANCE

### I. HYPOTHÈSES SUR LES DIVERSES NOTIONS DE SÛRETÉ RÉELLE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

#### A. La construction législative actuelle

- 1. Absence de définition explicite de la notion de sûreté réelle*
- 2. Polysémie et ambiguïté de la notion de sûreté réelle*

#### B. La construction doctrinale civiliste

- 1. Les sûretés réelles comme exceptions au principe du gage commun de créanciers*
- 2. Définition classique des sûretés réelles en droit civil*

#### C. Les approches définitionnelles téléologiques

- 1. L'approche fonctionnaliste : l'article 9 du UCC et les LSBP*
- 2. La sûreté selon la finalité dans le régime de faillite*

### II. PHÉNOMÉNOLOGIE DES SÛRETÉS RÉELLES EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

#### A. L'hypothèque – la rupture de l'égalité des créanciers

---

\* Les auteurs aimeraient remercier le doyen Nicholas Kasirer, la vice-doyenne Catherine Walsh, le professeur Daniel Jutras, M<sup>e</sup> Robert Godin, Wainwright Senior Fellow, Alexandra Popovici (BCL-LLB 2005) et Pierre-Olivier Savoie (BCL-LLB 2005), tous six de la Faculté de droit de l'Université McGill, ainsi que M<sup>e</sup> Michel Deschamps de McCarthy Tétraut pour leur lecture attentive et critique d'une version antérieure de cet essai.

\*\* Titulaire de la chaire F.R. Scott en droit constitutionnel et en droit public, Faculté de droit, Université McGill ; lauréat de la Fondation Pierre-Elliott-Trudeau.

\*\*\* B.C.L.-LL.B. (2005) de la Faculté de droit de l'Université McGill.

**1. Caractères de l'hypothèque****2. Une typologie fonctionnelle des hypothèques**

- a. *L'hypothèque avec dépossession – le gage*
- b. *L'hypothèque sur une créance*
- c. *L'hypothèque sans dépossession sur un bien matériel*
- d. *L'hypothèque ouverte et l'hypothèque sur les biens aliénés dans le cours des affaires (ou l'hypothèque hypothétique)*

**3. Les autres causes de préférences****B. Les propriétés-sûretés – la décomposition de l'assiette universelle****1. Caractères des propriétés-sûretés****2. Une typologie fonctionnelle des propriétés-sûretés**

- a. *La réserve de propriété*
- b. *Le « mortgage » ou la vente à réméré*
- c. *La clause résolutoire*
- d. *La « forclusion » ou dation en paiement*

**3. Les autres atténuations à l'assiette universelle****CONCLUSION**

\* \* \*

**JE ME SOUVIENS**

En préparant une contribution à des *Mélanges*, il est coutume d'orienter sa pensée vers le champ d'expertise de la personne honorée. C'est ce que nous avons fait en décidant d'aborder un thème central du parcours intellectuel de François Frenette: les sûretés réelles. S'est ensuite imposé le devoir de pousser l'hommage vers un autre niveau et de saluer du même élan l'approche théorique, voire la philosophie juridique première qui a inspiré le travail de chercheur du professeur. Nous tâcherons donc d'aller au-delà des idées reçues sur les sûretés réelles et d'en faire ressortir la logique à la lumière des principes généraux du droit civil.

Cependant, avant d'entrer dans le vif de la matière, il faut permettre au professeur Macdonald, dont nombre des idées sur le droit des sûretés réelles tirent leur source de l'enseignement du professeur Frenette, de témoigner de sa gratitude envers celui-ci dans les trois paragraphes qui suivent.

\* \* \*

J'ai suivi en 1973, à l'Université d'Ottawa, le cours de droit des biens du professeur Frenette. J'en garde un vif souvenir, notamment parce que

mes condisciples avaient pris l'habitude de s'en plaindre avec véhémence auprès du doyen de la faculté. Leurs critiques me paraissaient alors – comme aujourd'hui d'ailleurs – mal fondées. Le professeur Frenette était convaincu qu'on ne peut mieux comprendre le droit des biens qu'en s'interrogeant sur les caractères et les prérogatives du droit de propriété. C'est pourquoi il nous a plongés directement dans l'analyse des prémisses d'individualisme, d'absolutisme et de permanence qui sous-tendent le concept civiliste de propriété. Ensuite, sa profonde compréhension de son sujet de prédilection le poussait à nous faire examiner dans l'abstrait l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* et bien entendu (pour ceux qui connaissent son enseignement) la *vis attractiva*, avant d'aborder les modalités et démembrements selon lesquels ces attributs de la propriété peuvent être répartis entre de multiples titulaires.

En raison de cette approche, ce n'est que dans les trois ou quatre dernières semaines du semestre qu'il en est arrivé à présenter l'usufruit, le droit d'usage et d'habitation, les servitudes réelles et l'emphytéose, ce qui a eu l'heur de déplaire à la plupart de ses étudiants. À leurs yeux, comme l'a alors illustré l'un d'entre eux dans une caricature fantaisiste, si 80 % des articles du Code à connaître pour l'examen concernent les démembrements du droit de propriété, c'est 80 % des leçons qui auraient dû y être consacrés, et non pas les 20 % qu'avait prévus le professeur.

Fort heureusement, le professeur Frenette était un universitaire beaucoup trop engagé et réfléchi pour porter attention à pareille rhétorique. À un point tel que je peux affirmer sans la moindre hésitation que ce cours, en raison de son orientation rigoureusement conceptuelle, demeure pour moi une référence incontournable lorsque je poursuis mon propre questionnement sur les sûretés réelles. Après plus de trente ans, François Frenette demeure un de mes créanciers privilégiés sur le plan intellectuel<sup>1</sup>.

1. Il faut ajouter quelques mots sur la genèse de cet essai et ainsi montrer sa filiation avec l'enseignement du professeur Frenette. En 1979, j'enseignais pour la première fois un cours sur les sûretés réelles en droit civil, après avoir déjà donné un cours équivalent dans une faculté de *common law*. J'ai alors été fasciné par le débat entourant l'emploi du droit de propriété pour garantir une obligation, dont le point culminant fut certainement la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Nadeau c. Nadeau*, (1977) C.A. 248. Plus particulièrement, la gymnastique à laquelle l'Assemblée nationale et les tribunaux ont dû se livrer pour prévenir l'exercice abusif de ventes à tempérament, de transferts forcés du droit de propriété ou de forclusions, ainsi que de clauses de dation en paiement et d'autres clauses apparentées incorporées dans des actes d'hypothèque, a retenu mon attention. J'ai donc entamé la rédaction d'un article sur les propriétés-sûretés qui, pour un ensemble de raisons, demeure jusqu'à ce jour à l'état d'ébauche. Je fis une nouvelle tentative pour apporter une réponse partielle à la question, dans un commentaire de l'arrêt *Roadrunner Jeans* publié à (1983) 27 *Real Property Reports* 217. Il est aussi intéressant de relever qu'au même moment, le professeur Marc Boudreault, un autre ancien étudiant du professeur Frenette, publiait son étude: « Analyse des articles 1040a et suivants du Code civil », (1982) 85 *R. du N.* 3 et (1982) 85 *R. du N.* 131. On peut ainsi mesurer l'immense influence du professeur Frenette au fait que, déjà au début de la décennie quatre-vingts, son enseignement des principes fondamentaux du droit des biens se reflétait dans les intérêts intellectuels de deux de ses anciens étudiants, un avocat et un notaire, tous deux appelés à enseigner le droit des sûretés réelles dans des facultés de droit civil.

## INTRODUCTION : LA CROYANCE AVANT LA CRÉANCE<sup>2</sup>

Commençons notre étude de la phénoménologie<sup>3</sup> des sûretés réelles par un bref rappel de la place qu'elles occupent à l'intérieur du droit privé contemporain et, plus globalement, à l'intérieur des nombreux systèmes normatifs qui constituent la société. Un droit (au sens où l'on dit le droit des sûretés, le droit de l'assurance ou le droit des personnes) sert des fins sociales et ne se comprend qu'en reliant ses valeurs, techniques et institutions à ses finalités. Vu la technicité du droit des sûretés, il est encore plus important de bien le situer dans un cadre théorique à la fois juridique et ontologique. C'est ce cadre que nous tenterons d'esquisser dans cette introduction.

Le droit privé est le résultat de la médiation symbolique des interactions humaines à travers un cadre de règles, de principes et de concepts. Nos aspirations et notre conduite se rejoignent ainsi dans nos efforts pour imaginer notre vie future de concert avec les autres. Par le droit, nous tournons notre être vers le monde et sommes en mesure de donner corps à nos interactions avec les autres. Un rapport de solidarité peut naître directement entre deux personnes dignes de considération morale. Ce sera par exemple le cas du contrat. Il peut aussi s'opérer indirectement, par le biais des liens multiples qui s'organisent au sein d'un véhicule tel qu'un État ou une personne morale.

À ce titre, le droit des personnes façonne la portée subjective de nos promesses et de nos engagements envers autrui. Un statut comme celui de

- 
2. On peut s'étonner aujourd'hui de retrouver ici croyance et créance côte à côte. Pourtant, les deux mots partagent la même étymologie latine (*credere*). Le terme créance est resté synonyme de croyance au moins jusqu'au 18<sup>e</sup> siècle, même s'il a progressivement pris le sens spécifiquement juridique qu'on lui connaît maintenant. De même, encore aujourd'hui, une expression comme « trouver créance », signifiant être cru, conserve la dimension de confiance et de crédibilité du mot, même si c'est l'idée de dette qui domine dans les usages contemporains. Si le mot créance a migré vers le juridique, le mot croyance a retenu une signification plus générale, en plus de sa connotation religieuse. Entre ces deux termes qui signalent la perspective du créancier, se trouve le côté passif de la croyance – la crédibilité. On notera enfin que le mot crédit est, lui aussi, issu de la même famille étymologique. Voir Oscar BLOCH et Walther Von WARTBURG (dir.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, coll. Quadrige, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 s.v. « croire » et Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, s.v. « croyance », s.v. « créance », s.v. « crédibilité » et s.v. « crédit ».
  3. On ne trouvera ici de référence à aucun des trois H (Hegel, Husserl et Heidegger) qui ont donné à la phénoménologie ces lettres de créances philosophiques. Pourtant, quand Jean Grondin décrit l'objet de la phénoménologie heideggérienne comme : « ce qui ne se montre pas, mais ce qui exige d'être porté à la phénoménalité parce qu'il constitue le sens et le fondement de tout ce qui se montre », il décrit une méthode à laquelle nous souscrivons entièrement même si, contrairement à Heidegger, nous nous intéressons aux soubassements théoriques du droit civil plutôt qu'à la question de l'Être. Jean GRONDIN, *Le tournant herméneutique de la phénoménologie*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, p. 15. En d'autres termes, nos propos visent à cerner les notions qui sous-tendent les phénomènes des sûretés tels qu'on les retrouve en droit civil québécois.

conjoint, de partenaire, de parent ou d'enfant est nécessairement relationnel et constitue une extériorisation de notre être dont découle une série d'intentions et d'attentes mutuelles. D'ailleurs, la plupart du temps, aucun signe extérieur n'est requis pour signaler ces rapports affectifs, puisque les humains utilisent des gestes ou des mots tels des noms de famille et des déterminants possessifs (*mon* épouse, *mon* enfant, *ma* famille) pour ce faire. Les registres, les anneaux de mariage et autres formes de publicité servent principalement à informer les tiers absents ou éloignés.

En comptant sur les autres et en favorisant les situations où ils peuvent compter sur nous, nous définissons la nature et les frontières d'une communauté ou d'une société normative. Le droit privé promeut, au moyen d'institutions créatrices d'obligations, la stabilité des communautés que nous façonnons. Nos promesses, explicites ou implicites, sont à la fois les plans de notre futur et les souvenirs de notre passé.

Cependant, il arrive que nous ne respectons pas ces promesses. Par défaut d'anticipation, par manque de respect pour les autres, par paresse ou par simple malchance, nous échouons parfois dans nos devoirs. Quand cela se produit, nous tentons généralement de renégocier notre solidarité avec les autres, en répondant à leurs demandes ou en les contestant. Ces négociations et renégociations constituent le lieu où se font et se défont les relations entre créanciers et débiteurs. Plus spécifiquement, c'est le terrain où nous déployons (ou sommes réputés déployer) ce que nous *avons* pour garantir ce que nous *devons*.

Nous médiatisons ainsi nos interactions à travers les objets du monde. Toutefois, force est de le reconnaître, nos biens, nos possessions, nos idées et nos attentes légitimes envers autrui sont des liens moins intenses que ceux évoqués plus haut, à travers lesquels nous nous engageons dans des relations interpersonnelles. Compte tenu du nombre important de relations médiatisées à travers les biens, un grand ensemble d'intentions et d'attentes mutuelles s'y révèle. Pour cette raison, les registres et autres preuves de « filiation » deviennent plus utiles. Enfin, ce ne sont pas seulement les personnes, naturelles ou morales, qui déploient des biens pour médiatiser des interactions et des attentes. L'État lui aussi les reconnaît et redistribue les biens et la richesse pour favoriser les solidarités sociales<sup>4</sup>.

Voilà, esquissés à grands traits, les fondements du droit des obligations – un droit qui permet la création d'un nœud entre des débiteurs, des créanciers, des obligations et des actifs. Ce droit se manifeste dans les familles, dans le voisinage, au travail, dans le domaine de la spiritualité, dans la vie sociale en général et à travers les frontières du temps et de l'espace. Chaque vente, chaque don, chaque prestation, chaque prêt – bref

---

4. Voir, par exemple, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des relations de nature personnelle entre adultes*, en ligne : CDC/LCC (<http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/report.asp>.)

chaque opération juridique dans laquelle nous sommes impliqués – sont une médiation extérieure d’une promesse et d’un engagement, passé ou futur.

C’est ce qui nous amène vers deux des questions les plus importantes et les plus difficiles du droit des obligations :

Premièrement, comment les liens reliant créanciers, débiteurs, obligations et biens doivent-ils être formellement constitués? En particulier, quels actifs devraient être disponibles pour cristalliser en créance quels types de croyances ou d’engagements? Comment la cristallisation de ce rapport obligationnel entre un créancier et son débiteur peut-elle demeurer à la fois privée et, au moment opportun, être portée à la connaissance des tiers intéressés?

Deuxièmement, comment évaluer l’intensité relative d’un ensemble donné de relations? Certaines croyances devraient-elles pouvoir acquérir un statut supérieur aux autres pour devenir des créances privilégiées? Comment cette supériorité peut-elle se réaliser contre les actifs d’un débiteur, et cela même au regard d’autres engagements plus intenses ou plus anciens?

L’idée même d’un régime de sûretés suppose que l’on réponde à chacune de ces questions<sup>5</sup>. Nous ne saurions couvrir tout le terrain dans le présent essai. Nous espérons cependant être en mesure de poser quelques jalons en consacrant la suite de cet essai à l’élaboration d’une phénoménologie des sûretés réelles qui soit en accord avec les aspirations socio-économiques des Québécois et avec la logique conceptuelle du droit civil québécois contemporain<sup>6</sup>. Ce faisant, nous plongerons nécessairement dans les détails du régime juridique, travaillant les fines distinctions du Code dans l’espoir de cerner les fondements du droit des sûretés et de les utiliser pour exposer les failles et les incohérences du droit positif tel que véhiculé par le C.c.Q.

Nous procéderons en deux temps. D’abord, nous aborderons la conception des sûretés du droit québécois et de la doctrine française dominante pour en faire ressortir la confusion et les atavismes. Nous présenterons ensuite brièvement l’approche téléologique mise de l’avant par le *common law* nord-américain et par le droit fédéral canadien dans la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (I). À la lumière de notre critique du modèle

5. Le lecteur verra que ces deux questions de nature ontologique sont celles auxquelles le principe juridique du gage commun des créanciers – l’assiette universelle et l’égalité des créanciers – et surtout les atténuations de ce principe sont appelés à répondre. Ces atténuations structurent d’ailleurs l’organisation de ce travail.

6. Force est d’admettre que tous ne partagent pas notre avis, tant sur la nature que sur les finalités sociales des sûretés. Il y a, par exemple, un important courant chez les professeurs américains selon lequel, du point de vue de la stricte efficacité économique, il n’existe pas de justification à l’existence des régimes de sûretés et que par conséquent ils devraient être abolis. Pour une revue de ces positions et un contre-argument situant la justification des régimes de sûreté sur le plan de la justice distributive, voir Roderick A. MACDONALD, « The Counter-Reformation of Secured Transactions Law in Quebec », (1991) 19 *Can. Bus. L. J.* 239.

civiliste classique, nous proposerons ensuite une interprétation « phénoménologique » du droit québécois des sûretés réelles. En nous appuyant sur les deux grands types d'atténuations possibles au principe du gage commun des créanciers, nous nous efforcerons de montrer que les hypothèques et les propriétés-sûretés participent de la même finalité et devraient, pour cette raison, faire l'objet d'un encadrement législatif respectant cette proximité conceptuelle (II).

## I. HYPOTHÈSES SUR LES DIVERSES NOTIONS DE SÛRETÉ RÉELLE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Le *Code civil du Québec* a considérablement remanié le droit des sûretés, tant personnelles que réelles. Ainsi, plusieurs règles de fond en matière de cautionnement sont en rupture avec les anachronismes du C.c.B.C. Néanmoins, le Code a surtout innové en matière de sûretés réelles. Les privilèges ont été considérablement réduits en nombre et remplacés par l'unique notion de priorité<sup>7</sup>, alors que l'hypothèque mobilière avec dépossession a succédé au nantissement mobilier connu sous le nom de gage. Les sûretés statutaires créées par la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* et la *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock* ont été éliminées, tout comme les divers nantissements spéciaux sans dépossession. En guise de solution de rechange, non seulement l'hypothèque sans dépossession fut étendue aux meubles, mais le nantissement général des créances se retrouva lui aussi à l'enseigne de l'hypothèque. Enfin, les recours hypothécaires ont fait l'objet, selon l'expression de l'Office de révision du Code civil, d'une intégration (quoique incomplète) à la fois horizontale et verticale<sup>8</sup>.

### A. La construction législative actuelle

Malgré ce renouvellement de fond et de forme, le législateur québécois n'a pas cru utile de tirer la notion de sûreté du brouillard dans lequel elle se trouvait déjà dans le *Code civil du Bas Canada*. En fait, comme le

---

7. Toutefois, ce ne sont pas tous les privilèges qui ont été requalifiés en priorité. Le législateur a cru utile de transformer l'ancien privilège de construction (art. 2013-2013f C.c.B.C.) en hypothèque légale au bénéfice des personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble (art. 2724 al. 2 et 2726-2728 C.c.Q.) et non pas en priorité.

8. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 350 et *sq.* Comme le montrera cette étude, le législateur n'a non seulement pas suivi toutes les recommandations de l'ORCC, mais à plusieurs endroits il n'a pas saisi la logique juridique derrière celles-ci. Par conséquent, il n'a pas réussi à instituer un droit des sûretés totalement cohérent ou bien ancré dans les principes directeurs qu'il prétendait suivre.

*Code civil* français et le C.c.B.C., le C.c.Q. n'offre de définition explicite ni de la sûreté, ni de la sûreté réelle<sup>9</sup>.

### **1. Absence de définition explicite de la notion de sûreté réelle**

L'absence de définition explicite d'une institution juridique telle que la sûreté dans le Code soulève deux problèmes connexes. D'abord, la portée de cette notion indéfinie: quels mécanismes, opérations et techniques s'y trouvent subsumés et donc sujets au régime voulu par le législateur? Ensuite ses effets collatéraux: dans quelle mesure la qualification d'une opération, d'un mécanisme ou d'une technique comme sûreté produit-elle des conséquences secondaires d'importance?

Généralement, les effets que le législateur veut attacher à une institution particulière sont présentés de manière détaillée dans le chapitre du Code s'appliquant à cette institution. Ces conséquences « intrinsèques » découlent des caractéristiques réputées participer de l'essence (ou de la nature) de l'institution en question, par exemple: la vente, le don, le crédit-bail, le louage ou l'hypothèque<sup>10</sup>.

D'autres conséquences sont « extrinsèques » à l'institution et sont généralement élaborées à l'aide de constructions doctrinales plus englobantes<sup>11</sup>. Le régime des donations, par exemple, est complété par un

- 
9. Une des particularités de la tradition de droit civil tient au fait que la doctrine a regroupé au sein d'une même catégorie – les sûretés – deux institutions que la tradition de *common law* conçoit comme fondamentalement distinctes, c'est-à-dire le cautionnement et les sûretés dans les biens. Selon nous, une large part des difficultés dans l'élaboration d'une « définition » adéquate du concept de sûreté en droit civil vient de ce regroupement doctrinal. Comparez Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles* [:] *Théorie générale*, Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1996, p. 1-10 et Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002, p. 1-19 avec *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 20(1), Londres, Butterworths, 1980, p. 139 et *sq.* (Garantie) et *ibid.*, vol. 20(1), p. 60 et *sq.* (Mortgage). Néanmoins, cette façon d'envisager les sûretés ne répugne pas entièrement au *common law*, comme en témoigne Lionel SMITH, « Security » dans Peter BIRKS (dir.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 385 et *sq.*
10. Voir les articles 1708 (vente), 1795 (échange), 1799 (dation en paiement), 1802 (bail à rente), 1806 (don), 1842 (crédit-bail), 1851 (louage), 2260 (hypothèque), et ainsi de suite pour des exemples d'institutions bénéficiant aujourd'hui de telles définitions législatives. Par contre, le C.c.Q. évite de parler de l'essence d'une notion, alors que dans le C.c.B.C., des expressions à cet effet apparaissent à une dizaine d'endroits, le plus souvent dans des phrases telles que celle que l'on retrouvait à l'article 1795: « Il est de l'essence du dépôt simple qu'il soit gratuit ». Pour l'inventaire de ces occurrences, voir pour le texte français: *Liste KWIC* [Key Words in Context] *du Code civil du Bas Canada (au 1<sup>er</sup> avril 1984)*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé, 1985, p. 359 [*Liste KWIC*] et en anglais: *The Key Words in Context (KWIC) of the Civil Code of Lower Canada (at 1 April 1984)*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé, 1985, p. 286-287 [*KWIC List*].
11. Voir, sur ce rôle créateur de la doctrine, Roderick A. MACDONALD, « La nature, le rôle et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois », (1985) 26 *C. de D.* 1071.

ensemble de principes et de règles où le concept opératoire est celui de « libéralité »<sup>12</sup>. De même, l'idée de la vente est encadrée par une série de dispositions et de principes plus généraux dégagés par la doctrine où c'est l'idée de « contrat translatif de propriété » qui sous-tend la logique du Code<sup>13</sup>. Or, dans le droit civil québécois, on rencontre les deux notions de « sûreté » et de « sûreté réelle » – cette dernière toutefois jamais textuellement – sans qu'elles soient définies par le Code. C'est plutôt la doctrine qui s'est chargée de la mission d'en tracer les paramètres comme concept général embrassant des institutions plus spécifiques.

Ces notions doctrinales se situent à un niveau d'abstraction supérieur à celui des institutions particulières qu'elles visent. Elles sont censées à la fois regrouper et délimiter la portée et les effets d'institutions à première vue diverses, mais partageant néanmoins une fonction ou un but commun. Ainsi, elles se conçoivent non pas comme ayant une quiddité propre, mais plutôt en termes de leur finalité.

## 2. Polysémie et ambiguïté de la notion de sûreté réelle

Compte tenu de l'absence d'une définition formelle de la notion de sûreté réelle, il est opportun de débiter en dressant la liste des occurrences du terme « sûreté » dans les textes législatifs. Aux fins de cet exercice, on peut d'abord se demander comment le terme était utilisé dans le *Code civil du Bas Canada*. Bien que le C.c.B.C. contienne quelques occurrences de la paire « sûreté/security », de 1866 à 1991 le législateur s'est surtout affairé à définir des institutions particulières – le gage, l'hypothèque et les nantissements – plutôt que de tenter de dégager les contours d'une notion générale<sup>14</sup>.

Il faut ensuite se tourner vers le *Code civil du Québec* qui, déjà de manière générale, paraît plus enclin à définir ses termes principaux. De fait, le C.c.Q. va plus loin dans l'utilisation du mot, probablement sous l'influence conjointe de l'idée de « présomption d'hypothèque » défendue

12. En ce qui concerne le rôle de la notion de libéralité, voir John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 au par. 365.

13. *Ibid.* aux par. 564-600 sur la classification doctrinale des contrats nommés en fonction de leurs finalités.

14. Dans le C.c.B.C. on retrouve quelque douze occurrences du mot « sûreté », deux occurrences de « sûretés », 44 occurrences du mot « security » et 10 occurrences du mot « securities » parmi lesquelles seulement deux ne réfèrent pas à des titres de placement et autres instruments similaires. Plusieurs occurrences du mot « security » en anglais (comme dans l'expression « give security ») sont rendues en français par le mot « caution » (comme dans l'expression « fournir une caution »), ce qui explique leur grande fréquence. Pour la liste de ces occurrences, voir, en français, *Liste KWIC*, précité, note 10, p. 826 et, en anglais, *KWIC List, ibid.*, p. 775-776.

par l'Office de révision du Code civil<sup>15</sup> et de l'explosion des sûretés mobilières au vingtième siècle à travers le monde<sup>16</sup>. En effet, il y a maintenant plus de 50 occurrences de « sûreté » dans le C.c.Q.<sup>17</sup> et quelque 60 dans 32 lois québécoises<sup>18</sup>.

Pourtant, il demeure difficile de tirer du Code une définition satisfaisante de la notion de « sûreté/security ». Écartons tout d'abord les usages sans ambition technique et se référant au bien-être personnel<sup>19</sup>. Notons ensuite que, même en leurs sens techniques, les deux termes ne sont pas inséparables. Par exemple, l'article 2766 utilise le terme « surety » comme équivalent de « sûreté<sup>20</sup> », alors que ce premier terme est plus généralement utilisé en rapport avec le terme « caution<sup>21</sup> ». À l'inverse, aux articles 2771 et 2779 le mot « caution » est traduit par le terme « security ». Ailleurs, aux articles 1168 et 2302, c'est la « garantie » qui se reflète dans la « security ». Finalement, même lorsque « sûreté » et « security » se présentent ensemble, l'usage est loin d'être constant.

En effet, les emplois de la paire dans le C.c.Q. peuvent être regroupés en trois catégories distinctes. Tout d'abord, et c'est là l'usage le plus fréquent, elle est employée au sens large de garantie, généralement en rapport avec l'obligation de fournir une sûreté. L'article 591 fournit un exemple : « Le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, ordonner au débiteur de fournir, au-delà de l'hypothèque légale, une sûreté suffisante pour le paiement des aliments ou ordonner la constitution d'une fiducie destinée à garantir

- 
15. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 8, p. 248 et p. 427-431. Pour une analyse de la proposition de « présomption d'hypothèque » voir Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer d'appeler un chat un chat : observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 527.
  16. Voir notamment Jean-François RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : Contribution à une rationalisation du Droit français*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 21-122.
  17. En faisant une recherche dans le *Code civil du Québec* tel qu'on le retrouve dans la banque de données Azimut (SOQUIJ), on trouve le mot « sûreté » 42 fois et le mot « security » 46 fois. Le mot « sûretés » est utilisé 6 fois et le mot « securities » 24 fois, dont 23 pour référer aux valeurs mobilières. Enfin, des 30 occurrences de « garantie », des 14 de « garanties » ainsi que des 15 occurrences de « guarantee » et des 5 de « guarantees », seulement 6 ont trait à la notion abstraite de « sûreté ».
  18. Ces usages ont été relevés en faisant une recherche à travers les Lois révisées du Québec sur la banque de données Azimut (SOQUIJ).
  19. Par exemple : art. 32 C.c.Q.
  20. Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER relèvent d'ailleurs cette occurrence comme une disparité entre le texte français et le texte anglais du Code dans *Code civil du Québec [:] Édition Critique [I] Civil Code of Quebec [:] A Critical Edition 2004-2005*, 12<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p. 931.
  21. Par exemple aux art. 2336-2339 C.c.Q.

ce paiement<sup>22</sup>». Le texte anglais du même article apporte un éclairage intéressant puisque non seulement la sûreté y devient-elle « *security* » mais le verbe garantir devient « *to secure* ». Dans chacun des cas, la question se pose à savoir ce que le Code envisage comme susceptible de constituer une sûreté.

Le Titre 2 du Livre 10 « Des conflits de loi », contient aussi des occurrences de la notion de sûreté. La paire « sûreté »/« *security* » y est d'une part employée pour désigner, par analogie, les institutions étrangères s'apparentant aux sûretés québécoises, par exemple aux articles 3102-3103. D'autre part, le lien entre la notion québécoise de sûretés et les sûretés étrangères est renforcé aux articles 3104 et 3106 puisqu'y sont énoncées les conditions permettant à ces dernières d'être réputées publiées au Québec. La conception de ce qui constitue ou non une sûreté varie considérablement d'un pays à l'autre, notamment entre le Québec et les États et provinces nord-américains de *common law*. Faut-il alors envisager que le Livre 10 commande une notion de sûreté indépendante de celle applicable au Québec, de façon à accommoder toutes les sûretés étrangères<sup>23</sup> ?

Finalement, après ces usages englobants, l'article 2748 paraît pour sa part n'inclure que l'hypothèque dans la catégorie des sûretés lorsqu'il énonce que : « les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre ». En d'autres termes, à l'un des deux seuls endroits où le Code se sert de la paire « sûreté/*security* » au Livre 6, elle est employée de façon à exclure même les créances prioritaires et le droit de rétention<sup>24</sup>.

## B. La construction doctrinale civiliste

La question du sens de la notion de sûreté et de celle de sûreté réelle taraude aussi la doctrine, tant en France qu'au Québec. Certains,

22. De même, selon l'article 1514, al. 1, un débiteur se verra privé du bénéfice du terme s'il « diminue, par son fait, ou sans le consentement du créancier, les sûretés qu'il a consenties à ce dernier ». Dans le contexte de la rente, l'article 2386 applique le même principe, *mutatis mutandis*, aux sûretés fournies par le débirentier. Ajoutons l'article 242, qui stipule que : « [l]e tuteur est tenu, lorsque la valeur des biens à administrer excède 25 000 \$, de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté pour garantir l'exécution de ses obligations ». Enfin, aux articles 2338 et 2731, l'on oppose « une autre sûreté suffisante » respectivement, à la caution légale ou judiciaire et à l'hypothèque légale.
23. Pour une discussion de cette question, voir J. Michel DESCHAMPS, « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis », dans *Développements récents en droit bancaire*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, p. 123.
24. Au contraire, on trouve la deuxième occurrence de la paire au Livre 6 à l'article 2731, où puisqu'il est question de substituer à l'hypothèque légale « une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement », il apparaît envisageable qu'en plus de pouvoir grever un autre bien, le requérant puisse fournir une sûreté autre que l'hypothèque : un cautionnement, une assurance, une fiducie, etc. Enfin, en plus de celles déjà relevées ci-dessus, on trouve la seule autre occurrence du mot « *security* » en l'absence du mot « sûreté » dans le Livre 6 à l'article 2691, où en lisant le texte anglais à la lumière du texte français il apparaît clair que seule l'hypothèque est visée.

notamment messieurs Cabrillac et Mouly, n'y verront « qu'une étiquette qui s'accommode du disparate<sup>25</sup> ». Pour ces auteurs, le mot sûreté se confond avec celui de garantie et englobe tant les sûretés personnelles que les sûretés réelles. De plus, tant du côté des sûretés personnelles que des sûretés réelles, les mécanismes classiques – tels le cautionnement et l'hypothèque – côtoient dans leur esprit des opérations moins orthodoxes comme les lettres de crédit ou la vente à tempérament.

Nous n'aborderons ici que les sûretés réelles. Dans ce cas, c'est surtout la place à accorder aux « propriétés-sûretés » qui fait l'objet d'un vif débat. Presque tous s'entendent pour dire que plusieurs institutions, telles la vente à tempérament, la résolution de la vente et la vente à réméré, peuvent avoir *effet* de garantie. Pourtant, l'on reconnaît difficilement la place qu'occupent pareilles techniques dans le droit. Certains confèrent à la seule clause de réserve de propriété le statut de sûreté<sup>26</sup>, alors que d'autres, sans trop se risquer sur la question de la qualification, reconnaissent qu'en raison de leurs fonctions, plusieurs méritent leur place à la fin d'un traité sur les sûretés<sup>27</sup>. Quoi qu'il en soit, l'on s'abstient généralement de les intégrer toutes au sein d'une théorie générale des sûretés et encore moins dans celle des sûretés réelles. Certains vont même jusqu'à prétexter qu'il s'agit de techniques « simplistes » pour les pousser hors du domaine des sûretés<sup>28</sup>.

Compte tenu de l'enchevêtrement de la notion dans le C.c.Q., nous ne tenterons pas d'en faire ressortir coûte que coûte un portrait harmonieux. Ce serait par ailleurs faire injure au génie du droit civil que d'assigner un rôle aussi terne à la doctrine. En effet, n'est-ce pas l'un des traits du droit civil que de conférer à la doctrine la tâche d'animer la lettre de la loi en exposant ses justifications et les principes qui la sous-tendent<sup>29</sup>?

25. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 9, au n° 2.

26. *Ibid.*, au n° 533. Il est intéressant de noter que pour plusieurs auteurs les autres propriétés-sûretés ne peuvent jamais entrer dans la catégorie de sûretés réelles: il n'est question que de régler le sort de la vente avec réserve de propriété. Par contraste, le groupe de travail VI (Sûretés) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international considère que toutes les propriétés-sûretés autres que celles dont des vendeurs se servent sont par leur nature des sûretés réelles, et que la seule question épineuse demeure celle de la vente avec réserve de propriété. Voir les différents documents du groupe de travail sur le site Internet de la CNUDCI, en ligne: CNUDCI: ([http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg\\_6/wg-6-suretes-index-f.htm](http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_6/wg-6-suretes-index-f.htm)). Sur ce projet, voir notamment « L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés: Actes du colloque de Clermont-Ferrand », *Banque et Droit*, n° 97, sept.-oct. 2004.

27. Voir par exemple Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2001, qui inclut notamment la fiducie-sûreté, la vente à tempérament, le crédit-bail et la vente à réméré.

28. J. MESTRE et autres, *op. cit.*, note 9, p. 14.

29. La situation contemporaine de la doctrine en droit privé québécois est discutée dans Roderick A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 573.

Aussi, le professeur Frenette nous rappelle-t-il que la théorie éclaire « la plomberie<sup>30</sup> ».

### ***1. Les sûretés réelles comme exceptions au principe du gage commun de créanciers***

On ne peut saisir la logique profonde du droit des sûretés réelles sans s'attarder à la place qu'elles occupent dans l'économie de l'ordre juridique dans lequel elles s'insèrent. Nous verrons que leur sens se révèle si l'on comprend en quoi elles constituent des exceptions au régime général de l'exécution des obligations<sup>31</sup>.

En droit civil, il y a crédit lorsque, en raison d'un consentement préalable ou de l'opération de la loi, une personne (un débiteur) doit l'exécution d'une obligation de quelque nature que ce soit à une autre personne (un créancier). La situation normale est celle où le débiteur s'exécute de bon gré et de manière satisfaisante pour le créancier. Évidemment, c'est loin d'être toujours le cas.

Voilà pourquoi, lorsque l'exécution complète ne vient pas en temps voulu, le droit permet au créancier de l'exiger. Dans un ordre juridique reconnaissant la valeur de la maxime « Nul ne peut se faire justice à soi-même », ce n'est qu'après avoir vu son droit reconnu par les tribunaux que le créancier est en droit d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation. En plus de la nécessité d'une intervention judiciaire, l'exécution forcée n'est pas sans conditions. En effet, depuis l'abolition de l'emprisonnement pour dettes, les jugements ne sont plus exécutés que sur les biens et non plus contre les personnes en tant que telles<sup>32</sup>. Si l'action est réelle, l'exécution forcée entraînera la dépossession du débiteur aux mains du huissier.

Dans le cas d'une action personnelle, la Cour aura fixé la valeur monétaire de l'obligation et, si le débiteur se refuse toujours à remplir son obligation, un huissier procédera à la saisie et à la vente de ses biens de façon à satisfaire le créancier. Voici là un premier principe fondamental de l'exécution des obligations en droit civil québécois : celui de l'affectation

30. François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, p. 804.

31. Dans les paragraphes qui suivent, nous retrouverons, sur le terrain législatif, le reflet de la théorie sociale déjà évoquée dans l'introduction du présent essai. L'élaboration technique du régime de sûretés se fait à partir non seulement des principes juridiques exposés au Code, mais surtout en puisant dans les finalités sociales du droit des obligations et plus généralement du droit privé.

32. Bien qu'*a priori* il puisse sembler que l'ordonnance d'exécution en nature d'une obligation de faire constitue une exception à ce principe, il est important de noter que ce recours n'est disponible que « dans les cas qui le permettent » et que les exceptions reconnues par la jurisprudence ont toutes à voir avec le rejet de la contrainte de corps par le droit québécois. Voir Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998 aux nos 17-18 et 802 et *sq.*

de la totalité (sauf exception explicite) des biens du débiteur à l'exécution de ses obligations. On trouve aux articles 2644, 2645 et 2646, al. 1, l'expression de ce principe, aussi appelé principe de l'assiette universelle.

La possibilité qu'un débiteur ait plusieurs créanciers et qu'il ne dispose pas de biens d'une valeur suffisante pour les satisfaire tous nécessite que le droit réponde à l'éventualité du concours entre ces derniers. Au Québec, la réponse apportée à cette question est celle de l'égalité des créanciers. C'est en fonction de ce principe, mis de l'avant à l'article 2646, al. 2, que le produit de la vente en justice doit normalement être distribué entre les créanciers en proportion de leur créance.

C'est là un deuxième principe fondamental, celui de l'égalité des créanciers, qu'il ne faut pas confondre avec le premier, celui de l'assiette universelle. En effet, l'usage québécois amalgame souvent les deux principes dans l'expression « gage commun des créanciers » consacrée comme intitulé du titre premier du livre « Des priorités et des hypothèques » du Code civil. Plusieurs auteurs ont relevé le caractère inexact de cette expression, rappelant que le gage est une sûreté spécifique (au Québec et en France). Ajoutons que la confusion est certainement accentuée par le fait que le qualificatif « commun » n'a pas nécessairement en français la portée « égalitaire » de son pendant anglais « *common*<sup>33</sup> ». Or, pour montrer l'indépendance des deux principes, il suffit que l'on se tourne du côté de l'ancien droit anglais pour constater que le principe de l'assiette universelle s'accommode aussi d'un autre critère de distribution entre plusieurs créanciers : soit la répartition du produit de la vente en justice selon l'ordre dans lequel le shérif reçoit les brefs de saisies<sup>34</sup>.

On entend peu de critiques – ni des philosophes, ni des économistes – contre le régime de droit commun<sup>35</sup>. Aussi, il est plausible de croire qu'il reflète un consensus assez large quant à l'idée que nous nous faisons de la responsabilité individuelle, à tout le moins dans les relations économiques. Néanmoins, son application intégrale peut, dans certaines situations, produire des conséquences fâcheuses ou mener à des résultats indésirables, et par conséquent que l'on voudra atténuer. Parfois, le législateur juge souhaitable de s'assurer que certaines créances, telles que celles du vendeur impayé, du transporteur, du dépositaire, du réparateur, de l'État, de ceux qui participent à la construction d'un immeuble ou du créancier

33. Comparez Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *op. cit.*, note 2, *s.v.* « commun » et *Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., *s.v.* « common », en ligne: *Oxford English Dictionary* ([www.oed.com](http://www.oed.com)).

34. On remarquera aussi que l'article 578 du *Code de procédure civile* énonce un principe qui n'est pas éloigné de celui-ci, bien qu'il soit moins sévère. Voir Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 2, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1997, p. 158 et *sq.*

35. Voir l'excellente analyse philosophique de Gregory BORDAN, « The Law of Construction Privileges: Corrective Justice or Distributive Justice », (1989) 2 *Can. J. L. and Juris.* 57. On trouvera un aperçu des perspectives économiques dans R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 6, p. 239-253.

alimentaire, soient pleinement satisfaites avant d'autres. Parfois, c'est plutôt le créancier lui-même (habituellement le prêteur ou le vendeur fournisseur) qui éprouvera le besoin de se protéger contre la concurrence d'autres réclamations.

Nous croyons que c'est dans toutes ces circonstances, où la croyance du créancier ne se justifie guère et où il cherche alors plus de sécurité contre le non-paiement de sa créance, qu'il est juste de parler de techniques de sûreté et de sûreté réelle. Comme nous aurons l'occasion de le montrer plus loin, selon que l'on cherche à atténuer le principe de l'égalité des créanciers, nous aurons affaire aux techniques de sûretés dites « classiques », alors que si la garantie est obtenue en contournant le principe de l'assiette universelle, il s'agira d'une « propriété-sûreté ».

## 2. Définition classique des sûretés réelles en droit civil

Notons d'emblée que l'intérêt pour la classification des sûretés n'est pas simplement taxinomique ou botanique. Du triptyque « personnes » « choses » et « actions » à partir duquel Gaius réinventa le droit romain, jusqu'aux plus menus détails des législations actuelles, l'encadrement juridique de l'activité humaine n'est possible qu'à partir d'un exercice de classification<sup>36</sup>. Ainsi, si nous cherchons ici à rendre manifeste la parenté entre sûretés réelles au sens classique et propriétés-sûretés, ce n'est pas pour conférer quelque noblesse que ce soit à ces dernières, mais bien pour parvenir à une compréhension plus profonde et plus féconde du fonctionnement du crédit et des garanties portant sur des biens en droit civil.

Partant de cet intérêt plus proprement doctrinal, nous espérons aussi rendre manifeste la nécessité pour le droit civil québécois d'appuyer l'encadrement législatif des sûretés *stricto sensu* et des opérations juridiques à effet de garantie réelle sur des principes généraux et cohérents. Que ce soit en France ou au Québec, les notions abstraites de sûreté et de sûreté réelle ne préoccupent guère le législateur. Il s'intéresse plus à rendre disponibles des techniques spécifiques, qu'il s'agisse de l'hypothèque, des différents types de nantissement, des warrants, des privilèges, etc. Pourtant cette absence de vision synoptique n'est pas sans conséquences.

Les auteurs Mouly et Cabrillac définissent la sûreté réelle comme : « un accessoire de la créance qui confère au créancier le droit au paiement préférentiel sur la valeur d'un bien ou d'un ensemble de biens qui lui est

36 . Voir Eric REITER, *Toward a reintegration of the human being in law*, thèse de LL.M., Université McGill, 2003 [non publiée] p. 6-27 ; Geoffrey SAMUELS, « Can Gaius Really be Compared to Darwin? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 297 et Nicholas KASIRER, « English Private Law, Outside In », (2004) 3 *O.U.C.L.J.* 249.

affectée<sup>37</sup> ». De cette définition, l'on peut dégager trois éléments que la doctrine considère essentiels : (1) la finalité de garantie de paiement par préférence, (2) le rôle d'accessoire vis-à-vis de la créance, et (3) l'emploi d'une technique d'affectation de la valeur d'un ou de plusieurs biens.

Notons d'abord à propos de la question de la finalité de garantie de l'exécution d'une obligation que le terme « finalité » est ici entendu en son sens philosophique de cause finale. C'est-à-dire que seules les institutions créées spécifiquement dans le but de garantir l'exécution d'une obligation répondent à ce critère. Se voient automatiquement exclus de la définition tous les mécanismes et techniques tels que l'action directe, l'assurance ou la compensation ayant un simple « effet de garantie ». Il en va de même pour les institutions, comme la création d'un autre patrimoine, dont la finalité est, non pas d'atténuer l'opération du principe de l'égalité des créanciers en conférant à l'un d'eux une priorité de paiement (ou une préférence), mais plutôt de le réduire à néant par l'exclusion de tout risque de concurrence avec d'autres créanciers.

Bien que l'on soit tenté d'y voir l'élément dominant, la finalité de garantie n'est pas considérée comme suffisante pour caractériser ce qui fait l'essence de la sûreté réelle. Deux éléments plus techniques s'y ajoutent. D'abord, selon cette définition classique, la sûreté (personnelle ou réelle) ne peut exister indépendamment de la créance principale à laquelle elle est attachée. C'est ce qui fait que les prérogatives qui ne suivent pas la créance dans les différents patrimoines dans lesquels elle peut se retrouver ne remplissent pas la condition du caractère accessoire. De même, si l'obligation principale et la sûreté se confondent, il n'y a pas non plus de sûreté.

Enfin, c'est l'affectation de la valeur patrimoniale ou économique du bien en question qui confère à la sûreté son caractère « réel<sup>38</sup> ». Ce critère permet notamment de distinguer les sûretés réelles des sûretés personnelles. Tous les biens, qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'un démembrement du droit de propriété, d'un *ius ad rem trans personam* ou d'une simple créance, peuvent faire l'objet d'une sûreté. Toutefois, malgré

37. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 9, au n° 503. Quoiqu'elle soit plus contournée, la définition mise de l'avant par Mestre, Putman et Billiau va dans le même sens. Voir J. MESTRE *et al.*, *op. cit.*, note 9, au n° 12.

38. Le sens à donner au mot « réel » fait couler beaucoup d'encre au Québec depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q. Voir au sujet du débat sur la possibilité qu'un droit personnel puisse faire l'objet d'un droit réel de garantie, R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill* 761, p. 786 et *sq.* Voir aussi F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 30. On pourrait croire que l'expression en anglais « security on property » rend mieux l'idée fondamentale que celle de « real security », calquée sur l'expression française « sûreté réelle », et qu'en français on aurait avantage à envisager un libellé semblable.

l'usage courant, ce n'est pas véritablement le bien qui fait l'objet de la sûreté, mais plutôt le droit qui en est le reflet dans le patrimoine du débiteur<sup>39</sup>.

Du choix de ces trois traits dominants transparait l'approche formaliste généralement privilégiée par le droit civil en ce qui a trait aux sûretés réelles. Mais ce n'est là que le versant positif de la définition classique. Pour en saisir toute la portée, il faut aussi tenir compte de ce que la définition canonique exclut, de ce que l'on pourrait appeler sa face cachée : l'action en inopposabilité, l'action oblique, l'action directe, la compensation et les propriétés-sûretés. Par exemple, dans le traité de Jacques Mestre, ces dernières se voient classées hors de la catégorie des sûretés réelles pour trois raisons principales, l'une liée à la finalité et les deux autres d'ordre technique<sup>40</sup>.

Tout d'abord, on distingue les propriétés-sûretés sur le plan de la finalité, en les qualifiant de techniques « indirectes » d'affectation de biens à la garantie d'une obligation. Selon la vision de ces auteurs, il existe des institutions « premières », aptes par nature à servir plusieurs fins, et des institutions « spécifiques », cantonnées dans une finalité définie. Or, les sûretés réelles sont des techniques spécifiques de garantie, ayant pour seule finalité la garantie d'une obligation. Comme la vente avec réserve de propriété est avant tout une modalité de l'opération première qu'est la vente, son emploi comme garantie apparaît comme un simple accident, impropre à contribuer à une définition rigoureuse tant de la vente que de la sûreté.

Dans un deuxième temps, bien que l'on reconnaisse que les propriétés-sûretés puissent remplir la *fonction* de sûreté, elles ne le font pas de la même manière que l'hypothèque. La sûreté ne s'opère pas ici par préférence (elle ne fait pas exception à la règle de l'égalité des créanciers), mais bien en permettant à un créancier de se soustraire entièrement aux règles régissant la distribution des biens patrimoniaux. Ainsi, il ne s'agit pas d'une technique de préférence, mais bien d'une technique d'exclusion où le créancier conserve l'entièreté des pouvoirs sur son bien.

Le troisième argument suit de très près le deuxième en cela qu'il relève un autre aspect du retrait du bien du créancier de l'assiette de son débiteur : l'absence d'un droit du créancier sur le patrimoine du débiteur.

On aura compris que l'analyse des propriétés-sûretés s'opère ici à partir d'une pétition de principe. Elles se voient exclues de la catégorie des sûretés réelles parce qu'elles ne se conforment pas à une définition

39. F. FRENETTE, *id.*, p. 808-809. Cela malgré la lettre de l'article 2666 C.c.Q. Toutefois le législateur corrige le tir à l'art. 2670 ([...] lorsque le constituant devient le titulaire du droit hypothéqué).

40. J. MESTRE et autres, *op. cit.*, note 9, p. 14 à 35.

préalablement posée<sup>41</sup>. Nous proposerons plus loin une façon de concevoir la notion de sûreté permettant de rendre compte à la fois des points communs et des différences entre les sûretés réelles *stricto sensu* et les propriétés-sûretés. Ce faisant, nous espérons dégager les grandes lignes d'une notion plus générale et, partant, dotée d'un plus grand potentiel explicatif.

### C. Les approches définitionnelles téléologiques

Comme d'autres l'ont déjà signalé auparavant, il est parfaitement conséquent avec la méthodologie civiliste de proposer une approche téléologique des catégories doctrinales<sup>42</sup>. De même, on trouve au Canada deux exemples de telles approches, dans la législation et la doctrine. Il s'agit, dans un premier temps, de l'approche misant sur «l'essence de l'opération» que l'on retrouve dans les lois adoptées par les provinces et territoires canadiens de *common law* à partir du modèle de l'article 9 du *Uniform Commercial Code* («UCC») américain. Dans un deuxième temps, les amendements adoptés à l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>43</sup> par le Parlement fédéral, dans le cadre de son projet d'harmonisation, incorporent dans la loi une approche fonctionnelle hybride rappelant les anciens articles 1040*a*-1040*d* du C.c.B.C. Toutes deux méritent que l'on s'y attarde.

#### 1. L'approche fonctionnaliste : l'article 9 du UCC et les LSBP

L'approche privilégiée par les législations nord-américaines de *common law* est marquée par le fonctionnalisme. C'est avant toute chose l'intention des parties (article 9 *UCC*) ou les effets concrets de leur entente (les *LSBP*<sup>44</sup>) qui sont pris en considération dans le processus de

41. Cependant, il ne faut pas croire que toute la doctrine française se rallie à cette opposition dogmatique entre sûretés réelles *stricto sensu* et propriétés-sûretés. Ainsi, Philippe Simler et Philippe Delebecque, dans la plus récente édition de leur ouvrage sur les sûretés, affirment : «La propriété remplit ainsi les fonctions d'une sûreté et peut même être considérée comme une véritable sûreté. Ce n'est pas faire offense au droit de propriété que de le réduire, dans certains cas, au rang d'un droit réel accessoire. Au contraire, c'est tirer profit de toutes ses virtualités. Les attributs du droit de propriété sont alors et simplement répartis d'une manière différente qu'ils ne le sont ordinairement». Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, au n° 347. C'est une conception proche de celle-ci que nous entendons défendre dans la deuxième partie de cet essai.

42. Voir J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, note 16. Voir aussi *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 14 et 15.

43. L.R.C. 1985, c. B-3, tel qu'amendé par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

44. Toutes les législations adoptées dans les provinces et territoires canadiens de *common law* sont intitulées, en anglais, «Personal Property Security Act» («PPSA»). Néanmoins, les trois provinces bilingues – soit l'Ontario, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick – ont choisi des traductions françaises différentes. Ainsi, nous retrouvons en Ontario la *Loi sur les sûretés mobilières* et

qualification. Ce principe a d'abord été mis en œuvre dans le domaine des sûretés immobilières par les Cours d'*Equity* à travers la maxime « *once a mortgage, always a mortgage* ». S'il a fallu attendre quelques années pour le voir appliqué aux sûretés mobilières, ce principe est maintenant au centre des différentes lois adoptées pour les encadrer. Qu'il s'agisse de l'article 9-102 du *Uniform Commercial Code* américain ou de l'article 2 de la *Loi sur les sûretés mobilières* ontarienne, le rejet d'une qualification fondée sur la forme des conventions est exprimé explicitement par le législateur. Ainsi, l'article 2 de la loi ontarienne en plus de proposer une liste des opérations qu'elle vise, vient compléter cette énumération en énonçant qu'elle s'applique ultimement : « à l'opération qui, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté<sup>45</sup> ».

En procédant ainsi, c'est aussi la logique traditionnelle du droit des biens en *common law* qui se voit largement mise de côté, quoique pas entièrement. En effet, l'un des présupposés dominants de la réforme des sûretés sur les biens personnels aux États-Unis et dans les provinces canadiennes de *common law* est celui de l'inefficacité des principes du droit des biens pour l'encadrement des sûretés. Le traitement différencié de certaines opérations – telles que la réserve de propriété du vendeur impayé, le mortgage classique sur des biens personnels (*chattel mortgage*), la charge (ou hypothèque d'*Equity*) sur des biens futurs et la charge ouverte sur des inventaires et des comptes à recevoir – en fonction d'une analyse relevant du droit des biens apparaissait ainsi trop abstrait et capricieux pour servir les intérêts du commerce.

C'est pourquoi les rédacteurs de l'article 9 du *UCC* et des différentes *LSBP* ont pris le parti de mettre de côté ces atavismes au profit d'une approche s'appuyant en priorité sur la fonction économique des opérations envisagées. En les comparant au droit civil classique, ces solutions peuvent paraître faire montre d'un fonctionnalisme sans retenue. Néanmoins, les provinces et États nord-américains de *common law* n'ont pas procédé à l'assimilation sans discernement de toutes les sûretés dans un même modèle unitaire. Ainsi, par exemple, certaines exceptions à l'intégration des sûretés au sein d'une logique chronologique de perfection

---

au Nouveau-Brunswick et au Manitoba la *Loi sur les sûretés sur les biens personnels*. De façon à marquer la traduction qui nous paraît la plus juste, aux fins de ce texte, l'abréviation « *LSBP* » désignera, sauf spécification expresse, toutes les lois canadiennes connues en anglais sous l'abréviation « *PPSA* ».

45. On s'explique mal le choix de l'expression « constitue dans son essence une sûreté » (ou de l'anglais « *in substance creates a security interest* ») puisque le but avoué de la *LSBP* est de s'éloigner de la vision formaliste où certaines institutions sont sûreté par essence. De plus, cette formulation ne clarifie en rien la question, à savoir si la loi s'applique aux opérations où c'est l'intention subjective des parties de créer une sûreté, à celles où les effets objectifs de la convention sont de mettre sur pied une sûreté ou aux situations impliquant l'une ou l'autre des deux éventualités.

demeurent, notamment en ce qui concerne la superpriorité accordée au créancier finançant l'achat de nouveaux biens (« *purchase-money security interest* »), et sont le reflet du statut privilégié du vendeur jadis reconnu par la vente à tempérament<sup>46</sup>.

## 2. La sûreté selon la finalité dans le régime de faillite

Définir la sûreté en fonction du régime de faillite vient certes contredire l'affirmation de l'article 2647 voulant que seules les priorités et les hypothèques soient source de préférence. Néanmoins, à la fois dans le C.c.Q. et à l'extérieur de celui-ci, se trouvent un bon nombre d'exceptions au principe de l'égalité des créanciers autres que celles présentées au Livre 6 du Code civil. On peut penser, en ce qui concerne les exemples tirés du Code civil, à l'exception d'inexécution (art. 1591) et au droit de rétention (art. 1592-1593). De même, les législations fiscales abondent d'illustrations<sup>47</sup>, tandis que la *Loi sur les banques*<sup>48</sup> nous procure un des exemples les plus frappants.

Puisque c'est la valeur d'un droit patrimonial qui fait l'objet du droit de sûreté, ce n'est généralement que lorsque les circonstances poussent la conversion complète (vente forcée) ou partielle (prise en paiement) du bien en valeur économique que la sûreté se réalise. La qualification par le régime de faillite de l'entrelacs de relations juridiques dans lesquelles le débiteur est impliqué agit comme un puissant révélateur du rôle que jouent certaines institutions, qu'elles soient explicitement reconnues comme sûreté ou non.

Ainsi, l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* considère comme créancier garanti, en plus du titulaire d'une hypothèque: le titulaire d'une priorité constitutive d'un droit réel (art. 2654.1), le titulaire d'un droit de rétention (art. 1592-1593), et les personnes dont l'exercice des droits est assujéti au Livre 6 du *Code civil du Québec*, notamment le vendeur d'un immeuble se réservant un droit de résolution (art. 1743), le vendeur à tempérament (art. 1749), l'acheteur d'un bien lorsque le vendeur dispose d'une faculté de rachat (art. 1756) et le

46. Voir généralement Michael G. BRIDGE, Roderick A. MACDONALD, Ralph L. SIMMONDS et Catherine WALSH, « Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions », (1999) 44 *R.D. McGill* 567, p. 587 et sq. et Gerard McCORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

47. Voir, par exemple, *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 15, qui confère au ministre le droit d'exiger d'un tiers qu'il lui verse directement une somme qu'il doit à son créancier si celui-ci est redevable envers le ministère en vertu d'une loi fiscale.

48. Pour une présentation succincte du régime de sûretés bancaires canadien, ainsi que pour des propositions de modernisation de celui-ci, voir COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La Loi sur les Banques et la modernisation du droit des sûretés*, Ottawa, ministère des Travaux publics, 2004. Voir aussi Marc-Alexandre POIRIER, « Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law: A Bijural Perspective », (2003) 63 *R. du B.* 287.

fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution d'une obligation (art. 1263).

Déjà, l'énumération de l'article 2 établit une définition de la sûreté plus englobante que celle qu'adopte généralement la doctrine civiliste puisque plusieurs des mécanismes emportant effet de garantie sont explicitement reconnus comme sûreté. Il n'y a pourtant pas lieu de se réjouir de cette manière d'aborder la question puisqu'elle n'est systématique ni sur le plan de la forme, ni sur le plan de la substance. En les désignant comme créanciers garantis *ad hoc*, la *LFI* va certes au-delà de la distinction formelle entre sûreté et propriété chère au droit civil classique. Toutefois, cette classification ne repose pas sur une politique législative plus cohérente que celle du législateur québécois. En effet, la façon dont les sûretés sont traitées dans le régime de faillite rappelle plutôt l'interminable jeu du chat et de la souris qui faisait l'apanage de l'ancien Code, et surtout les difficultés d'interprétation des anciens articles 1040a-1040d<sup>49</sup>.

En d'autres termes, le régime tel qu'il est présentement organisé n'inclut que les mécanismes à effet de sûreté réelle les plus évidents et en laisse de côté d'autres qui ne sont pourtant pas moins efficaces. Parfois ces mécanismes sont soumis à une exigence de publication pour pouvoir être opposables aux tiers, mais leur réalisation n'est pas soumise au Livre 6 du Code: le crédit-bail (art. 1847) et le bail à long terme (art. 1852). Parfois ils existent (sans aucune obligation de publicité) parallèlement aux modalités de vente énumérées (la résolution de la vente mobilière par défaut de paiement du prix d'achat; la vente sous véritable condition résolutoire; la vente sous véritable condition suspensive; la double vente; la vente à retour locatif; la promesse de vente<sup>50</sup>). Que dire enfin d'autres institutions, tels le contrat de louage ordinaire employé dans le but de garantir une obligation, le prêt, l'échange et l'aliénation pour rente, toutes susceptibles d'inspirer des créanciers créatifs dans l'élaboration de mécanismes de sûretés réelles qui échapperont à la saisine du syndic de faillite?

Le rejet par la Cour suprême de la solution élaborée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lefebvre*<sup>51</sup> – solution qui rappelle celle de la même Cour d'appel dans l'arrêt *Nadeau c. Nadeau* en 1977 – pourrait

---

49. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 15.

50. Il n'est pas question ici de savoir si la promesse de vente par un véritable vendeur échappe à la prohibition de l'article 1801, il semble évident que oui. De même, il est clair que si un débiteur promet de vendre à son prêteur advenant défaut, la prohibition de l'article s'applique. L'hypothèse la plus problématique est celle où un emprunteur vend à son prêteur, et que celui-ci promet de revendre une fois l'obligation exécutée en entier.

51. *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326. Voir aussi *Transport International Pool Inc. (TIP) c. St-Georges, Hébert Inc. et Transport Lama et Manutention Ltée*, (19 janvier 2005), Québec 200-09-004559-032 (C.A.).

bien inspirer le Parlement canadien à légiférer pour colmater la brèche ouverte par le traitement différencié réservé au louage en refusant d'y voir avant tout une opération juridique susceptible d'entraîner un effet de garantie réelle. Néanmoins, simplement amender l'article 2 de la *LFI* pour y inclure le louage ne servirait qu'à repousser le problème et à engendrer d'autres coûteux litiges. Ainsi, devant l'éventualité d'une modification de la *LFI*, il faut espérer que le législateur envisagera la question de manière proactive et qu'il ne se contentera pas d'un ajustement cosmétique ponctuel. C'est dans l'espoir de faciliter les futures interventions législatives et judiciaires dans ce domaine que nous nous tournons maintenant vers l'analyse de la figure des sûretés réelles telles qu'elles se présentent en droit québécois.

## II. PHÉNOMÉNOLOGIE DES SÛRETÉS RÉELLES EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Malgré la difficulté de poser une définition téléologique de la sûreté susceptible de fournir un critère efficace pour déterminer, par exemple, si un débiteur devant fournir une sûreté l'a bel et bien fait (art. 2731) ou si un débiteur a diminué les sûretés qu'il a données (art. 1514), il est possible de dégager les qualités principales d'une sûreté réelle dans ses occurrences les plus fréquentes dans le C.c.Q.<sup>52</sup>. Pour ce faire, il faut reconnaître et prendre en compte les deux réalités distinctes que dénote l'usage courant : la sûreté en tant qu'atténuation ou rupture de l'égalité des créanciers sous le gage commun et la sûreté en tant qu'atténuation ou rupture du principe de l'assiette universelle.

Ces deux réalités partagent trois traits fondamentaux. *Premièrement*, elles participent de la même finalité. Comme le suggère la *LFI*, cette finalité est plus large que la simple idée d'une garantie de paiement par préférence telle qu'exprimée par l'article 2646, al. 2. Il s'agit plutôt dans tous les cas de mécanismes qui, soit par essence, soit par leurs effets objectifs, soit en raison de la volonté des parties, permettent d'obtenir l'avantage économique lié au paiement préférentiel d'une obligation vis-à-vis de toute la classe des créanciers chirographaires, peu importe comment cette priorité est acquise.

52. Évidemment la question est générale. La notion de sûreté englobe les sûretés personnelles et les sûretés réelles, et la détermination de la portée de la notion de sûreté personnelle soulève une problématique similaire à la détermination de la portée de sûreté réelle, à savoir s'il existe d'autres sûretés que celle explicitement envisagée comme telle par le Code civil, c'est-à-dire le cautionnement. Nous n'aborderons pas le cas des sûretés personnelles ici. Voir à ce propos l'introduction de M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 9. Voir aussi P. Simler et P. Delebecque qui, comme nous, envisagent la notion de sûreté dans une perspective téléologique, posant la définition de la sûreté comme une « garantie conférée au créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur », *op. cit.*, note 41, au n° 2.

Il est possible qu'un créancier puisse invoquer un statut préférentiel vis-à-vis de la valeur d'un droit dont le débiteur est présentement titulaire, qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'un démembrement, d'un *ius ad rem trans personam* ou d'une créance ou concernant un droit dont le débiteur sera titulaire dans le futur<sup>53</sup>. C'est aussi le cas de droits fondés sur la possession du créancier tels que : l'exception de l'inexécution, le stoppage *in transitu*, le droit de revendication du vendeur et le droit de rétention du cocontractant non vendeur ou d'un droit conçu comme *ius in re* et visant exclusivement le produit de la réalisation, comme la priorité et l'hypothèque.

La préférence peut aussi survenir parce que le créancier est en mesure, par l'effet d'une stipulation contractuelle implicite ou expresse, d'approprier à ses fins propres un bien sur lequel le débiteur a un contrôle apparent (que ce soit en vertu d'un droit présent, mais précaire, ou d'un droit précaire futur). Typiquement, cela est possible parce que le bien n'entre à aucun moment dans le patrimoine du débiteur : le créancier se réserve le titre du bien jusqu'au plein paiement ; le débiteur transfère un bien au créancier jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de son obligation ; le débiteur crée un nouveau patrimoine pour contenir le bien (une fiducie ou une personne morale) ou encore le débiteur fait de son créancier le bénéficiaire d'un droit indépendant (une assurance ou une garantie d'exécution autonome [« *performance bond* »]). Bien entendu dans chacune de ces situations, le débiteur aura habituellement ou bien un droit futur dans le bien (dans le cas de la vente sous condition suspensive, du bail avec option d'achat, de la promesse de vente ou du droit résiduel dans le patrimoine de la fiducie en tant que constituant), ou bien un droit actuel de deuxième ordre (des actions dans la nouvelle compagnie ou des droits comme constituant de la fiducie), ou les deux. D'autre part, le bien peut aussi se trouver dans le patrimoine du débiteur (ou l'avoir déjà été). Ici, la vente par un créancier sous condition résolutoire et les clauses de dation en paiement avec effet rétroactif ou de forclusion sont des exemples classiques.

La deuxième particularité que partagent toutes ces techniques est de faire naître, pour le créancier, une préférence en cas d'insolvabilité par le biais de l'affectation de la valeur d'un bien à la garantie d'une obligation. Un droit de sûreté dans un bien suppose que la sûreté ne grève qu'un ou plusieurs biens définis et qu'elle ne s'exerce que contre ce ou ces biens, et

---

53. Les exemples abondent. On peut penser par exemple à un droit éventuel, à un droit sous condition suspensive, à un droit résiduel en vertu d'une fiducie ou d'une substitution fidéicommissaire ou au plein droit de propriété sujet à l'expiration d'un démembrement quand l'hypothèque porte sur les biens présents et futurs (art. 2669) ou d'un droit de superficie qui profite à la fin du droit au propriétaire du tréfonds par le jeu du droit d'accession.

ce, même lorsque la sûreté est conçue comme s'appliquant à tous les biens présents et futurs d'un débiteur, peu importe leur nature. D'autant plus que même lorsqu'une sûreté prétend s'appliquer à l'universalité des biens du débiteur, elle ne le fait pas vraiment. Certains biens sont insaisissables, d'autres sont saisissables, mais inaliénables, tandis que certains sont saisissables et aliénables, mais ne peuvent pas être assujettis à un droit de sûreté. Ainsi, la spécificité du bien grevé délimite la portée de l'affectation aux fins de la réalisation de la sûreté.

Un corollaire de cette caractéristique est l'exclusion du concept de sûreté des recours généraux dont bénéficient tous les créanciers. Bien qu'ils servent à préserver le gage commun et, ce faisant, peuvent parfois opérer une préférence, des mécanismes tels que les mesures conservatoires, l'action oblique, l'action en inopposabilité, l'action en déclaration de simulation, l'autorité apparente, et ainsi de suite, ne peuvent strictement être qualifiés comme sûreté. Il en va de même pour d'autres mécanismes qui, tels que la priorité du premier créancier saisissant un bien, permettent d'obtenir une préférence lors de la distribution du produit de réalisation, cela même lorsque l'exercice de ces recours par le créancier a un effet s'apparentant à une priorité dans le régime de faillite. La différence réside dans le fait que dans chacune de ces situations, le bien visé n'a pas préalablement été affecté à la garantie de la créance. Il s'en suit donc que les sûretés sont exorbitantes du droit commun<sup>54</sup>.

La *troisième* caractéristique commune réside dans le fait que ces mécanismes sont tous incidents à une obligation. Cette idée est généralement exprimée de façon incomplète comme le rôle d'accessoire vis-à-vis de la créance. Comme nous l'avons vu plus haut, la nature d'accessoire est traditionnellement conçue comme participant de la différence spécifique des sûretés traditionnelles (hypothèque, nantissement) par rapport aux propriétés-sûretés. Cependant, tant en théorie qu'en pratique, rien n'empêche une vente sujette à une faculté de rachat ou sous condition suspensive où la condition est réalisée par le défaut du débiteur de remplir une obligation principale. Cette qualification de la sûreté comme prérogative conditionnelle du créancier de s'approprier un droit dans son entièreté est d'autant plus justifiée maintenant que la prise en paiement fait partie des recours hypothécaires admis par le Code<sup>55</sup>.

54. La même conclusion s'impose en ce qui concerne l'hypothèque légale. Bien qu'elle ne soit pas conventionnelle, elle demeure exorbitante du droit commun en cela qu'elle n'est constituée qu'après sa publication par le créancier et qu'elle ajoute à la simple créance des prérogatives non disponibles aux créanciers chirographaires. Toutefois, le régime particulier des hypothèques de construction diffère. Dans ce cas, l'hypothèque est née et opposable avant d'être publiée (art. 2727) et peut exister sans lien de droit entre le débiteur de la créance (art. 2728). Ainsi, l'hypothèque légale est une sorte de caution réelle légale établie en contrepartie de la plus-value reçue par le propriétaire de l'immeuble.

55. De même, dans le domaine des garanties qui partagent les traits de sûreté personnelle et de sûreté réelle, on constate qu'une garantie d'exécution autonome, la désignation conditionnelle d'un bénéficiaire d'assurance et la désignation du bénéficiaire d'une fiducie peuvent toutes être accessoires à une obligation principale.

Toutefois, cette troisième proposition est plus générale et inclut toutes les situations où un droit dans ou sur un bien est détenu incidemment à une obligation. On peut trouver une sûreté dans toutes les opérations où la titularité d'un droit (typiquement le droit de propriété) est utilisée comme alternative à l'obligation principale, lorsqu'elle sert « d'otage » présent ou conditionnel à la créance principale. Ainsi, le vendeur se réservant le droit de propriété, tout comme le locateur avec ou sans option d'achat, conserve le droit de propriété en attente du paiement de façon similaire à la manière dont le titulaire d'un droit de rétention conserve la possession du bien contre le paiement de sa créance. Par analogie, le vendeur qui a le droit de réclamer la propriété tient ce droit en otage contre l'acheteur, tout comme le fiduciaire qui détient des biens le fait en dernière analyse pour le bénéfice d'un créancier.

On peut donc dégager deux modalités de propriétés-sûretés. La dation en paiement et la faculté de rachat sont des opérations où un droit conditionnel de s'approprier le bien est retenu en guise d'accessoire d'une créance, tandis que dans le cas des ventes à tempérament et sous clause résolutoire, du louage et du crédit-bail, la propriété est retenue par le créancier de manière à se réserver une option secondaire pour satisfaire sa créance.

En somme, on peut dégager de ces caractères une définition des sûretés réelles apte à cerner toutes les institutions impliquant l'affectation d'un bien visé par la paire « sûreté/*security* » telle qu'on la retrouve aux articles 1514 et 2731. Ainsi, nous proposons de définir la sûreté réelle dans les termes suivants :

une sûreté réelle est constituée par l'affectation spécifique et délibérée d'un bien à la satisfaction d'une créance, qui a pour conséquence d'améliorer la situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances du gage commun des créanciers<sup>56</sup>.

## A. L'hypothèque – la rupture de l'égalité des créanciers

On s'entend généralement pour faire de l'hypothèque la sûreté réelle par excellence. Signalons le choix du législateur québécois, suivant la recommandation de l'Office de révision du Code civil, d'employer la notion pour regrouper à la même enseigne la pléthore d'institutions éparses du C.c.B.C.<sup>57</sup>. Bien que l'on puisse soutenir que la refonte de 1991 n'a pas

56. Nous dérivons cette définition de la formulation proposée par le professeur Pierre CROCC dans *Propriété et garantie*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J. 1995, telle que modifiée pour englober toutes les sûretés, tant personnelles que réelles, par Jean-François RIFFARD, « Essai de définition de la notion de sûreté », notes de cours, Faculté de Droit et Science Politique de Clermont-Ferrand [texte non publié].

57. Notamment, l'hypothèque immobilière, l'antichrèse, le transport des loyers, les privilèges immobiliers spéciaux enregistrés tels que le privilège du vendeur et le privilège de construction, le gage, les nantissements sans dépossession, la cession générale des créances, les privilèges

été suffisamment audacieuse, ce choix du législateur de réunir au sein d'une même institution toutes les sûretés réelles dénote déjà une appréciation accrue de la parenté conceptuelle qui unissait des multiples techniques de garanties réelles<sup>58</sup>.

Comme nous le mentionnions plus haut, le régime d'exécution des obligations s'organise autour de deux grands principes : l'égalité des créanciers et l'assiette universelle. Or, les institutions qui ont été regroupées au sein de la notion d'hypothèque ont toutes en commun d'intervenir au niveau du premier de ces principes en permettant au créancier d'obtenir un paiement plus important que la part qui serait la sienne en fonction de l'application de la règle de distribution *pari passu* consacrée à l'article 2646. Néanmoins, comme l'indique l'article 2647, l'hypothèque n'épuise pas les « causes légitimes de préférences ». Le concept de priorité, remplaçant les nombreux privilèges de l'ancien droit, participe lui aussi de cette logique, bien qu'à l'exception de la priorité des municipalités et des commissions scolaires<sup>59</sup>, il ne partage que peu des caractères propres à l'hypothèque<sup>60</sup>.

Toutefois, les différentes modalités que peut ensuite prendre l'hypothèque, par exemple, qu'elle soit conventionnelle ou légale, ne modifient pas cette caractéristique fondamentale qui vient donner son unité à toute la catégorie. Cela dit, il apparaîtra opportun de soulever la question à savoir si l'hypothèque du C.c.Q. constitue véritablement une notion unitaire, ou si elle ne vient pas plutôt fédérer sous une même appellation des

---

mobiliers, et les sûretés sous la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* et la *Loi sur les connaissements, les reçus et la cession des biens en stock*. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 8.

58. On peut se demander si le législateur aurait dû inventer un nouveau concept et lui attribuer un nouveau nom, tel que le « security interest » de l'article 9 du UCC américain pour mieux signaler son intention de remanier les assises, l'étendue et les effets des sûretés réelles. Quoi qu'il en soit, à part quelques hésitations quant à l'applicabilité de certains principes de l'ancien droit des hypothèques immobilières (notamment, la spécialité en ce qui concerne les obligations futures et indéterminées), le mot réussit à réaliser l'objectif voulu. Voir, sur ce dernier point, Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante! », (1995) 97 *R. du N.* 450-470. Comparez avec Jacques AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 607.
59. C.c.Q., art. 2654.1. Cet article a été inséré après coup et sans trop de réflexion par le législateur en 1999 pour répondre au jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612, p. 2633 (C.A.) refusant un droit de suite à la priorité des municipalités. *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90, art. 42-43.
60. Rappelons que, par contraste avec l'hypothèque, la priorité ne donne pas un droit de suite, ne donne pas accès aux recours spéciaux et n'a pas besoin d'être publiée. Voir les art. 2650-2657 C.c.Q. Il est paradoxal que, pour pallier les déficiences du régime des privilèges du C.c.B.C., le législateur ait transformé le privilège de construction en hypothèque légale dotée d'un rang prioritaire qui ne dépend pas de sa date d'enregistrement (article 2952), tandis que pour les privilèges des municipalités il a décidé de retenir le vocable de priorité pour assurer un rang supérieur à la créance, mais a dû lui ajouter ensuite le droit de suite normalement réservé aux hypothèques légales, et ceci sans imposer en même temps l'obligation de publicité.

institutions qui, malgré leur parenté conceptuelle, demeurent distinctes dans leur fonctionnement. Sommes-nous, comme on l'a souvent prétendu en matière d'obligations, devant une unité conceptuelle et une dualité technique<sup>61</sup>? Commençons par une brève analyse des caractères de l'hypothèque en tant que sûreté modèle.

### 1. *Caractères de l'hypothèque*

C'est à l'article 2660 que l'on retrouve l'hypothèque définie comme :

un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation ; elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé dans ce code.

a real right on a movable or immovable property made liable for the performance of an obligation. It confers on the creditor the right to follow the property into whosever hands it may be, to take possession of it or to take it in payment, or to sell it or cause it to be sold and, in that case, to have a preference upon the proceeds of the sale ranking as determined in this Code.

Examinons brièvement les différents éléments de cette définition pour esquisser un portrait de l'hypothèque comme institution permettant de créer un lien entre un bien, une obligation, un créancier et un débiteur.

Traditionnellement, l'un des attributs fondamentaux de l'hypothèque était son caractère de droit réel. Aujourd'hui, même si la variété d'objets qu'elle peut grever défie la conception classique du droit réel, il faut néanmoins reconnaître que, quant à sa structure, l'hypothèque illustre bien l'idée du droit réel comme droit dans une « chose », en l'occurrence le droit du titulaire sur le bien grevé. L'un des axes de la relation juridique complexe mise en place par l'hypothèque implique un créancier et un droit. Ainsi, peu importe la qualification du droit comme réel ou personnel, l'hypothèque vise en premier lieu l'affectation de la valeur patrimoniale de ce droit<sup>62</sup>.

Nous venons de relever dans le bien grevé l'un des pôles de l'hypothèque. L'obligation garantie en est un autre. L'existence, au moins potentielle, d'une obligation déterminée à garantir, indépendante de

61. Voir Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuels et délictuels de la responsabilité en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501, p. 503. Cela dit, en ce qui concerne notre analyse des hypothèques, nous mettrons en lumière une pluralité technique des régimes, plutôt qu'une simple dualité.

62. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 30, p. 806 : « La spécificité du droit réel tient tout entière dans l'existence de ce rapport bipartite entre une personne et une chose, dans le fait qu'il n'y a rien ni personne entre le sujet et l'objet du droit ».

l'hypothèque est essentielle à la constitution de cette dernière et lui confère son caractère accessoire<sup>63</sup>.

Le droit de suite et les recours spéciaux annoncés à l'article 2660 nous dirigent vers un troisième élément de l'hypothèque: les prérogatives renforcées qu'elle confère aux créanciers. L'article 2733 exprime de la manière la plus générale la position du Code civil, en énonçant que le débiteur peut disposer des biens grevés sans porter atteinte aux droits du créancier hypothécaire. L'hypothèque publiée suit le bien et l'acquéreur le prend sujet aux droits du créancier<sup>64</sup>. En plus, comme l'indique l'article 2748, les créanciers disposent, en plus de leurs actions personnelles et des mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile, de quatre recours spéciaux, exclusivement associés à l'hypothèque. Même si l'hypothèque sur créance et l'hypothèque des courtiers en valeurs mobilières ne sont pas directement sujettes aux modes de réalisation énoncés aux articles 2660 et 2748, elles ne sont pas véritablement des exceptions à ce principe puisque les droits de réalisation conférés sont aussi exorbitants du droit commun<sup>65</sup>.

Il faut aussi s'attarder à ce que la définition de l'article 2660 ne donne pas directement à voir, notamment l'impact de la qualification du débiteur de l'hypothèque. En effet, il y a peu de distinctions plus profondément ancrées en droit québécois des sûretés que celle qui s'intéresse au statut de la personne titulaire du bien à hypothéquer. Ainsi, ce n'est pas en raison de la nature mobilière d'un bien qu'une personne physique ne peut en extraire la valeur par le biais de l'hypothèque sans dépossession, mais bien parce qu'elle n'exploite pas une entreprise<sup>66</sup>. De même, certains

---

63. L'article 2661 nous indique que l'hypothèque ne peut pas survivre à l'extinction de l'obligation qu'elle garantit. Néanmoins, une hypothèque peut garantir une obligation dont la valeur à un moment donné dans le temps est nulle (article 2797). En plus, elle peut garantir une obligation qui ne s'est pas encore concrétisée (article 2688), dans la mesure où l'autre formalité liée à l'obligation est respectée, soit la détermination de sa valeur (article 2689, al. 2).

64. Art. 2663. Toutefois, d'importantes exceptions existent en matière de biens meubles. En vertu des articles 2674, 2700 et 3106, visant le débiteur qui aliène les biens mobiliers grevés dans le cours de ses affaires, la solution retenue par le législateur pour que l'hypothèque ne porte pas entrave au commerce n'est pas celle du droit de suite, mais bien celle de la subrogation réelle. En effet, l'hypothèque ne suit pas le bien aliéné, mais se reporte plutôt sur les produits de cette vente, pour autant qu'ils demeurent identifiables. Voir *infra* pour une discussion de l'importance de ce principe.

65. L'hypothèque sur créance est exécutoire dès sa constitution, et ce, contrairement aux autres hypothèques qui supposent pour être réalisées que le débiteur soit en défaut et que la créance garantie soit liquide et exigible (articles 2743-2747). Il en va de même pour l'hypothèque dont un courtier en valeurs mobilières est titulaire portant sur des valeurs qu'il détient. Selon l'article 2759, il peut les prendre en paiement ou les vendre sans donner le préavis prévu à l'article 2758, al. 2.

66. Art. 2683. Pour d'autres limitations concernant les hypothèques sur les universalités, l'hypothèque ouverte et les hypothèques sur les connaissements, voir les art. 2684-2686.

recours ne sont disponibles qu'à l'encontre de biens appartenant à une entreprise<sup>67</sup>. Enfin, en matière de sûretés réelles, ce sont en majorité des principes de droit commercial que l'on trouve dans le Code civil, alors qu'une partie importante des règles qui concernent les personnes physiques et, de ce fait, intéressant le droit civil, se voit reléguée dans une loi particulière: la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>68</sup>.

Si ces diverses distinctions sont révélatrices du fait que, malgré la lisse uniformité suggérée par l'article 2660, l'appellation « hypothèque » cache plusieurs mécanismes de garantie, elles ne nous fournissent pas de critère fonctionnel pour cerner en quoi exactement consiste cette diversité, et quelles en sont les conséquences.

## 2. Une typologie fonctionnelle des hypothèques

En présentant les attributs de l'hypothèque, nous avons relevé les quatre éléments – bien, obligation, créancier, débiteur – qui donnent à cette institution sa spécificité, mais qui, du même coup semblent indiquer que l'hypothèque pourrait ne pas être aussi unitaire que ne le laisse entendre l'article 2660. Le Code lui-même énonce certaines distinctions plutôt formelles: quant à la *source*, on retrouve la distinction entre l'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle; quant au *mode de constitution*, le code distingue entre l'hypothèque créée par dépossession du débiteur, par écrit plutôt que par acte notarié; quant au *mode de publicité*, on retrouve la distinction entre l'hypothèque avec dépossession et l'hypothèque sans dépossession; quant à *son objet*, (a) entre l'hypothèque mobilière et l'hypothèque immobilière, (b) entre l'hypothèque sur un bien conçu individuellement et l'hypothèque sur une universalité des biens, (c) entre l'hypothèque sur un bien corporel et l'hypothèque sur un bien incorporel, et quant à *sa prise d'effet*, entre l'hypothèque ordinaire et l'hypothèque ouverte. Pourtant, bien que pertinentes, la plupart de ces distinctions ne vont pas au fond de la nature de l'hypothèque.

Pour saisir la véritable polysémie de la notion d'hypothèque en droit civil québécois, nous ferons plutôt appel à la distinction entre la valeur d'usage et la valeur d'échange d'un bien. Cette dichotomie, exposée au tout premier chapitre du *Capital* de Karl Marx<sup>69</sup>, est connue des

67. Seules la prise en paiement et la vente judiciaire peuvent être exercées contre n'importe quel débiteur, alors que la prise en possession et la vente de gré à gré ne sont disponibles qu'en regard des biens appartenant à un débiteur exploitant une entreprise (voir les arts. 2773 et 2784).

68. L.R.Q., c. P-40.1.

69. Précisons pour rassurer ceux qui s'inquièteront de voir Marx s'immiscer dans le domaine des sûretés québécoises que c'est au fin observateur du capitalisme et non au prophète du communisme que nous faisons ici appel pour tenter de saisir une des lignes de force de l'organisation du droit des sûretés. Karl MARX, *Le capital*, vol. 1, trad. Jean Roy, coll. Champs, Paris, Flammarion, 1985, p. 38 et *sq.*

économistes de toutes les écoles mais absente des textes législatifs au Québec. Néanmoins, elle est fondamentale à l'idée même de sûreté et, comme nous le verrons, elle est déjà largement opérante dans la façon dont le Code traite différents types d'hypothèques.

Au sein de l'organisation économique actuelle, les biens mènent une double vie. D'une part, ils sont pourvus d'utilités de jouissance et, malgré que le XX<sup>e</sup> siècle ait été marqué par une « dématérialisation » des biens et de la richesse, cette façon d'envisager les biens correspond à l'expérience que la plupart des gens en ont. Si je suis propriétaire d'une chaise, je peux en profiter en m'y asseyant, en la louant pour qu'un autre s'y asseye ; je peux aussi la brûler pour me chauffer ou la vendre. Déjà, si j'exerce ma prérogative d'*usus* en louant ma chaise à un tiers, ou ma prérogative d'*abusus* en vendant ma chaise à un tiers, ce que j'en retire n'est pas du même ordre que ce que me procure la chaise si je m'y assois ou si je la brûle.

La location et la vente de la chaise révèlent une autre facette d'un bien que celle de la jouissance : celle de sa valeur d'échange (ou valeur marchande). Ainsi, lorsque mon acheteur et moi convenons d'un prix de vente, ma chaise devient une marchandise, elle acquiert une valeur d'échange reflétant la valeur économique de mon droit d'*abusus*. De même, lorsque mon locataire et moi convenons d'un loyer, la jouissance que je peux tirer de ma chaise devient à son tour marchandise et la valeur quantifiée que représente le loyer exprime la dimension économique de mon droit d'*usus*<sup>70</sup>.

Dans l'actuel circuit économique des biens, la valeur d'échange est fondamentale. Alors que dans les sociétés que l'on qualifie de précapitalistes on vise surtout le déploiement optimal des biens dans leur matérialité, de nos jours l'économie et la finance font abstraction de la matérialité des biens ou de l'usage que l'on peut en faire personnellement pour s'intéresser principalement à la maximisation de leur utilité en tant que valeurs d'échange<sup>71</sup>.

Pour certains biens (et pour certains titulaires de droits sur ces biens), c'est la dimension d'usage qui domine. Pour d'autres, c'est définitivement la valeur d'échange qui l'emporte. Néanmoins, au sein de notre système économique il s'agit des deux faces d'une même pièce (une pièce de monnaie qui peut être un objet unique, tant par sa valeur de souvenir de

70. Il faut aussi noter que les éléments de la valeur d'échange sont, tout comme ceux de la valeur d'usage, multiples. Si je vends des billets à ceux qui veulent me voir brûler ma chaise, j'en tire aussi une valeur d'échange. De même si je loue la chaise pour sa vie utile, sa valeur locative vient exprimer sa valeur d'échange. Hernando de SOTO relève cette distinction comme l'un des « mystères du capitalisme » dans *The Mystery of Capital – Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York, Basics Book, 2000, au chap. 3.

71. On constatera aisément la distance qui sépare les deux visions en consultant un traité d'économie issue de l'Antiquité, par exemple XÉNOPHON, *Économique*, Paris, Les Belles Lettres, 1949.

famille que par sa rareté en tant qu'objet de collection ou encore le bien fongible par excellence, simple support de valeur). Ainsi, je peux profiter de ma chaise en la louant pendant quelque temps, m'y asseoir ensuite et enfin décider de la vendre.

Toutefois, cet exemple demeure simpliste puisqu'il laisse entendre qu'il faut faire un choix entre la valeur d'usage et la valeur d'échange, qu'elles ne peuvent que se succéder entre mes mains. Or, la manière actuelle de représenter les utilités que nous pouvons tirer des biens (que leur objet soit corporel ou non) est plus sophistiquée et certaines institutions juridiques, telle l'hypothèque, nous permettent maintenant de considérer la valeur d'échange comme une prérogative du droit de propriété au même titre que les droits réels de jouissance.

En d'autres termes, de la même manière que les modalités et les démembrements du droit de propriété établissent une répartition des différentes utilités de jouissance d'un bien, l'hypothèque permet d'ajouter la valeur d'échange d'un bien « en tant que telle » à cette répartition. Ainsi, le professeur Frenette n'hésite pas à faire de l'hypothèque un démembrement innommé du droit de propriété<sup>72</sup>. Il s'agit certes d'une position peu orthodoxe. Toutefois, force est de reconnaître qu'elle offre un grand potentiel heuristique pour expliquer comment l'hypothèque véhicule l'idée de l'indépendance de la double valeur économique d'un bien<sup>73</sup>.

Cette distinction se manifeste aussi entre les lignes des articles 2733 et 2734 du Code. Bien que l'article 2733 ne mentionne explicitement qu'un seul terme de l'équation – les utilités de jouissance –, la précision qu'il apporte en affirmant que l'hypothèque n'en dépouille ni le constituant ni le possesseur marque bien la distinction entre valeur d'usage et valeur économique. La valeur économique reprend ensuite l'avant-scène à l'article 2734 où sont énoncés les devoirs du constituant vis-à-vis du bien, mais aussi vis-à-vis de la valeur du bien, véritable « objet » de l'hypothèque.

On peut ainsi esquisser une classification des hypothèques en fonction de deux caractères principaux qu'elles peuvent refléter avant le défaut du débiteur. D'abord, l'on cherchera à savoir qui, du constituant ou du créancier, détient la possession utile du bien, c'est-à-dire le contrôle de la valeur d'usage. Ensuite, l'on se demandera lequel de ces deux acteurs a la maîtrise de la valeur d'échange du bien. En imaginant les diverses façons

72. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 30, p. 811. Bien qu'il ne s'avance pas quant à sa qualification précise, John B. Claxton soutient lui aussi que l'hypothèque est un bien : « The Corporate Trust Deed under Quebec Law: Article 2692 of the Civil Code of Quebec », (1997) 42 *R.D. McGill* 797, p. 844.

73. Cette conception de la nature juridique de l'hypothèque a cependant été rejetée par la jurisprudence sous le C.c.B.C : *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Marcano*, [1990] R.D.I. 6 (C.A.). Reste à voir si elle fera surface sous le C.c.Q. à la lumière des modifications subtiles mais profondes du droit des biens.

de répartir ces deux caractères, on obtiendra ainsi quatre types d'hypothèques, chacune traitée différemment par le législateur – tant au niveau de leur constitution que de leurs effets : le gage, l'hypothèque de créance, l'hypothèque sans dépossession sur un bien matériel, et l'hypothèque ouverte (à laquelle on ajoute l'hypothèque sur un bien meuble destiné à être vendu dans la cour ordinaire des affaires d'une entreprise).

#### *a. L'hypothèque avec dépossession – le gage*

Abordons un premier type, le gage, où le créancier maîtrise la valeur d'usage, mais ne touche qu'une partie de la valeur d'échange avant le défaut du débiteur. Dans le droit romain du gage (*pignus*), non seulement le bien était-il donné en garantie d'une obligation, mais il augmentait en quelque sorte la somme d'intérêts versés par le débiteur puisque le créancier était aussi libre d'en faire usage. De nos jours, le gage demeure le plus onéreux des types d'hypothèque puisqu'il prive le débiteur de la grande majorité de ses droits de jouissance sur le bien grevé. De ce fait, l'utilité économique se voit presque entièrement dissociée des utilités classiques.

Toutes les utilités autres que les fruits – le droit d'usage, le droit de détruire ou de détériorer le bien – sont paralysées par le gage, et ne profitent à personne avant le défaut du débiteur, à moins que le créancier n'obtienne du constituant la permission d'utiliser ou « d'abuser » le bien (art. 2736)<sup>74</sup>. L'utilité classique du *fructus* semble à première vue être divisée entre fruits et revenus. Toutefois, bien que le Code réglemente ensemble les fruits et les revenus, il est incertain si tous les deux sont le reflet du *fructus*. Sauf stipulation contraire, les fruits (art. 910, al. 2) du bien doivent être remis au constituant, alors que le créancier percevra les revenus (art. 910, al. 3) et devra les imputer à l'obligation garantie (art. 2737). Il n'est pas anodin que les fruits aient une dimension matérielle plus marquée que les revenus, qui eux reflètent plus la valeur d'échange du bien. Le législateur suit aussi cette ligne de partage en assimilant, aux fins des hypothèques où le bien est détenu par le créancier, le prix de rachat des valeurs mobilières à un revenu (art. 2738)<sup>75</sup>. En d'autres termes, le

74. Bien que cette permission d'user ne soit pas normalement donnée au créancier gagiste d'une chose matérielle telle qu'une automobile, il en va autrement en ce qui concerne les valeurs mobilières. C'est le créancier gagiste qui s'approprie par convention le droit de voter des actions, d'échanger le titre et d'exercer les « options » s'il devient opératoire pendant sa détention. Voir PAYETTE, *op. cit.*, note 27 aux n<sup>os</sup> 1003-1009.

75. Les articles 2737 et 2738 reflètent l'incertitude du droit civil face aux revenus. Est-ce que les revenus sont le reflet en argent du *fructus*, ou plutôt le reflet en argent de l'*usus* donné à autrui, le loyer par exemple ? La réglementation distincte des hypothèques sur créance et les prérogatives accordées au créancier d'une telle hypothèque selon les articles 2743 et 2744 laissent croire que c'est plutôt cette dernière que l'on vise en matière de gage.

créancier gagiste va normalement bénéficier d'une partie (quoique négligeable) de la valeur d'échange du bien par le biais des revenus, mais non pas de sa valeur d'usage qui est soit entièrement paralysée (le droit d'utiliser le bien), soit réservée au constituant (fruits).

Du point de vue de l'exploitation des biens – tant du point de vue de la valeur d'usage que de l'exploitation de la valeur d'échange – le gage est donc une technique peu efficiente. Elle entraîne des dépenses de préservation et paralyse la grande majorité des utilités de jouissance du bien, tout cela pour que le débiteur ne soit en mesure que de profiter d'une partie de son utilité économique. Par contre, le gage protège mieux le droit de suite et empêche le débiteur de détruire le bien ou de le détériorer. D'autre part, puisqu'il est créé sans écrit, il est rendu public à peu de frais par la simple détention. Finalement, il offre une grande protection au créancier et facilite la réalisation de la sûreté en permettant à celui-ci d'éviter l'étape du délaissement<sup>76</sup>.

### *b. L'hypothèque sur une créance*

L'hypothèque sur une créance, en contraste avec le gage, donne immédiatement au créancier à la fois la maîtrise de la valeur d'usage et de la valeur d'échange<sup>77</sup>. Elle vise, en principe, des biens qui sont dépourvus de jouissance matérielle puisqu'au sens strict, le droit d'exiger une prestation ne procure en lui-même aucune utilité de jouissance<sup>78</sup>. Ainsi, sauf stipulation contraire, cette modalité de l'hypothèque dépouille le constituant de tout contrôle sur les biens grevés. Les considérations de préservation de la valeur d'usage pour le propriétaire ou le titulaire du bien sont mises de côté, offrant ainsi une flexibilité accrue. C'est pourquoi le Code ne fait pas de distinction entre les revenus (les intérêts) et le capital de la créance (art. 2743, al. 1). Tous deux sont perçus indifféremment par le créancier.

Dès la création de l'hypothèque sur une créance, le créancier a la possession utile de la créance, et ceci même quand l'hypothèque n'est pas

76. Quoique l'antichrèse (le nantissement immobilier) n'existe plus comme institution distincte, rien n'empêche une convention entre débiteur et créancier reproduisant effectivement tous ses caractères touchant la possession, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* de l'hypothèque mobilière avec dépossession, sauf deux : il faut toujours un acte notarié en minute pour la constituer et il faut la publier pour obtenir l'opposabilité aux tiers.

77. Ce principe s'applique nonobstant la cause de la créance et nonobstant, dans le cas d'une créance provenant d'un bail, que le bien loué soit un immeuble (article 2695).

78. Toutefois, il faut signaler que l'usage du Code n'est pas exact. La notion de créance en droit civil englobe aussi les *ius ad rem trans personam* (un droit de louage par exemple) procurant à leur titulaire une jouissance, bien que la jouissance (et la créance) dépende du support matériel du bien sur lequel porte le droit. Il faut donc restreindre la portée de cette notion d'hypothèque sur créances aux situations où le bien hypothéqué est l'obligation de payer une somme d'argent.

créée par la remise du titre – c'est-à-dire n'est pas une hypothèque avec dépossession. Aussi, il est automatiquement autorisé à percevoir les revenus et le capital, avant même que l'obligation garantie ne soit due ou que le débiteur ne soit en défaut (art. 2743, al. 2)<sup>79</sup>. Le fait qu'il n'existe aucun délai pour l'exercice des droits hypothécaires, même dans les situations où le créancier a préalablement autorisé le débiteur à percevoir la créance nonobstant l'hypothèque (art. 2744 et 2745), explique pourquoi il est nécessaire de publier une hypothèque sur une universalité de créances par inscription, même lorsqu'elle est constituée par la remise du titre (art. 2711).

Dans les situations où la créance hypothéquée est un droit personnel susceptible de procurer une jouissance à son titulaire, qu'il s'agisse d'un bail, d'une licence en vertu de la *Loi sur les brevets*, ou d'un contrat de service, il est plus difficile de justifier l'exercice immédiat des droits du créancier hypothécaire, étant donné que le débiteur voudra normalement jouir du bien (objet, droit ou prestation) par rapport auquel il a un tel droit. Devant de telles circonstances, on constate que l'utilisation du mot « créance » aux articles 2743-2747 n'est pas celle qu'on retrouve ailleurs au Code civil. En fait, puisque l'article 2743 fait référence aux revenus produits par la créance, il laisse entendre que si la créance procure une jouissance plutôt que des revenus le régime ordinaire des hypothèques va s'appliquer<sup>80</sup>. Une caractéristique factuelle du bien (le paiement des revenus) et non pas son caractère juridique (un droit personnel) viendrait donc fixer le régime juridique applicable<sup>81</sup>.

### c. *L'hypothèque sans dépossession sur un bien matériel*

L'hypothèque sans dépossession sur un bien corporel permet au constituant de libérer une partie de la valeur économique d'un bien pour le donner en garantie sans pour autant se priver de ses utilités de jouissance.

79. On voit que l'article 2743, al. 1 généralise, pour toutes les hypothèques sur créances (avec ou sans dépossession), les règles énoncées par l'article 2737, al. 2 (concernant les revenus) et l'article 2738 (concernant la transformation d'un titre en valeur de rachat) en matière de gage.

80. Le cas des valeurs mobilières – actions et titres d'obligation – est plus difficile à cerner. Les premières sont sujettes au régime ordinaire de réalisation (étant donné qu'elles ont à la fois une valeur d'usage et une valeur d'échange, tandis que les dernières sont des créances au sens de l'article 2743 et *sq.* Dans l'un et l'autre cas, néanmoins, il faut noter que certaines prérogatives spéciales sont accordées au courtier en valeurs mobilières pour faciliter la réalisation de sa garantie (article 2759).

81. En d'autres termes, lorsque l'objet de l'hypothèque est un droit personnel par rapport à un bien (*ius ad rem trans personam*) ou par rapport à une prestation de services, le Code assimile plutôt ce droit personnel à un droit réel de jouissance tel que l'usufruit, imposant le mode de réalisation de l'article 2748 plutôt que celui des articles 2743-2747. Il en est de même pour la réalisation des droits personnels autres que ceux où le débiteur de l'hypothèque constitue la sûreté sur son droit de recevoir une somme d'argent (des revenus).

Il s'agit donc d'une situation où le créancier n'a la maîtrise ni de l'*usus*, ni du *fructus*. Le créancier ne contrôle, quoique de manière assez restreinte, que le droit d'*abusus* et la valeur d'échange<sup>82</sup>. Dans le domaine immobilier, ce type d'hypothèque est la norme puisque c'est la façon de financer des acquisitions importantes dont on veut profiter immédiatement ou d'obtenir un crédit sans se départir d'un actif dont la jouissance matérielle et la valeur d'usage pour le débiteur sont aussi importantes que sa valeur d'échange. La confirmation de ce principe se trouve dans le fait que le débiteur pourra jouir pleinement du droit d'usage de son bien, que les fruits profitent au débiteur et que les revenus – le reflet en argent du droit d'*usus* – sont dissociés complètement de la valeur en capital. Ils peuvent être hypothéqués (quoique comme hypothèque immobilière) indépendamment du bien qui les génère (art. 2695)<sup>83</sup>.

D'autant plus qu'en matière mobilière, le créancier porte une part plus importante de risque, il doit exercer un contrôle et un suivi plus serré de son investissement pour être en mesure de faire valoir son droit sur la valeur d'échange. C'est parce que, sauf exception pour les véhicules routiers, la publicité est organisée autour du nom du débiteur et non pas contre le bien hypothéqué. Lorsque le créancier veut se prévaloir de son droit de suite, il lui faut éventuellement procéder à un réenregistrement de son droit pour le conserver lorsque le bien meuble est aliéné hors des activités de l'entreprise (art. 2700)<sup>84</sup>. Par contraste avec le gage et l'hypothèque sur créances, l'hypothèque sans dépossession comporte donc une atténuation (non pas juridique, mais factuelle) du droit de suite du créancier. De plus, les formalités entourant la constitution (par écrit, parfois par acte notarié, publication par enregistrement) sont plus lourdes que pour le gage, et la réalisation (préavis, demande de délaissement) est plus exigeante que celle des deux autres espèces d'hypothèque déjà notées<sup>85</sup>.

82. Bien que les exemples donnés ont tous trait à la situation où c'est le droit de propriété dans le bien matériel qui est sujet à l'hypothèque, la logique s'applique aussi à l'hypothèque d'une emphytéose, d'un usufruit, et comme on vient de l'expliquer, à un droit personnel de jouissance (*ius ad rem trans personam*). Avant le défaut du débiteur, le créancier n'obtient pas la jouissance (la valeur d'usage) du droit hypothéqué, mais uniquement un contrôle sur la valeur d'échange. Comparer les articles 2669 et 2670.
83. Deux autres points méritent d'être signalés. D'abord, c'est uniquement l'hypothèque du droit d'*usus* reflété par les revenus qui est considérée immobilière – l'hypothèque des fruits naturels produits par un immeuble est mobilière (souvent par anticipation selon l'article 2698). Ensuite, il est à noter que la même dissociation des deux éléments de la valeur d'échange est présente dans le domaine des hypothèques mobilières. Un débiteur peut hypothéquer son automobile, et en même temps hypothéquer indépendamment les revenus provenant de la location de ce bien. Et enfin, un débiteur peut hypothéquer sa vache et en même temps hypothéquer indépendamment le lait qu'elle produit, ainsi que les revenus provenant de la location de l'animal.
84. La réinscription n'est nécessaire que lorsque le créancier est au fait de la disposition. Toutefois, les droits du tiers sous-acquéreur sont protégés contre le créancier qui n'a pas inscrit son droit sous le nom du vendeur, notamment à la lumière du délai de prescription acquisitive des meubles de trois ans (art. 2919).
85. En matière de gage la seule différence se trouve dans le fait que le créancier est déjà en possession du bien et ne doit pas en demander le délaissement (comparer l'article 2764).

L'hypothèque sans dépossession permet presque le plein épanouissement du bien en faveur de celui qui en est titulaire. Seul le droit d'*abusus* matériel est limité: le débiteur ne peut ni détruire, ni détériorer, ni diminuer sensiblement la valeur d'échange<sup>86</sup>. On pourrait donc conclure que cette espèce d'hypothèque reflète l'idée qu'avant le défaut de son débiteur le seul intérêt du créancier réside dans la protection de son droit éventuel de s'approprier la valeur d'échange du bien hypothéqué en sa faveur. Sa garantie porte sur le bien visé uniquement sous l'angle de sa valeur marchande lors d'une éventuelle réalisation en nature. Cette valeur est toutefois acquise au créancier dès le défaut de son débiteur et comprend alors le droit de percevoir les revenus (art. 2768 et 1302)<sup>87</sup>.

*d. L'hypothèque ouverte et l'hypothèque sur les biens aliénés dans le cours des affaires (ou l'hypothèque hypothétique)*

L'hypothèque ouverte et l'hypothèque grevant un bien ou une universalité de biens destinés à être aliénés dans le cours des affaires d'une entreprise illustrent la distinction entre valeur de jouissance et valeur économique d'une manière intéressante. Elles traitent tous les biens auxquels elles s'appliquent comme des valeurs d'échange dans l'abstrait, sans référence à la jouissance matérielle ni même à la valeur d'échange envisagée comme prix de réalisation. Toutefois, à l'opposé de l'hypothèque sur créances, où l'on a vu une semblable mise entre parenthèses de la valeur d'usage par son attribution immédiate au créancier, ces deux mécanismes sont structurés de façon à ce qu'avant défaut, le créancier ne profite que d'un droit très atténué sur la valeur d'échange. On s'assure ainsi que cette valeur d'échange puisse être exploitée avec le moins de restriction possible par le débiteur (l'entreprise qui l'a constituée)<sup>88</sup>.

Les biens ainsi grevés sont avant tout considérés comme des biens fongibles destinés à être mis au service des finalités économiques de l'entreprise, soit en tant qu'inventaire, soit en tant qu'équipements qui seront éventuellement remplacés. Ces biens sont donc envisagés plus en tant que flux économique qu'en tant que biens déterminés. On comprend ainsi bien pourquoi l'hypothèque ouverte suspend ses effets les plus importants jusqu'à la clôture (art. 2715 et 2716) tandis que l'hypothèque des biens

86. Sauf, bien sûr, dans le cas de l'utilisation normale du bien, en cas de nécessité ou avec la permission du créancier hypothécaire (article 2734, al. 1).

87. En d'autres termes, l'hypothèque sans dépossession sur un bien matériel est toujours conçue comme une hypothèque sur le bien tel que reflété par son prix de réalisation.

88. Dans les deux cas, seules les entreprises sont visées (articles 2684 et 2686, ainsi que l'article 2674). On notera que c'est l'hypothèque ouverte sur une universalité de biens qui confère le plus de liberté au constituant (article 2721), tandis que c'est l'aliénation dans le cadre des affaires d'une entreprise d'un bien spécifique qui lui impose le plus de restrictions (article 2674, al. 2).

destinés à l'aliénation dans le cours des affaires n'est pas assortie d'un droit de suite, mais plutôt d'un mécanisme de subrogation réelle (art. 2674)<sup>89</sup>.

Dans le cas de l'hypothèque ouverte, sauf stipulation contraire dans le contrat constitutif, le constituant conserve toutes les prérogatives de jouissance sans exception<sup>90</sup> alors qu'en ce qui concerne l'hypothèque des biens destinés à être aliénés dans le cours des affaires d'une entreprise, à part le droit de détruire le bien (art. 2734), toutes les prérogatives de jouissance demeurent avec le constituant – le droit d'usage, le droit aux fruits, et bien sûr, le droit d'aliéner. De plus, dans les deux cas, toutes ces prérogatives, y compris le droit de détruire, passent ensuite à celui qui les achète, libre de toute charge. Ainsi, dans l'un et l'autre cas, nous sommes en mesure de dire que la relation d'hypothèque suit ce qui constitue véritablement son objet : la valeur d'échange abstraite du bien grevé, plutôt que de s'attarder à son enveloppe mondaine – simple support matériel<sup>91</sup>. Cette idée est aussi apparente dans quelques autres articles du Code. Les articles 2676, 2677 et 2679, al. 2 sont trois exemples des situations où l'hypothèque grève la valeur d'échange comme abstraction économique – produit de l'assurance, transformation des valeurs mobilières, soulte due après partage – et non pas comme valeur d'échange concrète lors d'une réalisation.

### 3. *Les autres causes de préférences*

L'hypothèque est conçue comme l'expression paradigmatique de la notion de sûreté réelle en droit québécois. Cependant, comme on l'a vu, elle n'est pas la seule cause de préférence disponible en vertu du droit commun. Deux autres mécanismes de garantie peuvent en effet être qualifiés de sûretés, quoiqu'ils ne réalisent que partiellement la fonction de sûreté. Les priorités et le droit de rétention sont des sûretés réelles imparfaites. Comme l'hypothèque légale, tous deux naissent par opération de la loi dans des circonstances définies par le législateur.

Les priorités accordent à leur titulaire le paiement préférentiel de certaines créances jugées prioritaires par le législateur. La préférence conférée par les priorités l'emporte, hormis la faillite du débiteur, sur toute autre

89. Il est à noter que même après cristallisation, le constituant peut continuer à vendre dans le cours ordinaire des affaires (article 2719, *a contrario*).

90. Il se peut que le simple fait de constituer l'hypothèque suffise, néanmoins, à paralyser le droit de détruire le bien. Tout dépend du sens qu'on donne à la phrase « certains effets sont suspendus » de l'article 2715, al. 1.

91. Nous utilisons l'expression support matériel pour illustrer notre propos, mais il faut bien comprendre que cette logique s'applique, peu importe que le bien grevé soit corporel ou incorporel. On peut ainsi imaginer une hypothèque sur un droit d'usufruit ou sur un bail. Dans ce cas, si le constituant transige dans le cours ordinaire de ses affaires des usufruits et des baux, l'hypothèque ne grèvera pas le droit réel de jouissance ou le droit personnel de jouissance. Elle grèvera plutôt la valeur d'échange de ces droits.

source de préférence au moment de la vente forcée d'un bien. Elles prennent rang avant toutes les autres sûretés (art. 2650 et 2657), mais ne sont pas assorties d'un droit de suite, ni d'un droit de subrogation<sup>92</sup> et elles ne donnent au créancier qui en est titulaire aucun accès aux recours exorbitants du droit commun<sup>93</sup>. Ainsi, l'on peut envisager la priorité comme une valeur d'échange *in concreto* qui n'existe que dans la mesure où les biens desquels cette valeur d'échange est dérivée restent entre les mains du débiteur.

À l'inverse, le droit de rétention offre la matérialité du bien en garantie au créancier-détenteur, sans pour autant lui donner de moyen de réaliser indépendamment ni la valeur d'usage ni la valeur d'échange. On peut donc envisager le droit de rétention comme un gage affaibli, en cela qu'il est dépourvu des recours de réalisation exorbitants du droit commun qui permettent au créancier d'obtenir la valeur d'échange du bien, et ne permet point au créancier-détenteur de jouir du bien. Il opère son effet de sûreté en paralysant le droit d'usage du débiteur.

La comparaison des hypothèques et ces deux autres espèces de « sûretés réelles » affaiblies renforcent la pertinence de la taxonomie des hypothèques dérivée de la répartition entre créancier et débiteur du droit sur la valeur d'usage et du droit sur la valeur d'échange avant le défaut de celle-ci. La priorité nous rappelle que la spécificité de l'hypothèque ouverte (ou l'hypothèque qui grève des biens destinés à être vendus dans le cours ordinaire des affaires d'une entreprise) réside dans sa capacité de faire abstraction de tout support matériel pour permettre au créancier de profiter de la valeur d'échange du bien. Le droit de rétention nous rappelle que la spécificité de l'hypothèque de créances réside dans le fait que la paralysie du droit du débiteur de profiter de la valeur d'usage du bien est accompagnée par le transfert immédiat de ce droit au créancier.

## **B. Les propriétés-sûretés – la décomposition de l'assiette universelle**

Au créancier insatisfait des possibilités et des prérogatives juridiques proposées par les sûretés réelles offrant un droit de préférence, les propriétés-sûretés permettent la mise en œuvre de toute une autre gamme de mécanismes de garantie<sup>94</sup>. Il s'agit ici non pas de faire obstacle à

92. En d'autres termes, ni l'un ni l'autre ne peut, en principe, se reporter sur un bien de remplacement, sur le prix de vente du bien, ou sur le produit d'une assurance.

93. C'est parce qu'elle est dotée d'un droit de suite que nous considérons la créance prioritaire des municipalités et des commissions scolaires (article 2654.1) non pas comme une simple priorité, mais plutôt comme une sûreté réelle innommée.

94. Nous ne faisons pas ici seulement référence aux prérogatives associées à la finalité de garantie. Le créancier peut aussi être intéressé par les avantages fiscaux, comptables ou de droit international privé qui accompagnent l'utilisation d'une propriété-sûreté.

l'application du principe de l'égalité des créanciers, mais plutôt de contrer celui de l'assiette universelle. Comme nous l'avons mentionné, plusieurs techniques peuvent être employées à cet effet. D'abord, on peut envisager la création d'un nouveau patrimoine (la compagnie, la fiducie) dont la fonction principale sera de détenir les biens destinés à garantir l'obligation hors d'atteinte d'autres créanciers. Dans ces cas, et par opposition au cautionnement où le débiteur offre un patrimoine additionnel pour garantir son obligation, le débiteur retire de son actif une partie de sa valeur pour l'attribuer exclusivement à un ou plusieurs créanciers. Le débiteur peut aussi échapper à la règle de l'assiette universelle en créant un droit indépendant destiné à garantir l'obligation mais qui n'entre jamais dans son patrimoine. La souscription à une police d'assurance au nom du (ou payable au) créancier, ou la fourniture d'une garantie d'exécution autonome telle qu'une lettre de crédit payable directement au créancier sont des exemples courants<sup>95</sup>.

Néanmoins, les mécanismes les plus souvent employés à cet effet sont ceux qui impliquent la manipulation du droit de propriété de biens particuliers destinés à servir de garantie. La finalité de ces manipulations est de s'assurer qu'au moment où le débiteur manque à son obligation envers le créancier, ou lorsqu'un autre de ses créanciers tentera de faire exécuter une obligation en sa faveur ou lorsque le débiteur est mis en faillite, le bien servant de garantie ne fera pas (ou ne fera plus) partie de son patrimoine.

Si c'est le plus souvent le contrat de vente qui est mis à profit à cette fin (vente à tempérament, vente avec faculté de rachat, promesse de vente, vente sous condition résolutoire, vente sous condition suspensive, etc.), il est envisageable que plusieurs autres opérations juridiques puissent servir à cette fin. À part la vente, tout contrat translatif de propriété (donation, échange, aliénation pour rente, prêt à la consommation, contribution à une société en nom collectif), et toute opération juridique ayant pour effet de transférer la détention mais non pas la propriété d'un bien (prêt à usage, dépôt, louage, crédit-bail, consignation, etc.) peuvent être structurés de façon à garantir l'exécution d'une obligation. Avant de tenter une typologie des principales techniques de garantie visant à contourner l'application du principe de l'assiette universelle, il est opportun de commencer avec une brève analyse des caractères des propriétés-sûretés.

### ***1. Caractères des propriétés-sûretés***

Pour l'hypothèque, le C.c.Q. établit explicitement une définition générale, mais reste muet quant aux archétypes fonctionnels du concept<sup>96</sup>.

95. Voir M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 9, p. 353 et *sq.*

96. Comme nous le relevons plus haut, le Code distingue néanmoins différentes espèces d'hypothèque selon plusieurs axes formels : hypothèque possessoire ou non possessoire, hypothèque

En ce qui concerne les propriétés-sûretés, le Code procède à l'inverse. Il n'énonce pas de théorie générale quant à ce qui fait qu'une personne qui est titulaire (présentement ou éventuellement) d'un droit de propriété, d'un démembrement du droit de propriété, ou de n'importe quel autre droit patrimonial est aussi titulaire d'une propriété-sûreté (ou sera réputée l'être)<sup>97</sup>. Le législateur semble énumérer et régler, sans logique apparente, un certain nombre de mécanismes qui, par le passé, ont été utilisés pour garantir l'exécution d'une opération, que ce soit en tant qu'accessoire à un contrat de gage ou d'hypothèque (comme dans le cas du pacte comissoire ou de la dation en paiement) ou en prenant intégralement part à une obligation où le droit de propriété est attaché au paiement de l'obligation<sup>98</sup>. Est-il possible de déduire de ces différents usages les traits qui caractérisent une propriété-sûreté? Voici trois aspects primordiaux de la notion.

Le premier trait des propriétés-sûretés est la faculté offerte au créancier d'exercer, de récupérer ou d'éteindre le droit conditionnel du débiteur, qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'un droit réel de jouissance ou d'un droit personnel. Pour l'hypothèque, jusqu'à ce que le créancier décide et parvienne à s'approprier le bien grevé en guise de paiement, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il opte pour la propriété de la « chose » en vertu des articles 2778-2792 plutôt que pour la valeur économique de ce droit de propriété, le droit premier du créancier vise la valeur du bien grevé. Par contraste, pour la propriété-sûreté le droit premier du créancier vise le bien lui-même, plutôt que sa valeur économique. Même lorsque c'est le paiement de la créance qui intéresse véritablement le créancier qui profite d'une propriété-sûreté, il doit d'abord procéder contre le bien en tant que tel, en s'appropriant, le cas échéant, son support matériel. Ainsi, alors que dans le cas des sûretés traditionnelles, le débiteur ou un tiers peut forcer le créancier à vendre le bien grevé et que ce dernier ne peut obtenir le bien lui-même qu'avec le consentement du débiteur (ou le tribunal), dans le cas d'une propriété-sûreté la hiérarchie est inversée. Le créancier doit

---

sur meubles ou immeubles, hypothèque sur universalité ou sur bien individualisé, hypothèque ouverte ou non et hypothèque de créance.

97. Le Code rend manifeste que l'hypothèque peut grever un démembrement (usufruit, usage, emphytéose). La même logique doit s'appliquer aux propriétés-sûretés. Il n'y a pas de raison justifiant que le titulaire d'un usufruit ne puisse pas vendre ce droit en vertu d'une vente à tempérament, d'une vente avec faculté de rachat, d'une clause résolutoire, ou autrement. De même, quoique l'hypothèse soit assez théorique, le titulaire peut le louer, en faire l'objet d'un crédit-bail ou l'affecter à une fiducie-sûreté.
98. Ainsi, dans le chapitre de la vente, à part la prohibition des clauses de dation en paiement (art. 1801), le Code définit trois modèles de telles propriétés-sûretés qui sont assimilées, aux fins de publicité et de réalisation, à l'hypothèque du Livre 6: la résolution de la vente d'un immeuble (art. 1743), la vente à tempérament (art. 1749) et la vente avec faculté de rachat (art. 1756). De plus, la publicité est imposée, mais non pas les modes de réalisation pour le crédit-bail (art. 1847) et le louage à long terme (art. 1852). Enfin, le Code reconnaît que la fiducie peut être employée comme sûreté et impose la publicité et l'obligation de suivre les règles sur la réalisation des hypothèques énoncées au Livre 6 (art. 1263) lorsqu'elle est ainsi employée.

d'abord réclamer le bien et doit normalement le prendre avant de réaliser sa valeur. En plus, les droits des autres créanciers du débiteur d'empêcher la réalisation s'exercent de manière un peu différente selon que le débiteur est titulaire du droit de propriété au moment où le créancier commence la réalisation<sup>99</sup>.

En second lieu, puisque dans plusieurs cas la propriété-sûreté n'est pas, au sens strict, l'accessoire d'une obligation principale, mais plutôt directement liée à celle-ci, l'exercice du droit qu'elle confère devrait normalement éteindre l'obligation<sup>100</sup>. C'est donc dire que si la valeur du bien au moment de la réalisation est moindre que la valeur de la créance, le créancier n'aura aucun recours contre le débiteur pour réclamer la différence, à moins qu'une clause pénale à cet effet ne soit incluse dans le contrat. Dans la situation inverse, le créancier peut aussi, en principe, exproprier la valeur supplémentaire. Évidemment, en vertu des règles de la restitution des prestations (art. 1699-1707), le créancier devra normalement restituer les bénéfices reçus moins la dépréciation liée à l'usage normal du bien par le débiteur (art. 1702). Néanmoins, les contrats de propriétés-sûretés comprennent généralement des clauses permettant que cette valeur différentielle soit retenue par le créancier à titre de pénalité (art. 1622-1625), ce qui a pour résultat que le créancier peut se retrouver à recevoir à la fois le bien et le paiement de celui-ci<sup>101</sup>.

La troisième caractéristique primordiale des propriétés-sûretés réside dans le fait qu'il n'est pas nécessaire que le créancier soit en possession du bien ou qu'il soit titulaire du droit de propriété. Comme c'est le cas pour le gage, où il est possible de déposséder le débiteur par le biais d'un contrat d'entiercement (art. 2705) ou par le biais d'un changement de statut de détention de la personne déjà en possession de l'objet donné en gage (art. 2703), il est possible dans le cadre d'une propriété-sûreté qu'un tiers ait la détention ou soit en possession du bien. Cependant, il est aussi possible dans le cas des propriétés-sûretés que le droit qui sert de garantie soit lui-même entre les mains d'un tiers. Ainsi, par exemple, un créancier

---

99. C'est aussi le cas pour les opérations de vente régies par le Code où le débiteur et les tiers peuvent forcer le créancier à renoncer à la réalisation par appropriation. Comparez les différences dans la formulation des articles 1743, al. 2, 1749, al. 3 et 1756. Seul l'article 1263, concernant la fiducie utilisée comme sûreté, paraît, à première vue, faire exception et rendre applicables à la réalisation de la garantie toutes les conditions du Livre 6.

100. Une propriété-sûreté peut tout de même être utilisée comme accessoire dans plusieurs situations. La vente avec faculté de rachat peut se faire pour garantir une obligation, de même que l'ancien pacte commissaire. Dans ces cas, il est possible qu'une stipulation contractuelle prévienne la survie de l'obligation principale.

101. Il n'est pas certain, dans les situations où la propriété-sûreté est élaborée comme véritable accessoire à une autre créance, si les règles sur les ouvertures de crédit, la spécificité de l'objet de l'obligation, et l'extinction de l'obligation principale que l'on retrouve en matière d'hypothèque (notamment articles 2687-2689 et 2796) peuvent s'appliquer par analogie sans stipulation expresse dans le contrat de garantie.

peut vendre le bien à un tiers qui le détiendra sous condition résolutoire jusqu'à ce que l'acheteur final ait payé le prix de vente. De même, si le débiteur est le propriétaire initial du bien, le créancier peut exiger qu'il transfère le droit de propriété à un tiers qui agira selon les directives du créancier<sup>102</sup>.

Pour rendre évident l'impact de ces caractères sur les prérogatives des titulaires d'une propriété-sûreté et sur les droits d'autres créanciers du débiteur, nous nous tournons maintenant vers la typologie des propriétés-sûretés dans le droit civil québécois contemporain.

## 2. Une typologie fonctionnelle des propriétés-sûretés

Tout comme pour les hypothèques, il y a plusieurs façons d'imaginer une typologie des propriétés-sûretés. On peut les classer selon la qualification du contrat par lequel la sûreté est constituée – vente, donation, louage, etc. Mais tout comme la classification des hypothèques selon des critères formels, cela ne nous aide pas à comprendre la fonction de ces opérations juridiques. Il vaut mieux les classer selon les critères économiques déjà élaborés : la répartition entre débiteur et créancier de la valeur d'usage et la valeur d'échange avant défaut.

De nouveau, cette typologie n'est pas explicite, bien qu'on retrouve, dans le Titre sur la vente, une taxonomie construite de manière analogue en fonction de deux qualités principales. *Primo*, le Code distingue les mécanismes mettant en scène une opération entre un vendeur (ou un vendeur déguisé tel que le crédit-bailleur ou le locateur<sup>103</sup>) et un acheteur de ceux où le débiteur joue le rôle d'un emprunteur et le créancier celui d'un prêteur. *Secundo*, dans certains cas, le droit de propriété du bien qui sert de garantie est entre les mains du débiteur jusqu'à ce qu'il manque à son obligation, tandis que dans d'autres c'est le créancier qui dispose du droit de propriété jusqu'à ce que l'obligation ait été remplie. Avant défaut, soit le débiteur, soit le créancier peut être en détention matérielle du bien, ce qui entraîne deux modalités différentes pour chacun des quatre archétypes. Toutefois, la détention du créancier n'est pas fondamentale à l'une ou l'autre de ces opérations même si, pour des raisons similaires à celles

102. Il faut aussi noter les affinités entre ces opérations et l'idée de créer une nouvelle compagnie ou une fiducie pour que les biens donnés en garantie se retrouvent dans un patrimoine distinct de ceux du débiteur et du créancier.

103. Nous utilisons l'expression « vendeur déguisé » avec précaution. Dans la plupart des situations de crédit-bail (qu'il y ait ou non option ou obligation d'achat) la valeur du contrat de louage est telle que le montant des loyers équivaut à la valeur temporelle du bien plus sa valeur dépréciée dans une proportion équivalente à celle que l'on retrouverait si le bien faisait l'objet d'une vente à tempérament. Un calcul similaire a lieu lorsqu'un contrat de louage ordinaire est employé pour garantir la valeur théorique du prix d'achat d'un bien.

qui incitent un créancier hypothécaire à prendre possession du bien hypothéqué par voie de gage, le titulaire d'une propriété-sûreté exige parfois la possession du bien (personnellement ou par l'entremise d'un tiers dépositaire).

Cela dit, on peut esquisser une classification des propriétés-sûretés en quatre temps, selon que le titulaire-crédancier est ou n'est pas le propriétaire initial, et selon que le titulaire-crédancier exerce ou n'exerce pas ce droit de propriété avant le défaut de son débiteur. On obtiendra ainsi quatre types de propriété-sûreté, chacune traitée différemment par le législateur, tant en ce qui concerne leur opposabilité que de leurs effets : la réserve de propriété, la vente à réméré, la clause résolutoire, la dation en paiement.

#### a. La réserve de propriété

Le type le plus usité de propriété-sûreté est la réserve de propriété. Avant d'analyser ce type, quelques précisions s'imposent. D'abord, même si on parle de réserve de propriété, le vendeur peut se réserver n'importe quel droit susceptible d'être vendu : une emphytéose, un usufruit, un *ius ad rem trans personam*, ou une créance. C'est un droit qui est vendu, et non l'objet sur lequel il porte. Ensuite, il n'est pas nécessaire, en théorie, que le droit réservé soit de la même ampleur que le droit vendu. Le vendeur peut bien démembler son droit de propriété en vendant la nue-propriété mais en se réservant un droit d'emphytéose jusqu'à la parfaite exécution de l'obligation due. Troisièmement, il se peut que l'acheteur n'acquière jamais le droit vendu : « l'acheteur » peut être un simple consignataire autorisé à vendre ; de même, « l'acheteur » peut être un locataire qui, à la fin de la vie utile du bien, le remettra au vendeur sans jamais exercer son option d'achat.

Dans tous ces cas, le vendeur, déjà propriétaire du bien, conservera des droits sur celui-ci jusqu'à ce que l'acheteur se soit complètement acquitté de son obligation envers lui<sup>104</sup>. Si l'acheteur fait défaut, le vendeur peut exercer les recours nécessaires pour que s'éteigne le droit éventuel de l'acheteur à obtenir le droit de propriété du bien libre de toute autre prétention. Ce premier type se décline en deux modalités, selon que l'acheteur détient le bien (l'hypothèse la plus courante) ou que ce dernier est

104. Il s'agira généralement du prix de vente, mais il est aussi possible d'envisager que la réserve de propriété soit employée pour garantir une obligation accessoire à la vente telle qu'une clause de non-concurrence, ou une clause qui impose des restrictions à l'usage du bien. Plus théoriquement, il est concevable qu'un vendeur d'un immeuble à subdiviser vende à tempérament pour garantir l'obligation d'un entrepreneur-constructeur de bâtir une maison sur un autre lot que se réserve le vendeur.

resté entre les mains du vendeur. Selon la typologie des hypothèques déjà élaborée, ce type de propriété-sûreté ressemble plus à l'hypothèque des créances en cela qu'il maximise les prérogatives du créancier tout en conférant à l'acheteur (s'il est mis en possession par le créancier) les prérogatives de jouissance de la même manière que le créancier peut autoriser le débiteur hypothécaire à percevoir les créances hypothéquées jusqu'à défaut (art. 2744).

La meilleure illustration de ce type de propriété-sûreté est la vente à tempérament, dont la réglementation dans le Code est la plus développée (art. 1745-1749). Cependant, il existe sous plusieurs autres formes, notamment : la promesse de vente, la vente sous véritable condition suspensive, le bail avec ou sans option d'achat, le crédit-bail, et la consignation. Il est paradoxal que le Code ne prévoie pas une réglementation identique pour ces mécanismes fonctionnellement équivalents : une obligation de publicité et de réalisation selon le Livre 6 du Code est parfois imposée (art. 1749, al. 1)<sup>105</sup> ; parfois seulement l'obligation de publicité est obligatoire (art. 1847 et 1852) ; enfin, comme c'est le cas pour toutes les autres modalités de vente mobilière avec réserve de propriété, et pour le louage ordinaire, il n'y a parfois aucune réglementation.

#### *b. Le « mortgage » ou la vente à réméré*

Le deuxième type de propriété-sûreté est celui où le propriétaire d'un bien accepte d'en transférer la propriété à son créancier lors d'un prêt, en échange de la promesse que la propriété du bien lui reviendra lorsqu'il aura rempli son obligation envers celui-ci. Comme on peut le constater, ce deuxième type s'apparente au « mortgage » traditionnel du *common law*. Le créancier agit ici généralement comme prêteur et non comme vendeur. On peut imaginer cependant la situation où, au lieu de signer un bail de construction, l'acheteur s'engage à construire et à revendre au vendeur initial. Cet exemple illustre que si nous sommes en présence d'une vente à réméré, il n'est pas nécessaire que le prix de rachat soit identique au montant reçu de l'acheteur initial (l'emprunteur).

La plupart du temps, la détention du bien changera de main, mais encore une fois il n'est pas nécessaire que le créancier en prenne possession. Certains exemples tels que la « double vente » et la « vente à retour locatif » montrent que cela n'est pas toujours le cas. Dans ces hypothèses, tout comme dans le cas de la vente avec faculté de rachat, rien n'oblige la

105. Les distinctions envisagées dans les cas des ventes non publiées ou publiées tardivement (article 1749, al. 2 et 3) sont le reflet d'une tentative d'assimiler les effets de cette modalité de vente à ceux de l'hypothèque du vendeur (articles 2948 et 2954).

dépossession, même instantanée, du vendeur. La modalité où la détention du bien passe au créancier est pour sa part illustrée par la cession de créances aux fins de garantie<sup>106</sup>. Notons que, selon la typologie des hypothèques, ce type de propriété-sûreté ressemble dans une de ses variantes communes plus à l'hypothèque avec dépossession (le gage) dans ses attributs fonctionnels puisque le créancier est alors en possession du bien.

De ces types de propriété-sûreté, c'est la vente avec faculté de rachat qui est la plus réglementée par le Code (art. 1750-1756). Mais il existe sous plusieurs autres formes, notamment, la vente par l'emprunteur sous véritable condition résolutoire, la double vente (c'est-à-dire la vente par l'emprunteur suivie d'une seconde vente – normalement à tempérament, ou sous condition suspensive, par le prêteur à l'emprunteur) et la vente à retour locatif (c'est-à-dire la vente par l'emprunteur suivie d'une concession d'un droit de louage avec ou sans option d'achat). De nouveau, il est paradoxal que le Code ne prévoit pas une réglementation identique pour ces diverses espèces de mécanismes fonctionnellement équivalents : parfois il impose une obligation de publicité et de réalisation selon le Livre 6 du Code (la vente avec faculté de rachat, la double vente dans l'hypothèse où la deuxième vente est une vente à tempérament) ; parfois il n'impose que l'obligation de publicité (la vente mobilière à retour locatif sous les conditions de l'art. 1852, toute vente immobilière à retour locatif) ; et parfois il n'impose absolument aucune réglementation (la double vente mobilière sous condition suspensive).

### *c. La clause résolutoire*

Le troisième type de propriété-sûreté est celui où le créancier est le propriétaire initial du bien et en transfère la propriété au débiteur sous condition de pouvoir redevenir propriétaire du bien en cas de défaut du débiteur. Advenant défaut, le droit de propriété de l'acheteur est éteint rétroactivement et le vendeur peut revendiquer son bien. Ce type de propriété-sûreté est mieux illustré par la résolution « légale » de la vente à la suite du défaut de l'acheteur de remplir ses obligations. Toutefois, ce droit de résolution se décline selon plusieurs modalités dans le Code. Il est permis en matière mobilière uniquement dans les conditions élaborées par l'article 1741. En matière immobilière il est accepté, mais demeure sujet à l'obligation d'être convenu entre les parties et publié. Enfin, tou-

---

106. Certains, voir par exemple L. PAYETTE, *op. cit.*, note 27, p. 167-172, prétendent que la cession des créances en garantie n'est plus permise. Néanmoins s'il est possible de vendre un objet matériel avec faculté de rachat, ou sous condition résolutoire, il est difficile de concevoir pourquoi la vente d'une créance sous les mêmes modalités serait interdite.

jours en matière immobilière, il ne peut être exercé que dans les cinq ans suivant la vente (art. 1742-1743).

Dans presque toutes ces situations le vendeur transfère à l'acheteur la possession du bien en même temps que le droit de propriété. Les exceptions sont rares et se retrouvent notamment en matière mobilière lorsque les biens sont sujets à transport. Dans ce cas, bien que les risques passent à l'acheteur, le transporteur agit comme dépositaire du vendeur (article 1740, al. 2). De nouveau, en suivant la typologie des hypothèques, ce type de propriété-sûreté ressemble plus, dans ses attributs fonctionnels, à l'hypothèque sans dépossession d'un bien matériel. L'« acheteur-débiteur » acquiert la valeur d'usage, mais la valeur d'échange est grevée par les droits éventuels du vendeur.

En plus de ces résolutions « légales », on peut également envisager les ventes sous véritables conditions résolutoires. En matière mobilière, ces modalités de vente ne sont soumises à aucune réglementation, bien qu'en matière immobilière (comme toutes modalités de vente immobilière), elles doivent être publiées pour être opposées aux tiers<sup>107</sup>. Voici un autre exemple d'une vente manifestant cette fonctionnalité. On peut envisager que le vendeur décide de vendre non pas sous condition résolutoire, mais plutôt avec faculté de rachat. Il stipule alors dans le contrat de vente qu'advenant le défaut du paiement du prix par l'acheteur, il récupérera son bien en le rachetant pour un prix minime. Dans ce cas, parfois la vente doit être publiée, notamment dans le cas d'un bien immobilier, mais aussi lorsqu'une automobile est vendue (article 1750, al. 2). Si c'est le cas, les délais d'exercice établis au Livre 6 s'appliquent (art. 1751). Sinon, le rachat se fera sans aucune réglementation. De nouveau, on voit que le Code ne prévoit pas de réglementation identique pour ces mécanismes de garantie élaborés autour de la notion de résolution de vente.

#### *d. La « forclusion » ou dation en paiement*

Enfin, le quatrième type de propriété-sûreté est l'accord de forclusion, convention par laquelle le créancier (typiquement un prêteur) dispose d'un droit contingent d'acquérir le droit de propriété du bien visé. Même si généralement ce droit est rétroactif au moment de la constitution de l'accord, il ne peut être exercé par le créancier que si le débiteur manque à son obligation. Lors du défaut du débiteur (propriétaire initial du bien), le créancier qui a accepté de lui faire un prêt garanti par la valeur

107. L'exigence de publicité ne comporte cependant pas l'obligation de suivre les modalités de réalisation du Livre 6. C'est l'article 1743 qui impose cette obligation uniquement dans le cas de la résolution immobilière dite « légale ».

de ce bien éteint son droit sur celui-ci. Si le débiteur a conservé la possession du bien (la situation la plus commune en matière immobilière)<sup>108</sup>, le créancier doit donc le lui réclamer par action réelle. Traditionnellement, les deux modalités de ce type étaient illustrées respectivement par le pacte commissaire en matière de gage et par la clause de dation en paiement insérée dans les actes d'hypothèque immobilière<sup>109</sup>. Dans la première hypothèse, c'est normalement le créancier qui aura possession avant défaut, tandis que dans la seconde, c'est normalement le débiteur qui aura la possession du bien.

En droit québécois actuel, la prohibition des clauses où « le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire d'un bien ou d'en disposer » à l'article 1801 constitue une limite importante à l'utilisation de ce mécanisme. En effet, tel que rédigé, cet article vise non seulement les pactes commissaires (y compris les clauses de dation en paiement) et les clauses de voies parées, mais aussi tout usage du droit de propriété à fin de garantie. Étant donné que le Code autorise explicitement plusieurs modalités de vente (vente à tempérament, vente avec faculté de rachat, vente sous condition résolutoire) qui sont habituellement constituées à fin de garantie, il faut restreindre la portée de l'article aux clauses ayant effet de forclusion<sup>110</sup>. Dans l'état actuel de la jurisprudence, on peut penser que les ventes sous véritable condition suspensive par un emprunteur en faveur de son créancier, de même que la promesse de vente, ou l'option d'achat qu'il concède à son prêteur tomberont sous la prohibition de l'article 1801<sup>111</sup>.

Ce type de propriété-sûreté est celui qui s'apparente le plus à l'hypothèque ouverte et à l'hypothèque des biens destinés à être aliénés dans le cours normal des affaires du débiteur : tant que le débiteur n'est pas en défaut, la majorité des prérogatives du droit de propriété – le droit de

---

108. Bien que cette situation soit peu probable et inusitée au Québec depuis l'instauration du régime d'enregistrement des titres immobiliers en 1843, théoriquement on peut aussi imaginer des pactes commissaires et des clauses de dation en paiement insérés dans des conventions d'antichrèse.

109. Dans l'un et l'autre cas, le créancier peut aussi stipuler une clause de voie parée en vertu de laquelle il se réserve le droit de saisir et de vendre le bien extra-judiciairement.

110. Par contre, il est évident que même si l'article parle du droit du créancier de devenir propriétaire ou d'en disposer, sa portée est plus large. D'abord, il n'est pas nécessaire que le droit en question soit le droit de propriété ; si le débiteur ne bénéficie que d'un usufruit ou d'un droit de louage et la clause de dation en paiement vise ce droit, l'article 1801 va s'appliquer. Ensuite, même si le débiteur est titulaire du droit de propriété et ne consent qu'un usufruit ou un droit d'usage à son créancier par voie de dation en paiement, on peut conclure que l'article 1801 s'applique.

111. Il est aussi intéressant de comparer l'accord de forclusion avec le droit de compensation conventionnelle. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur est titulaire d'un droit, un droit de créance par exemple, contre son banquier, mais il perd automatiquement ce droit de créance une fois en défaut (articles 1672-1686). Le droit de compensation, même conventionnel, est donc une autre exception à la généralité de l'article 1801.

s'approprier la valeur d'usage ainsi que le droit de s'approprier la plus grande partie de la valeur d'échange (celle résultant de la location du bien et celle résultant d'une vente après que la créance garantie est déduite du prix de vente ou remise au créancier) – reste entre ses mains. C'est pourquoi il est surprenant qu'il s'agisse du seul type de propriété-sûreté complètement interdit (et non pas simplement réglementé)<sup>112</sup>. L'article 1801 pourrait être rédigé de manière à obliger, dans de telles situations, le créancier à publier son droit et à se conformer aux règles du Livre 6 pour la réalisation de sa garantie, comme c'est le cas pour les autres types de propriété-sûreté réglementés au chapitre de la Vente.

### 3. Les autres atténuations à l'assiette universelle

Depuis plusieurs années, tant en France qu'au Québec, la doctrine en droit des sûretés soutient qu'un principe similaire à celui de « l'essence de l'opération » tel qu'on le trouve dans l'article 9 du *UCC* ou dans les *LSBP* devrait être incorporé au droit civil<sup>113</sup>. Au Québec, le débat a été marqué par la surenchère causée par la proposition ambitieuse d'une présomption d'hypothèque par l'Office de révision du Code civil. Contre cette proposition plusieurs ont réagi avec vigueur, prétendant que l'Office voulait importer des notions étrangères du *common law*. Nous ne revenons pas ici sur ces débats.

Toutefois, il est intéressant de noter que, déjà à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, l'on trouvait un modèle pour envisager la réglementation des propriétés-sûretés – notamment dans les articles 1040a-1040d tels qu'interprétés par la Cour d'appel. De même aujourd'hui, les articles 14 et 15 de la *Loi sur la protection du consommateur* indiquent une possible voie à suivre. Par conséquent, il est loin d'être nécessaire de convertir en hypothèque toutes les propriétés-sûretés pour parvenir à une réglementation qui réponde aux considérations de politique législative que nous avons soulevées au fil de notre discussion des différents types de propriété-sûreté.

Il y a des raisons tant négatives que positives pour ne pas suivre la proposition de l'Office de révision du Code civil. Négativement, force est d'admettre que cette mesure extrême n'est pas nécessaire puisque le modèle de l'article 1040a du C.c.B.C. suffit largement. Tout ce qu'il aurait

112. On ne peut que conclure que c'est l'usage abusif de ces clauses sous le C.c.B.C. qui a incité le législateur à les interdire, nonobstant qu'une saine réglementation aurait pu être imposée. Au moment des commissions parlementaires, tant le Barreau que la Chambre des notaires favorisaient la prohibition de telles clauses – le premier parce qu'il voulait voir adoptée une présomption d'hypothèque; la seconde parce qu'elle contestait la présomption d'hypothèque mais ne voulait pas apparaître comme défendant les abus d'antan. Pour une discussion de ces positions, voir R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 15.

113. Pour une étude approfondie de la question, voir J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, note 16.

fallu ajouter à ce régime, c'est l'obligation pour le créancier qui réalise sa garantie de suivre les règles du Livre 6. Positivement, il faut aussi reconnaître que les propriétés-sûretés ont une logique et une efficacité qui leur sont propres. Pour des raisons ayant trait notamment au droit fiscal, au droit international privé et au droit de l'assurance, elles procurent aux créanciers des avantages économiques supérieurs aux hypothèques. Néanmoins, les justifications les plus importantes pour les conserver touchent à leur fonction de garantie. Actuellement, elles permettent en effet : (1) de mieux protéger les biens du créancier contre un détournement par le débiteur ; (2) d'empêcher que ces biens soient grevés d'une priorité<sup>114</sup> ; et (3) de donner accès à certains recours réels qui affaiblissent les droits d'autres créanciers – en particulier les créanciers hypothécaires détenant une garantie sur les biens présents et futurs de l'acheteur.

Par contre, il ne faut pas se laisser séduire par la forme. Toute propriété-sûreté bouleverse – autant sinon plus que l'hypothèque – l'égalité des créanciers. Pour cette raison, il faut envisager une réglementation de leurs effets de sûreté de manière à empêcher la forme de contourner le fond. Comment y parvenir ?

Admettons d'abord que toutes les propriétés-sûretés ne sont pas identiques et ne poursuivent pas toujours les mêmes buts. Dans certains cas, c'est la dimension de propriété qui domine : à plus forte raison lorsque le créancier dispose à la fois de la jouissance du bien et de sa valeur en capital mais aussi lorsque le créancier dispose d'un droit sur la valeur économique sans avoir le moindre contrôle sur le bien, pas même en ce qui a trait à l'aliénation de celui-ci. À l'inverse, la dimension de sûreté prévaut lorsque le créancier dispose de la valeur d'usage, mais pas de la valeur d'échange et plus encore lorsque le créancier n'a ni la jouissance du bien, ni sa valeur économique. Comme on l'a vu, le Code offre un exemple type pour chacune de ces opérations, mais malheureusement, l'encadrement législatif se limite aux cas d'espèce et n'a pas la portée générale que l'on pourrait espérer.

En effet, pour réglementer efficacement en tant que sûreté les diverses espèces des propriétés-sûretés, il faut envisager des amendements au Code en trois temps. Tout d'abord, il devrait être énoncé explicitement que la réglementation différenciée de chacun des quatre modèles de propriété-sûreté esquissés dans le Titre sur la Vente s'applique à toutes les opérations qui sont fonctionnellement similaires, peu importe leur forme – c'est-à-

---

114. Notons aussi que lorsqu'une propriété-sûreté est utilisée, le problème que pose présentement l'utilisation abusive et inefficace de la procédure de faillite pour se débarrasser des créances prioritaires dont les biens du débiteur font l'objet, ne se pose alors pas.

dire qu'il s'agisse d'une autre modalité de vente, d'un autre contrat translatif de propriété, d'un bail, d'une consignation ou d'une fiducie-sûreté<sup>115</sup>. En second lieu, il faudrait modifier l'article 1801 pour encadrer selon la logique du Livre 6 du C.c.Q. plutôt que d'interdire les opérations structurées autour du modèle de la dation en paiement. Et finalement, il faut s'assurer que nonobstant la dualité technique qui se manifeste entre les sûretés impliquant la rupture de l'égalité des créanciers et celles impliquant l'atténuation de l'assiette universelle, les conséquences économiques pour le débiteur et l'impact qu'elles peuvent avoir sur les droits de tiers soient identiques.

La mise en œuvre de ces trois amendements assurerait qu'à chaque fois que l'on veut utiliser la propriété pour garantir l'exécution d'une obligation, les normes de publicité en faveur des tiers s'appliqueront, le débiteur et les tiers intéressés bénéficieront d'une juste opportunité de remédier au défaut et des recours de réalisation efficaces seront disponibles pour les créanciers. Elle aurait pour deuxième conséquence que les distinctions fonctionnelles vis-à-vis de la rupture de l'égalité des créanciers et que l'on retrouve en matière d'hypothèque, seront reproduites de manière correspondante vis-à-vis de la décomposition de l'assiette universelle dans le domaine des propriétés-sûretés.

## CONCLUSION

Au sein de la tradition de droit civil, autant que du côté de celle du *common law*, la notion de sûreté a souvent fait l'objet de controverse. Spécialement aux États-Unis, l'analyse économique du droit a soulevé des doutes quant à l'économie politique des régimes de sûreté au nom de l'efficacité économique. Cela s'explique en partie parce que l'article 9 du *Uniform Commercial Code* a changé les termes du débat en mettant de côté la justification morale des régimes de sûreté pour s'orienter vers un objectif strictement économique et fonctionnel. Le fonctionnalisme est porté aux nues, tandis que le formalisme est dénoncé<sup>116</sup>. Ainsi, de nombreuses organisations se sont engagées dans des processus de

115. En effet, suivant le principe d'interprétation énoncé dans l'arrêt *Nadeau c. Nadeau*, précité, note 1, les tribunaux peuvent eux-mêmes arriver à une telle solution sans intervention législative. Rien n'empêche, par exemple, une décision appliquant les règles de publicité et de réalisation de la vente à tempérament aux promesses de vente ou aux baux avec option d'achat. Toutefois, force est d'admettre que la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lefebvre*, précité, note 51, donne peu d'espoir.

116. Voir généralement M.G. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, *loc. cit.*, note 46.

modernisation dans la même veine : CNUDCI<sup>117</sup>, BERD<sup>118</sup>, ADB<sup>119</sup>, OÉA<sup>120</sup>. Enfin, les universitaires emboîtent aussi le pas<sup>121</sup>.

Dans ses propres efforts de modernisation du droit des sûretés, l'Assemblée nationale a rejeté cette conception, suivant ainsi les traces de nombreux autres pays de droit civil<sup>122</sup>. Pourtant, le droit des sûretés au Québec n'a pas encore été suffisamment théorisé. Il semble en effet que tant les tribunaux que les commentateurs sont en proie à une dépression *post partem*, conséquence des efforts pour concilier la proposition d'une présomption d'hypothèque et l'approche formaliste traditionnelle des propriétés-sûretés. Ainsi, les débats, dans la jurisprudence, notamment dans les récentes décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec<sup>123</sup>, et la doctrine apparaissent largement structurés par le spectre du rejet de la présomption d'hypothèque. Tout ce qui peut sembler s'en approcher est presque automatiquement frappé d'opprobre. Pourtant, ce n'est pas parce que le législateur a rejeté une hypothèse que tout ce que cette hypothèse peut évoquer de près ou de loin doit être mis au rancart du même trait.

En modernisant le droit des sûretés réelles, le législateur québécois n'a certes pas adopté intégralement la proposition de l'Office de révision du Code civil, mettant de l'avant une position qualifiée de « mitoyenne<sup>124</sup> »

- 
117. Le groupe de travail VI (Sûretés) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international travaille présentement sur un projet de guide législatif sur les opérations garanties. On peut consulter les différents documents de travail du groupe de travail sur le site Internet de la CNUDCI, en ligne : CNUDCI ([http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg\\_6/wg-6-suretes-index-f.htm](http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_6/wg-6-suretes-index-f.htm)).
118. BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, *Model Law on Secured Transactions*, 1994 en ligne : BERD (<http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/model.pdf>).
119. ASIAN DEVELOPMENT BANK, *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II, 2000, en ligne ADB : ([http://www.adb.org/Documents/Others/Law\\_ADB/lpr\\_2000\\_2.asp?p=lawdevt](http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000_2.asp?p=lawdevt)).
120. ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, 8 février 2002 en ligne : OÉA ([http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions\\_Eng\\_home.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng_home.htm)).
121. Eva-Maria KIENINGER (dir.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, coll. The Common Core of European Private Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; G. McCormack, *op. cit.*, note 46.
122. Pour un exemple récent d'un autre pays de droit civil ayant modernisé son droit des sûretés sans pour autant suivre le modèle de l'article 9, voir la loi ukrainienne du 8 janvier 2004 sur les sûretés et la publicité des charges. Voir aussi Roderick A. MACDONALD, *Commentaries on the Law of Ukraine on the Securing of Creditor's Claims and Registration of Encumbrances*, Kiev, World Bank, 2005.
123. Voir Lefebvre et *Transport International Pool Inc.* précités, note 51 ainsi que *Ouellet (Syndic de)* [2004] 3 R.C.S. 348.
124. Jean PINEAU, *Le nouveau Code civil et les intentions du législateur*, 3<sup>e</sup> Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Thémis, 1999, p. 26 et 27.

par certains. Pourtant, en considérant le choix du législateur comme étant principalement négatif, l'on ne rend pas justice à l'originalité de la proposition législative mise de l'avant. Tout comme il ne faut certes pas « mettre de côté toutes les catégories juridiques pertinentes<sup>125</sup> », il faut néanmoins accepter de mettre en jeu les catégories mises de l'avant par la législation et la jurisprudence et tenter d'évaluer comment elles s'insèrent au sein de ce mode fondamental de médiation des relations entre les personnes que constitue le droit des sûretés réelles.

On ne règle jamais de façon définitive les problèmes juridiques par la réforme du Code. Le mieux que l'on puisse espérer, c'est de reformuler le droit pour que les questions juridiques qu'il nous pose et auxquelles il nous oblige à répondre soient plus aptes à nous mener vers une solution juste et efficace aux problèmes les plus pressants de la vie en société. Ainsi seulement nous permet-il d'être véritablement les créateurs de notre droit, de solidifier nos rapports avec autrui et de donner vie à nos attentes et à nos croyances.

Nous avons tenté d'élaborer une conception plus englobante<sup>126</sup> des sûretés réelles, sans pour autant énoncer une définition ni de « sûreté » plus généralement, ni de « garantie ». Notre objectif était d'éclairer l'état actuel du droit au Québec et d'expliquer comment les dispositions du *Code civil du Québec* peuvent être interprétées par les tribunaux, ajustées par le législateur et utilisées par les avocats et notaires pour mettre en œuvre un régime de sûretés « réelles » de façon à promouvoir les finalités sociales, politiques et économiques qu'il est censé servir. Ce faisant, nous avons tenté un retour aux principes premiers, nous efforçant d'appliquer une leçon apprise par l'un d'entre nous dans le cours du professeur Frenette il y a plus de trente ans : l'épistémologie précède l'ontologie et l'ontologie précède la pratique.

125. *Lefebvre*, précité, note 51, p. 2940.

126. C'est avec humilité que nous utilisons l'expression « plus englobante » et non pas « exhaustive ». Nous ne nous sommes pas arrêtés aux sûretés personnelles, ni directement aux priorités, au droit de rétention, à l'assurance, à l'action en inopposabilité, à l'action directe, à la compensation, au financement avec droit de recours limité, ni aux autres techniques juridiques en vertu desquelles les débiteurs et les créanciers peuvent organiser leurs relations de manière à créer une priorité en faillite pour le créancier.

# ARRÊT VAL-BRILLANT: ÉVOLUTION OU RÉGRESSION DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE AVEC DÉPOSSESSION, EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS?\*

*Pierre Ciotola<sup>1</sup> et Antoine Leduc<sup>2</sup>*

## INTRODUCTION

### I. MODALITÉS RELATIVES À LA CONSTITUTION ET À LA PUBLI- CATION DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE AVEC DÉPOSSESSION

#### A. Le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession

#### B. La « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession

##### 1. *Notion, nature et fonction de la « dépossession »*

##### 2. *La « remise » du bien ou du titre: constitution de la sûreté*

###### a) *Généralités*

###### b) *De la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non négociable*

###### i) *De la dépossession fictive sous l'empire du Code civil du Bas Canada*

---

\* La recherche est à jour au 23 décembre 2004. Nous tenons à remercier sincèrement les responsables des Mélanges Frenette d'avoir autorisé la possibilité de publier cette étude dans la *Revue juridique Thémis* dont la référence est (2006) 40 *R.J.T.* Des remerciements s'adressent également à monsieur Benoît Lavigne, alors stagiaire en droit, pour son aide précieuse dans la vérification des notes infrapaginales. Toute erreur ou omission est toutefois la seule responsabilité des co-auteurs, qui s'expriment ici à titre personnel, sans engager la responsabilité des institutions pour lesquelles ils œuvrent.

1. Notaire et docteur en droit, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du Notariat.

2. B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Montréal), Avocat, associé du cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l., (Montréal), candidat au doctorat en droit et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, *Centre de droit des affaires et du commerce international* (CDACI).

- ii) De la dépossession fictive sous l'empire du *Code civil du Québec*
- iii) Des titres non négociables qui ne constituent pas des créances
- iv) De la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit

**3. La « détention » paisible et continue du bien ou du titre :  
publicité de la sûreté**

**4. La problématique des règles de conflits de lois**

**II. MODALITÉS RELATIVES À L'EXERCICE DES DROITS (OU RECOURS) HYPOTHÉCAIRES ET RANG DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE AVEC DÉPOSSESSION**

**A. Les prérogatives conférées aux gages de l'ancien droit (C.c.B.C.)**

**1. Droit de rétention et privilège**

**2. Droit de revendication**

**B. Les prérogatives conférées à l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau droit (C.c.Q.)**

**1. Portée de la dépossession et de la notion de « gage »**

a) *Juxtaposition du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière de l'ancien droit (C.c.B.C.)*

b) *Juxtaposition du gage traditionnel, du nouveau gage et de l'hypothèque mobilière du nouveau droit (C.c.Q.)*

- i) Effets amoindris de la dépossession
- ii) Perte du caractère réel et public du nouveau gage
- iii) Le gage de l'arrêt *Val-Brillant*: retour à la cession de créance en garantie?

**2. Exercice des droits hypothécaires et autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance**

a) *Droits hypothécaires et perception des créances*

b) *Paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession*

**III. NÉCESSITÉ D'UNE NOUVELLE RÉFORME LÉGISLATIVE EN  
MATIÈRE DE MÉCANISMES DE PUBLICITÉ DES DROITS**

**CONCLUSION**

## INTRODUCTION

[1] L'avènement du *Code civil du Québec*<sup>3</sup> a transformé le régime hypothécaire sous au moins deux volets. Sous le *Code civil du Bas Canada*<sup>4</sup>, l'hypothèque mobilière n'était pas admise<sup>5</sup> et son simulacre, les nantissements sans dépossession, tel le nantissement commercial, agricole ou forestier, étaient parfois qualifiés d'hypothèque mobilière par un désir apparent de modernisme<sup>6</sup>. Sous le nouveau Code civil, d'entrée de jeu, l'hypothèque est présentée comme un droit réel sur un meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation<sup>7</sup>. Voilà d'ores et déjà une première transformation significative : l'hypothèque, comme sûreté, peut affecter un bien, autant meuble qu'immeuble. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le gage, sûreté mobilière exclusive, était en principe avec dépossession. L'absence de dépossession n'est survenue que tardivement par la reconnaissance de nantissements, d'abord agricole et, par la suite, commercial : l'absence de dépossession pour une sûreté mobilière se révélait, initialement, exceptionnelle. Il en était autrement dans le domaine hypothécaire, réservé aux immeubles : le constituant conservait la possession de l'immeuble hypothéqué mais, exceptionnellement, le législateur admettait la dépossession dans le contrat d'antichrèse<sup>8</sup>. Sous le nouveau Code civil, l'hypothèque peut être sans dépossession, ce qui devient la règle ; la dépossession n'est mentionnée, à titre exceptionnel, que pour l'hypothèque mobilière : bien malencontreusement, en ce cas, la sûreté peut être appelée « gage ».

[2] La réforme du droit des sûretés impliqua une réforme majeure des règles de publicité qui prévalaient sous l'ancien droit<sup>9</sup>. D'une multiplicité de registres étalés partout sur le territoire québécois et s'appliquant à diverses formes de sûretés mobilières sans dépossession aux règles tout aussi diverses, la création du *Registre*

---

3. L.Q. 1991, c. 64 [ci-après le « Code civil » ou « C.c.Q. »].

4. L.C. 1865, c. 41 (18.9.1865) [ci-après le « C.c.B.C. » ou l'« ancien Code »].

5. Art. 2022 C.c.B.C. : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, sauf les dispositions contenues aux titres : *Des Bâtiments Marchands et Du Prêt à la Grosse* ».

6. Y. DESJARDINS, « Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière », (1968-1969) 71 *R. du N.* 87.

7. Art. 2660 C.c.Q.

8. Art. 1967 C.c.B.C.

9. Voir, notamment, L. CADORET, « RDPRM : de plus en plus connu », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit civil (2001)*, v. 161, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2001, 55, p. 59-62; L. CADORET et N. PAGÉ, « RDPRM, facile comme 2 + 2 = 4! », (2001) 1 *C.P. du N.* 93.

*des droits personnels et réels mobiliers*, un registre unique, centralisé et informatisé, permettrait enfin la simplification et l'uniformisation tant souhaitée des règles de constitution et de publicité des sûretés mobilières sans dépossession, ainsi que l'édification d'un ordre de priorité cohérent entre les créanciers, idéal autrefois pratiquement impossible avant l'apparition des nouvelles avancées technologiques et progrès informatiques<sup>10</sup>.

- [3] L'objectif du présent texte consiste à démontrer que si la dépossession peut conserver une place, en certains cas particuliers, comme mécanisme de constitution d'une sûreté mobilière, voire comme mécanisme de publicité, elle n'a toutefois plus sa raison d'être en tant que mécanisme de publicité dans la grande majorité des cas. Hormis les cas particuliers des biens corporels et des titres négociables, tout mécanisme de dépossession fictive de biens incorporels n'accomplit jamais parfaitement sa fonction privative permettant de rendre publique l'hypothèque avec dépossession ainsi constituée. Le mécanisme de la dépossession sape l'efficacité et l'intégrité d'un régime de publicité fonctionnant sur le principe de l'inscription de droits à un registre informatisé, unique, centralisé et accessible à tous. Il favorise l'occultisme. Il permet, dans les faits, la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, contournant les règles d'inscription au registre.

- [4] La décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*<sup>11</sup> nous donne l'occasion de réfléchir à ces problématiques. La question à laquelle la Cour suprême tenta de répondre, dans cet arrêt, est

---

10. M. le professeur Yves Caron, de regrettée mémoire, avait déjà l'occasion de s'exprimer comme suit, dès 1969: « Il n'est pas erroné de dire que sans les difficultés résultant de l'identification des biens meubles et celles d'en suivre les déplacements ou ceux de leurs possesseurs, l'hypothèque mobilière aurait déjà été définitivement acquise il y a bien longtemps. [...] [La] difficulté majeure est [donc] celle de l'identité des biens meubles et de la publicité des contrats qui les affectent. C'est là la justification historique de la prohibition des hypothèques mobilières. [...] Le système de publicité et d'enregistrement est [par conséquent] la clef de voûte d'une loi sur les garanties réelles, et en particulier sur les garanties réelles mobilières ». Voir Y. CARON, « L'Article 9 du Code uniforme de commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois » dans J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, (dir.), *Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*, Montréal, Eugène Doucet, 1969, 374, aux p. 381 et 390.

11. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666; 2003 CSC 31 [ci-après « *Val-Brillant* »]. Dans le présent texte, référence sera faite aux jugements respectifs de M. le juge Gonthier (s'exprimant pour la majorité) et de M<sup>me</sup> la juge Deschamps (s'exprimant pour la minorité), dans cette affaire, sous les seuls noms de l'arrêt et du juge, suivis de la mention « précité », des numéros de pages et de paragraphes du jugement concernés.

posée clairement et brièvement par M<sup>me</sup> la juge Deschamps : « [u]n titre non négociable peut-il faire l'objet d'un gage sous le *Code civil du Québec*? » Un certificat de dépôt constitue-t-il un titre qui puisse faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession<sup>12</sup>? La majorité répondit par l'affirmative, avalisant ainsi la thèse dite de la « dématérialisation » du gage. Cette interprétation de la Cour suprême du Canada n'est probablement pas définitive, d'une part compte tenu de l'importante dissidence exprimée par M<sup>me</sup> la juge Deschamps, qui reflète un fort courant jurisprudentiel et doctrinal<sup>13</sup>; d'autre part, compte tenu du fait que les précédents n'ont qu'une autorité persuasive en droit civil, c'est-à-dire reposant sur la qualité de leurs motifs<sup>14</sup>. Les conclusions que l'on peut tirer de cette décision soulèvent plus de questionnements que de certitudes, comme nous le verrons dans cet article. Pour ces raisons, nous espérons que cette approche ne sera pas suivie, et que le législateur procédera rapidement aux réformes qui s'imposent<sup>15</sup>.

[5] N'eussent été des restrictions imposées par le législateur, aux termes de l'article 2683 C.c.Q., à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise<sup>16</sup> », le débat sur la dématérialisation du gage n'aurait probablement pas eu lieu. Ces restrictions n'ont certainement pas leur place dans un régime moderne de crédit, au surplus lorsque l'on songe que plusieurs autres techniques

12. Voir *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, aux p. 692 et 696, n<sup>os</sup> 33 et 49.

13. Voir les autorités citées, *infra*, note 31.

14. Voir le commentaire de A. MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, 259, en particulier aux p. 260, 263, 270-271, 275, 284-285. Voir aussi A. RIVARD, *Manuel de la Cour d'Appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, à la p. 55 : « [l]es précédents ne valent que ce que valent leurs motifs ». Nous constatons qu'aujourd'hui, cet enseignement, pourtant toujours d'actualité, semble malheureusement tomber en désuétude. En effet, on semble admettre, de façon générale et sans discussion, l'analyse de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*. Par exemple, voir D. PRATTE, « Titre IV. Les priorités et les hypothèques », dans *Collection de droit 2004-2005 : Contrats, sûretés et publicité des droits*, vol. 6, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2004, 109, aux p. 132-133. Notons que Mme le professeur Pratte avait autrefois pris position en sens contraire. Voir D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke (Qc), Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995 ci-après cité « *Priorités et hypothèques* », aux p. 112-114, n<sup>os</sup> 244-248.

15. À l'heure actuelle, l'arrêt *Val-Brillant* fut suivi dans au moins deux affaires, à savoir : *Fercal inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)* (10 novembre 2003), Québec, 200-05-016925-021, J.E. 2004-12 (C.S.) (en appel); *L.B. c. Caisse populaire de Frampton* (28 mai 2004), Beauce 350-05-000131-019, J.E. 2004-1460 (C.S.), REJB 2004-66835 (C.S.). L'arrêt *Val-Brillant* fut mentionné et distingué dans une autre affaire, soit : *Bélanger (syndic de)* (9 décembre 2003), Québec 200-09-004192-024, J.E. 2004-114 (C.A.).

16. Au fil du présent texte et par commodité, nous utiliserons indistinctement les termes « particulier » ou « consommateur », afin de parler de la « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » du *Code civil du Québec*.

ayant l'effet de sûretés sont disponibles aux particuliers, notamment la fiducie-sûreté, les réserves de propriété et la location à long terme.

[6] Nous tenterons donc de cerner la portée de la décision rendue dans l'arrêt *Val-Brillant*. Nous verrons par ailleurs que l'hypothèque avec dépossession n'équivaut pas au gage traditionnel du droit civil, même si le nouveau Code civil en a conservé l'appellation. Ainsi, en première partie, nous analyserons les modalités de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en particulier en ce qui a trait à son objet, c'est-à-dire le bien grevé [I].

[7] Nous verrons que cette distinction entre l'objet apparent (la chose matérielle) et l'objet véritable de l'hypothèque (le droit effectivement grevé), déjà brillamment articulée par monsieur le professeur Frenette dans un article important publié à ce sujet<sup>17</sup>, prend une nouvelle résonance dans le contexte de la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil portant sur des biens incorporels. Nous tenterons d'en tirer les enseignements qui s'imposent et d'en articuler les applications à ce domaine précis, avec autant de clarté et de rigueur que le fit monsieur le professeur Frenette dans cet article et tout au long de sa carrière, à qui nous rendons modestement hommage par cette contribution. En seconde partie, nous analyserons les modalités relatives à l'exercice des droits et recours hypothécaires propres à ce type d'hypothèque, en plus d'analyser les règles propres à son rang [II].

[8] En conclusion, nous tenterons d'explorer, brièvement, certaines pistes de solutions visant à modifier les textes du Code civil en matière d'hypothèques mobilières grevant des biens incorporels, et de souhaiter l'avènement d'une nouvelle réforme en matière de mécanismes de publicité des droits [III].

## I. MODALITÉS RELATIVES À LA CONSTITUTION ET À LA PUBLICATION DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE AVEC DÉPOSSESSION

[9] Nous énoncerons d'abord les règles concernant le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession [A], pour ensuite nous attarder au concept de la « dépossession » [B].

---

17. Voir F. FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, aux p. 811-812 : « Ainsi qu'il a été démontré, l'hypothèque porte sur un droit et uniquement sur un droit. Cet objet du droit réel d'hypothèque impose sa loi et empêche de considérer les attributs traditionnels de la propriété de la même façon que lorsqu'ils s'exercent sur la matérialité de la chose. Qui plus est, et comme nous l'avons déjà indiqué, c'est le droit grevé d'hypothèque et non l'objet de tel droit grevé qui a une valeur patrimoniale ».

## A. Le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession

[10] L'hypothèque mobilière avec dépossession bénéficie à tout créancier, que la créance soit à terme ou conditionnelle, qu'elle soit fixe ou qu'il s'agisse d'une ouverture de crédit.

[11] Il est opportun de rappeler que la personne physique qui n'exploite pas une entreprise ne peut se prévaloir de l'hypothèque mobilière sans dépossession que dans un nombre restreint de cas, c'est-à-dire « dans les conditions et sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement<sup>18</sup> ». Elle ne peut consentir une hypothèque sur une universalité de biens, ni une hypothèque ouverte, ni une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance<sup>19</sup>. À l'inverse, la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peuvent consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, une hypothèque sur une universalité de biens et une hypothèque ouverte. Aux termes de l'article 2685 C.c.Q., seule la personne qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance. Enfin, mentionnons que toute personne peut consentir une hypothèque mobilière avec dépossession<sup>20</sup>.

[12] Les restrictions à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par un particulier trouvent explication dans le désir du législateur, lors de la codification de 1994, d'éviter le surendettement du consommateur. Les pressions des groupes de protection des droits des consommateurs eurent raison d'un accès plus universel à cette sûreté. Par conséquent, l'hypothèque sans dépossession est initialement complètement interdite au particulier<sup>21</sup> ; ce n'est qu'en 1999 que le législateur a permis que certains biens dits d'« importance », comme les véhicules routiers, puissent être hypothéqués sans dépossession par un particulier<sup>22</sup>.

18. Voir l'article 2683 C.c.Q. Les biens meubles déterminés par règlement comprennent : un véhicule de promenade, une motocyclette, une habitation motorisée, une motoneige d'un modèle postérieur à 1988, certains véhicules tout-terrains, une caravane ou une semi-caravane, une maison mobile, un bateau, une motomarine, un aéronef. Voir l'art. 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II 8058 art. 15 modifié par (1998) 130 G.O II 2015, art. 5 et par (1999) 131 G.O. II 3846 art. 1 et 2.

19. Voir les articles 2684-2686 C.c.Q.

20. Pour le cas particulier d'une société, voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, aux p. 207-210, n° 3.7 [ci-après « *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd. »].

21. Voir P. CIOTOLA, « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec » dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Sainte-Foy (Qc), Les Presses de l'Université Laval, 1993, 303, aux p. 317-319, n° 23-26.

22. Voir la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 9, modifiant l'art. 2683 C.c.Q [ci-après la « *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)* »].

Notons toutefois qu'à cette occasion, le législateur n'a pas étendu l'hypothèque sans dépossession du particulier aux divers biens incorporels, dont les créances et les titres non négociables, laissant ainsi en plan des demandes de modifications législatives importantes présentées à ce chapitre, notamment, par le Barreau du Québec<sup>23</sup>. M<sup>me</sup> la juge Deschamps en a d'ailleurs, et à juste titre, pris acte dans son jugement<sup>24</sup>.

- [13] Le législateur souhaitait-il, lors de la codification de 1994 et par la suite, également soustraire l'hypothèque mobilière avec dépossession de la portée de la personne physique qui n'exploite pas une entreprise, ou en limiter la constitution aux seuls biens corporels et titres négociables? Autrement dit, a-t-il voulu empêcher que certains biens, qui pouvaient être l'objet d'un gage sous l'empire de l'ancien Code, ne puissent plus l'être sous l'empire du nouveau Code civil? La réponse n'est pas simple. Dans la mesure où les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. n'avaient pas été adoptées, l'on aurait pu concevoir, sans trop d'inconfort, que l'hypothèque mobilière avec dépossession se limitât désormais aux biens meubles corporels et aux seuls titres négociables, puisque les particuliers auraient été en mesure de constituer une hypothèque mobilière sans dépossession sur tous types de biens. Cependant, compte tenu de ces restrictions, monsieur le juge Gonthier n'hésite pas à affirmer ce qui suit :

[...] Par ailleurs, les droits en question [i.e. l'hypothèque sur la part dans une société en nom collectif (art. 2211) et l'hypothèque sur les droits résultant d'une police d'assurance-vie (art. 2461 et 2462)] n'étant pas normalement représentés par des titres négociables, ils ne pourraient plus faire l'objet d'un gage. Étant donné la nature de ces droits, qui sont le plus souvent détenus par des particuliers, il paraît invraisemblable que le législateur ait voulu limiter ainsi la possibilité de les hypothéquer [...]. Il est à cet égard intéressant de noter que les *Commentaires du ministre de la Justice* [...] concernant l'art. 2461, al. 2, indiquent que cet article s'applique

23. Le Barreau du Québec avait en effet proposé une rédaction différente à l'article 2683 C.c.Q., dans le cadre des travaux ayant mené à l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, afin de permettre la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession par les particuliers sur des placements ou autres biens incorporels, « dont la "dépossession" est soit impossible soit impraticable ». En cela, le Barreau proposait que seuls les biens meubles corporels soient réglementés par l'article 2683 C.c.Q., élargissant ainsi l'étendue de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Voir COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SÛRETÉS, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession (P.L. 181)*, février 1998, aux p. 13-14 [non publié], disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/1998/pl181.pdf> [date de consultation : 23 décembre 2004]. Le législateur n'a pas retenu ces propositions. Voir, à cet égard, M. BOUDREAULT et S. BRUNELLE, « L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers », (1999) 2 *C.P. du N.* 19, aux p. 25-30.
24. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, aux p. 708-711, n<sup>os</sup> 93-95, 98-99.

à des situations autrefois couvertes par « [l]a notion de gage du droit antérieur », ce qui suggère que l'hypothèque envisagée par cet article est une hypothèque mobilière avec dépossession<sup>25</sup>.

[Références omises]

- [14] La perception peut être tout autre pour qui veut adopter une interprétation restrictive du gage. Madame la juge Deschamps emprunte la voie restrictive et le premier élément de cette démarche est évidemment de refuser le gage sur les biens incorporels non représentés par un titre négociable aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise :

La règle de l'art. 2683 C.c.Q. traduit un choix de politique législative clair. Ni les commentaires des auteurs, émis avant la réforme, ni les dispositions finalement adoptées ne semblent soutenir l'affirmation voulant que la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession doive être élargie<sup>26</sup>.

- [15] Ainsi, pour la majorité, le législateur a tout probablement voulu accorder aux particuliers et aux entreprises la possibilité de consentir des sûretés mobilières, afin de « [...] favoriser une certaine uniformité dans ce domaine essentiel à la poursuite de nombreuses activités commerciales, tout en respectant la lettre et l'esprit du *Code civil du Québec* et les origines civilistes du concept de gage<sup>27</sup> ». Monsieur le juge Gonthier y perçoit même un objectif « [...] de favoriser l'accès par les particuliers et les entreprises du Québec au crédit garanti par des sûretés mobilières [...] »<sup>28</sup>. Pour la minorité, il en sera autrement ; la démarche démontre « [...] la préoccupation des opposants à la libéralisation de l'hypothèque pour les consommateurs [...] »<sup>29</sup>.

- [16] Là où les juges de la majorité et ceux de la minorité se rejoignent, c'est sans doute sur l'objectif de la politique législative de vouloir moderniser le droit des sûretés et de l'uniformiser sous un même type de garantie, l'hypothèque, et également de rapprocher le système québécois des autres systèmes nord-

---

25. Voir l'arrêt *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 678, n° 8. Le cas de l'article 2461 C.c.Q. constitue une problématique importante en matière d'uniformisation des règles de publicité et de priorité entre les créanciers. Nous en traitons plus loin, *infra*, en conclusion du présent texte, au paragraphe n° 107. Mentionnons que cette notion de « gage du droit antérieur » n'a pas été remplacée par l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil ; ainsi, cet argument du juge Gonthier peut s'analyser sous un autre angle, et dans cette perspective, ne nous semble donc pas concluant. En cela, nous souscrivons à ce qu'écrit M<sup>me</sup> la juge Deschamps à cet égard. Voir *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 710, n° 95.

26. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 710, n° 97.

27. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 688, n° 24.

28. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 688, n° 25.

29. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 708, n° 94.

américains. Chacun emprunte par la suite une ramification. Pour la majorité, le législateur n'a jamais voulu restreindre le domaine du gage. Pour la minorité, il en va autrement : le surendettement possible du consommateur l'expose à la prolifération des garanties mobilières. Reprenons les propos de M<sup>me</sup> la juge Deschamps : « [...] [i]l est clair que l'accès au crédit est facilité indirectement par la modernisation des institutions, mais il ne l'est pas, de façon directe, par l'élargissement du concept de gage. [...] »<sup>30</sup>.

[17] Il faut prendre garde tant des propos de la majorité que de ceux de la minorité, bien que ceux de la minorité s'intègrent mieux dans l'esprit du nouveau Code civil. Nous sommes toujours dans un système civiliste et alors la cohésion des textes est primordiale. Nous sommes dans un nouveau droit codifié : il a certes rompu avec le droit antérieur, mais l'on ne peut faire abstraction du contexte qui prévalait sous l'ancien Code, pas plus que l'on ne doit se limiter au contexte unique des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption du nouveau Code civil. Nous sommes en présence d'objectifs de politique législative contradictoires : d'une part, favoriser l'accès au crédit ; d'autre part, éviter le surendettement des consommateurs. Au-delà de ces deux objectifs contradictoires, s'en ajoute un troisième qui, à notre avis et pour les raisons que nous exposerons plus loin, permet d'envisager une conclusion à ce débat qui procède d'arguments différents : l'établissement d'un régime de publicité simple, uniforme, cohérent. Malheureusement, on peut constater que ce dernier objectif est trop souvent oublié et occulté dans le cadre de cette discussion.

[18] Le débat entourant la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession est donc nourri, d'une part, par les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. et, d'autre part, par certaines ambiguïtés rédactionnelles entourant la constitution et la publicité du gage dans les dispositions pertinentes du Code civil. Ces ambiguïtés rédactionnelles doivent néanmoins s'analyser à la lumière du concept de dépossession comme mécanisme de constitution et de publicité.

## **B. La « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession**

[19] La nature des biens qui peuvent faire l'objet d'un gage est une question qui divise profondément la doctrine et la

30. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 711, n° 99.

jurisprudence québécoises. Elle est source de l'une des controverses importantes du nouveau droit des sûretés. Certains soutiennent que seuls les biens meubles corporels et les titres négociables peuvent être engagés. C'est la thèse dite de la « matérialisation » du gage<sup>31</sup>. D'autres, au contraire, sont d'avis que l'on puisse effectivement gager non seulement les biens meubles corporels et les titres négociables, mais également les autres biens meubles incorporels (dont les créances et les titres non négociables), à condition que le créancier s'en voit conférer la « maîtrise de fait ». C'est la thèse dite de la « dématérialisation » du gage<sup>32</sup>. On a prétendu, entre ces deux pôles, que l'on pouvait soutenir avec ambiguïté l'une ou l'autre de ces thèses, invitant le législateur à préciser clairement le domaine du gage en rapport avec les créances, par l'adoption d'une modification législative à cette fin<sup>33</sup>.

[20]

Il y a lieu, afin de bien saisir les enjeux soulevés par ce débat, de cerner, en premier lieu, la nature et la fonction de la dépossession [1]. Par la suite, l'analyse des modalités de cette dépossession, c'est-à-dire la remise du bien ou du titre comme mécanisme de constitution [2] et la détention paisible et continue comme mécanisme de publicité [3], est plus aisée, et permet

- 
31. Voir J.B. CLAXTON, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the civil Code of Québec*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1994, à la p. 33, n° 3.3.2; M. DESCHAMPS, « La fiducie pour fins de garantie » dans *Conférences MEREDITH Lectures 1997 : Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain / Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, Faculté de droit, Université McGill, 1997, aux p. 139-144 [ci-après « La fiducie »]; M.B. RHÉAUME, « Le gage des valeurs mobilières par un particulier », (1995) 98 *R. du N.* 90, à la p. 96; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, note 14, aux p. 112-114, n° 244-248. Cette thèse a reçu l'aval de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Blouin (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 321 (C.A.), J.E. 2001-272 (C.A.), REJB 2001-22101 (C.A.), renversé par la Cour suprême du Canada par la suite dans l'arrêt *Val-Brillant*. Voir aussi *Morcos (Syndic de)* (30 mars 2000), Montréal 500-11-013173-006, J.E. 2000-863 (C.S.); *Lambert (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 217 (C.A.), J.E. 2001-273 (C.A.), REJB 2001-22278 (C.A.).
32. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2001, aux p. 359-366 et 371, n° 862-874.1 et 886; L. RABEAU, « L'insaisissabilité des REER et autres produits connexes », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit / Nouvelle série*, vol. 1, Doctrine, Faillite et insolvabilité, Document 2, novembre 1995, aux n° 275-283. voir aussi : *Bolduc c. Caisse populaire Desjardins de Bonsecours* (28 septembre 2000), Bedford 460-05-000230-982, J.E. 2000-1985 (C.S.); *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger* (30 janvier 2001), Hull 550-05-009547-004, J.E. 2001-616 (C.S.).
33. Voir P. CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme? », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 42, aux p. 64-66 [ci-après « Contre-réforme »], texte également publié à la Revue du Notariat, (2003) 105 *R. du N.* 853, à la p. 878 [ci-après « Épizootisme législatif »]; P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, à la p. 238, n° 3.33. Voir aussi M. BOUDREAULT et P. CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697, aux p. 737-740.

d'entrevoir les problématiques soulevées par les règles de conflits de lois applicables à la validité et à la publicité des sûretés mobilières avec dépossession sur des biens meubles incorporels [4].

### 1. Notion, nature et fonction de la dépossession

[21] La dépossession peut se définir comme étant la « [p]erte de la possession<sup>34</sup> » ; il ne s'agit pas tant de la « possession juridique<sup>35</sup> » elle-même, que de la « possession précaire ou naturelle<sup>36</sup> », qui procède par le dessaisissement du débiteur au profit du créancier, le créancier devenant alors « détenteur » du bien, et non pas « possesseur » du bien ; certes, possède-t-il le droit réel d'hypothèque ; cette hypothèque ne saurait, par ailleurs, s'acquérir par prescription, résultant de la possession de la chose ou du bien, faute d'*animus domini*<sup>37</sup>. En cela, la terminologie anglaise du Code civil est plus juste que celle de la version française, puisque cette idée du dessaisissement menant à la détention du bien y est exprimée clairement : il s'agit bien d'une « movable hypothec with delivery », selon les termes de l'article 2702 C.c.Q. et aucune référence à la « dépossession » n'y est faite.

[22] À la fois mécanisme de constitution et de publicité du gage, la dépossession opère une fonction qualifiée de traditionnelle chez les uns<sup>38</sup> et de modèle chez les autres<sup>39</sup>. Dans le gage traditionnel ou modèle, la dépossession atteint deux objectifs qui sont décrits systématiquement par la doctrine française.

[23] En premier lieu, la dépossession est une mesure de constitution, qui est parfaite par la remise du bien au créancier gagiste. C'est un déplacement de la détention du bien du constituant au créancier gagiste et, parfois, à un tiers convenu dans le cadre de l'entiercement. Traditionnellement, cette dépossession au profit

34. Voir P.-A. CRÉPEAU, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1991, à la p. 169, s.v. « dépossession ».

35. *Id.*, aux p. 433-434, s.v. « possession juridique ». Cette notion est articulée aux articles 921-933 C.c.Q.

36. *Id.*, à la p. 434, s.v. « possession naturelle », « possession précaire ». Ainsi, le créancier gagiste n'est qu'un détenteur précaire du bien grevé.

37. Voir P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, à la p. 506, n° 608. Le gagiste a une détention, pour ne pas dire une possession, « entachée de précarité » ; il « ne possède pas à titre de propriétaire ». Voir M. BILLAU, « Réflexions sur le gage », J.C.P. 1996, 1<sup>re</sup> éd., G. 3897. *Contra* : D. VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, à la p. 204, n° 500.

38. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, à la p. 531, n° 664.

39. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, à la p. 298, n° 374.

du créancier gagiste lui assure la possibilité d'exercer le droit de rétention du bien nanti, non seulement à l'encontre du constituant, mais aussi des créanciers de ce constituant. Elle permet donc au créancier gagiste de faire obstacle aux recours que peuvent exercer les autres créanciers, chirographaires ou privilégiés, en leur opposant le droit de retenir le bien sous réserve d'être désintéressé.

[24] En second lieu, puisqu'elle a pour effet de priver le constituant de la détention du bien grevé, la dépossession est une mesure de publicité : elle informe les tiers de l'existence du contrat de gage<sup>40</sup>. La doctrine française lui attribue principalement un « rôle de publicité matérielle<sup>41</sup> ». Cette fonction privative confère habituellement au créancier gagiste un privilège opposable aux tiers, permettant ainsi son plein accomplissement. C'est une mesure de protection contre la fraude et le détournement du bien mis en gage, qui « protège le créancier gagiste contre un risque de détournement du gage par le constituant<sup>42</sup> », qui « évite les gages généraux, grevant un ensemble de biens indifférenciés<sup>43</sup> », qui contraint le constituant à la prudence lors du dessaisissement, l'invitant ainsi à une meilleure compréhension de la gravité du geste posé et de ses conséquences. La dépossession devient donc l'acte fondateur du gage ainsi qu'une formalité de protection du constituant<sup>44</sup>.

[25] Cette fonction constitutive et privative de la dépossession prévalait, bien sûr, pour les gages constitués en vertu de l'ancien Code; on peut douter qu'il en soit ainsi sous l'empire du *Code civil du Québec*. Tout dépendra, en effet, de la façon de constituer un gage et des mécanismes (ou artifices) mis en place à cette fin.

## 2. La « remise » du bien ou du titre : constitution de la sûreté

[26] Si, de manière générale, la remise d'un bien corporel ou d'un titre négociable ne pose pas de difficultés conceptuelle et pratique [a], il en va autrement lorsqu'il s'agit de remettre un bien meuble incorporel ou un titre non négociable en vue de constituer un gage [b].

40. *Ibid.*, à la p. 301, n° 382.

41. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 38, à la p. 532, n° 665.

42. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Éditions Cujas, 8<sup>e</sup> éd., 1996, à la p. 188, n° 506.

43. *Ibid.*

44. Voir P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 501-502, n° 602.

### a) Généralités

[27] L'hypothèque mobilière avec dépossession ou gage est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier. Elle n'est pas obligatoirement soumise à la forme écrite<sup>45</sup>, sauf s'il y a entiercement<sup>46</sup>. Ainsi, la dépossession elle-même devient un mécanisme (ou une formalité) de constitution de la sûreté<sup>47</sup>. Le gage est donc un contrat réel, car il se forme par la tradition de la chose sur laquelle il porte<sup>48</sup>. Nous verrons cependant que le caractère réel de l'hypothèque avec dépossession du nouveau Code civil n'est plus aussi affirmé que celui de l'ancien Code.

[28] Ainsi, il n'y a pas de difficulté conceptuelle à admettre que la remise physique d'un bien meuble corporel par le constituant au titulaire opère la dépossession requise pour effectivement constituer le gage. De même, la remise d'un titre négociable n'est pas problématique : qu'il soit négociable par endossement et délivrance, ou par délivrance seulement, elle s'accomplira par l'endossement et/ou la délivrance du titre en faveur du titulaire de l'hypothèque<sup>49</sup>.

### b) De la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non-négociable

[29] Toutefois, la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non négociable est plus délicate. La remise d'un bien meuble incorporel, qui n'est pas un titre négociable, suppose un mécanisme de dépossession fictif, établi par les critères énoncés par le législateur ; on constate cependant, depuis l'arrêt *Val-Brillant*, que le tribunal se fait législateur à cet égard<sup>50</sup>. Dépossession fictive, car la tradition de la chose ne s'opère pas matériellement ou

45. Pour le régime général des hypothèques mobilières avec dépossession, imparfaitement appelées gages, voir les articles 2702-2709 C.c.Q.

46. Article 2705 C.c.Q. Cet article parle d'une « preuve écrite de l'hypothèque ». Il s'agit là d'une différence majeure en comparaison du droit français, qui fait de l'écrit une exigence traditionnelle en vue de la constitution d'un gage, dont l'objectif est d'éviter les fraudes. Voir l'article 2074 du *Code civil français*. Voir aussi P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 500-501, n° 601. Nous notons que M. le juge Gonthier ferme les yeux sur cette exigence lorsqu'il réfère au droit français, ce que relève justement M<sup>me</sup> la juge Deschamps. Voir *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, aux p. 685-686, n° 20-21 ; M<sup>me</sup> la juge Deschamps, à la p. 714, n° 111. Voir notre discussion, ci-dessous, au paragraphe n° 38.

47. Sur le sens de la dépossession, voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.* note 20, aux p. 234-238, n° 3.33.

48. Voir P.-A. CRÉPEAU, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, à la p. 88, *s.v.* « contrat réel ».

49. Articles 2702 et 2709 C.c.Q.

50. Normalement, ces mécanismes doivent être établis par le législateur exclusivement. Dans ce cas précis, les dispositions législatives du nouveau Code civil présentent une certaine ambiguïté,

physiquement. Cette dépossession fictive implique que soit conféré au créancier la maîtrise de fait ou le contrôle du bien. Cette maîtrise de fait signifie que le créancier acquiert le pouvoir de transiger seul ou de percevoir la valeur du bien, sans autre autorisation de la part du constituant. Partant, cette maîtrise de fait « dépossède » le créancier du bien affecté, assurant ainsi la constitution du gage; d'autre part, ce contrôle exclusif et privatif ainsi conféré au créancier titulaire suffirait à rendre « public » le gage, donc à le publiciser, puisque le bien affecté échapperait aux autres créanciers; comme nous le verrons, ce dernier élément ne se vérifiera que dans la mesure où le créancier se voit conférer, par ce mécanisme de constitution, un rang prioritaire ne s'appuyant pas nécessairement sur le principe de l'ordre du temps<sup>51</sup>. Cette dépossession fictive s'accomplira de diverses façons, soit par la notification ou la signification de cette remise du bien incorporel au débiteur cédé, soit par l'acceptation de cette remise par le débiteur cédé, soit par la notification et par l'acceptation de cette remise du bien par le constituant et par le débiteur cédé ou par le tiers visé, lorsque l'on sort du contexte de la cession de créance. Si cette dépossession fictive était bien articulée sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* [i], il n'en va pas de même lorsque l'on analyse la situation sous l'empire du nouveau Code civil [ii]. Dans cette veine, nous verrons que l'arrêt *Val-Brillant* opère une distinction entre les titres non négociables qui ne constituent pas des créances et ceux qui représentent, justement, des créances [iii]. Enfin, nous concluons en discutant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit afin que cette dépossession fictive puisse s'opérer, sous l'empire du nouveau Code civil [iv].

#### i) Dépossession fictive sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*

[30] La dépossession fictive se justifiait comme modalité de constitution et de publicité, à une époque où l'hypothèque mobilière sans dépossession n'existait pas, où les avancées informatiques

---

notamment eu égard à l'interprétation des termes « bien », « titre » et « créance » des articles 2702, 2703 et 2708 C.c.Q., ce qui permettrait, soutient-on, une interprétation judiciaire des règles entourant la remise du bien ou du titre, comme l'illustre l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 11.

51. Ce qui est des plus discutable, parce que constituant une dérogation au principe de l'ordre du temps entre les créanciers, dont les justifications, en dehors de l'accomplissement de cette fonction privative du gage, sont des plus nébuleuses et incertaines. À cet égard, voir notamment J.J. WHITE, « Reforming Article 9 Priorities in Light of Old Ignorance and New Filing Rules », (1995) 79 *Minn. L. Rev.* 529.

qui auraient permis l'établissement d'un registre unique, central et informatisé de publicité n'existaient pas non plus<sup>52</sup>. Le *Code civil du Bas Canada* permettait explicitement la constitution d'un gage sur créances, peu importe leur nature<sup>53</sup>. La « possession utile » de la créance s'accomplissait par la signification de l'acte constitutif écrit, authentique ou sous seing privé, au débiteur cédé, ou par l'acceptation du débiteur cédé<sup>54</sup>. Ainsi, la signification de l'acte au débiteur cédé faisait-elle perdre au débiteur gagiste le pouvoir sur sa créance; toutefois, l'on admit que ce mécanisme posait difficulté, particulièrement si le gage portait sur une universalité de créances; pour cela, le législateur édicta, en 1968, l'article 1966 C.c.B.C. *in fine*, qui prévoyait que l'exécution d'un acte authentique ou la délivrance d'un acte sous seing privé tenaient lieu de remise de possession<sup>55</sup>. Dans la même veine, rappelons que l'enregistrement, pour les transports généraux de dettes, tenait lieu de la signification et de la délivrance à l'égard des créances ou comptes de livres non encore acquittés à la date de la publicité dans les journaux<sup>56</sup>. La dépossession était fondée sur la remise du bien mais s'adaptait selon les circonstances et les types de créances: elle pouvait consister en la signification ou même, par une fiction de la loi, en l'enregistrement, ou en l'exécution ou délivrance d'un acte écrit, authentique ou sous seing privé, qui pouvait tenir lieu tant de la remise que de la signification.

52. Voir Y. CARON, *loc. cit.*, note 10.

53. Voir les articles 1974, 1966 (3), 1570-1571, 1578, 2127 C.c.B.C.

54. Art. 1570-1571 C.c.B.C., sous réserve de l'article 2127 C.c.B.C., concernant l'enregistrement.

55. Art. 2, *Loi modifiant le Code civil*, S.Q., 1967-1968, c. 81. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987, aux p. 90-91 [ci-après « *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd. »]. On comprendra en effet que la remise de possession par la signification aux multiples débiteurs cédés ou par l'acceptation de tous ces débiteurs aurait constitué un obstacle majeur à une remise simple et efficace des créances engagées, à l'étape de la constitution du gage. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 353-354, n<sup>o</sup> 850.

56. Art. 1571(d) C.c.B.C. Dans l'arrêt *Québec Gaz Naturel inc. (Syndic de)*, [1987] R.J.Q. 984 (C.A.), à la p. 987, la Cour d'appel rappelle la fonction de l'enregistrement, tant comme mesure de possession que comme technique d'opposabilité du transport général de dettes:

C'est l'enregistrement lui-même qui tient lieu de signification et qui donne une possession utile à l'encontre des tiers. L'avis de cet enregistrement n'a qu'un rôle très limité, soit celui d'empêcher le cessionnaire de pouvoir réclamer aux cédés les créances que ceux-ci auraient acquittées avant la parution de cet avis. Ce n'est pas l'avis qui tient lieu de signification, c'est l'enregistrement lui-même.

Voir au même effet: *In re Pomerleau, Sand and Gravel Co. Ltd: Huard c. Banque provinciale du Canada*, [1976] C.S. 1309, à la p. 1311.

ii) Dépossession fictive sous l'empire du *Code civil du Québec*

[31] Sous l'empire du *Code civil du Québec*, la situation est plus complexe, alors qu'elle devrait être plus simple. Le nouveau Code civil permet la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession ou d'un gage portant sur une créance, voire sur une universalité de créances<sup>57</sup>. Le gage qui porterait sur une universalité de créances devrait néanmoins faire l'objet d'une inscription au registre mobilier<sup>58</sup>. Peut-on constituer un gage sur un titre non négociable? Dans ce cas, comment s'effectue la remise du titre au créancier gagiste? Le nouveau Code civil permet-il une dépossession fictive, comme le permettait l'ancien Code? Une interprétation littérale des textes du Code civil permettrait de conclure par la négative<sup>59</sup>; une interprétation téléologique extensive, par l'affirmative<sup>60</sup>.

[32] Tous s'entendent pour dire que la remise matérielle d'un titre non négociable par le débiteur au créancier gagiste ne peut, sans autre formalité, suffire à constituer sa remise au créancier gagiste aux termes de l'article 2702 C.c.Q.<sup>61</sup>. La remise de possession doit donc s'effectuer par la notification du gage au débiteur de la créance cédée, ou par l'acceptation de ce dernier, afin de conférer au créancier la maîtrise de fait de la créance. Selon une certaine

---

57. Art. 2710 C.c.Q.

58. Art. 2710 (2), 2711, 1642 et 2950 C.c.Q. Ainsi, on ne voit pas pourquoi un tel mécanisme serait permis, puisque ses exigences de formes sont plus incertaines que celles de l'hypothèque mobilière sans dépossession. De toute façon, dans les faits, le gage sur une universalité de créances n'existe pas : il s'agit bien d'une hypothèque mobilière sans dépossession. Voir, de façon générale, P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 295-297, nos 3.83-3.84.

59. C'est l'interprétation retenue par M<sup>me</sup> la juge Deschamps, dissidente, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 11, que nous préférons. À cet égard, reprenons ses termes éloquentes, énoncés à la p. 715, n<sup>o</sup> 116 : « Malgré l'attrait que l'approche proposée par le juge Gonthier présente, je ne puis me résoudre à l'accepter. Ce serait, pour moi, ajouter au texte et y substituer une vision de ce que le texte devrait être alors qu'un choix clair a été fait par le législateur en 1991. *Ce serait, pour moi, récrire le Code* ». [Nos italiques]

60. C'est l'interprétation retenue par M. le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 11. Voir, concernant l'approche téléologique extensive des lois par les tribunaux et ses méfaits quant à la véritable réforme du droit, R.A. MACDONALD, « How Far Functionalism », conférence prononcée au Insolvency Institute of Canada's 14<sup>th</sup> Annual Conference and General Meeting, Mont-Tremblant, Québec, du 3 au 5 octobre 2003 [non publiée] [ci-après « How Far Functionalism »]. Nous constatons que M<sup>e</sup> Louis Payette, tout en déplorant les limites posées par l'art. 2683 C.c.Q., n'en propose pas pour autant de modifications par le législateur. Il suggère même que, dans un nombre grandissant de circonstances, des entreprises veulent publier une hypothèque mobilière par dépossession plutôt que par inscription, même si l'hypothèque mobilière sans dépossession leur est disponible. À notre avis, une telle tendance favorise l'occultisme au détriment de la clarté, ceci dit avec déférence pour l'opinion contraire. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 357, n<sup>o</sup> 858.

61. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 681, n<sup>o</sup> 14.

interprétation, le Code civil permet cette dépossession fictive, par le truchement des articles 2710, *in fine*, et 1641 C.c.Q.<sup>62</sup>. Selon une autre interprétation, le Code civil ne permet pas cette dépossession fictive, car les articles 2710, *in fine*, et 1641 C.c.Q. traitent de la façon de rendre opposable à l'encontre des débiteurs des créances hypothéquées toute hypothèque grevant de telles créances, et ce, pour la seule fin de faire ainsi valoir l'hypothèque, qu'il s'agisse d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession, et non pas de la façon de constituer une telle hypothèque<sup>63</sup>. Ainsi, selon cette dernière interprétation, les textes de ces dispositions confèreraient au mécanisme de la notification du gage au débiteur cédé (ou de son acceptation par ce dernier), une simple fonction d'opposabilité aux fins de faire valoir l'hypothèque, car les termes employés par le législateur n'indiquent pas que ces mécanismes tiennent lieu de « remise de possession » ou qu'ils confèrent « possession utile », à l'instar des termes autrefois utilisés aux articles 1571 et 1966 (3) C.c.B.C. De plus, le gage du *Code civil du Québec* ne nécessite pas d'écrit, contrairement au gage de créance du *Code civil du Bas Canada*<sup>64</sup>. En découle une interprétation restrictive de la portée du gage, à laquelle nous souscrivons :

[106] D'ailleurs, il eut été étonnant que le législateur ait voulu laisser cohabiter l'hypothèque sans dépossession, constatée dans un écrit et assujettie à l'inscription, et l'hypothèque avec dépossession, elle aussi constatée dans un écrit, mais non assujettie à l'inscription. *Ce résultat me paraîtrait contraire à la logique découlant de l'instauration du registre des droits réels et personnels [sic]. L'exclusion de l'inscription n'a de sens que pour les cas où l'inscription n'ajoute rien à la publicité et à la protection des tiers.*

[107] Contrairement à l'interprétation que le juge Gonthier fait de mon analyse, je ne prétends pas que la « présence » de l'écrit est incompatible avec la notion de gage. C'est plutôt l'exigence de l'écrit qui l'est. D'ailleurs, les conclusions qu'il tire dans le présent cas se fondent sur l'analyse des droits qui découlent de l'acte d'hypothèque [grevant des titres de créances

62. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, aux p. 678-685, 690-692, n<sup>os</sup> 9-19, 28-31 ; voir aussi L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 359-360, 466, n<sup>os</sup> 864-865, 1094.

63. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, aux p. 705-706, 711-716, n<sup>os</sup> 85-88, 100-121. Voir également, en ce sens, P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 295-296, n<sup>o</sup> 3.83 : « Le renvoi aux modalités des cessions de créance ne concerne que l'opposabilité de l'hypothèque des créances aux débiteurs cédés ; ces modalités n'affectent pas le rang des créanciers bénéficiaires d'une hypothèque sur les créances ou sur une universalité de créances, car ce rang est essentiellement lié à l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers [ou à la détention de la créance, dans le cas d'un gage] ». Voir, enfin, M. DESCHAMPS, *La fiducie*, *loc. cit.*, note 31, à la p. 143.

64. Contrairement, aussi, au gage de créances du droit français. Voir les articles 2074-2075 du *Code civil français* ; voir aussi : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 500-501, 518-519, n<sup>os</sup> 601 et 625.

non négociables] consenti à la Caisse et non sur l'analyse des droits qui résulteraient de la simple remise des certificats [de dépôt stipulés non négociables et incessibles]<sup>65</sup>.

[Référence omise; nos italiques]

[33] La Cour d'appel du Québec<sup>66</sup> avait avalisé l'approche restrictive de la thèse de la matérialisation du gage, qui s'avère plus cohérente, compte tenu de la formulation actuelle des dispositions du Code civil, ce que les tenants de la thèse opposée admettent d'emblée<sup>67</sup>. La Cour suprême du Canada a cependant fait sienne, sur division, la thèse de la dématérialisation du gage en droit civil québécois<sup>68</sup>. Ainsi, si l'on accepte cette interprétation proposée par M. le juge Gonthier, l'on peut constituer un gage sur une créance non représentée par un titre négociable comme suit :

[16] En conséquence, lorsque le gage porte sur une créance non représentée par un titre négociable, le mécanisme prévu par les art. 2710 et 1641 s'inscrit en parallèle avec celui prévu par l'art. 2709 pour les titres négociables. En effet, il permet d'accomplir les trois étapes conceptuelles du gage d'une créance: dès que le droit du créancier d'obtenir paiement en cas de défaut est rendu opposable au débiteur de la créance conformément à l'art. 1641, le créancier obtient la maîtrise effective de celle-ci et le gage est donc constitué et publié. *Par ailleurs, étant donné que le maintien matériel d'un titre, même non négociable, entre les mains du débiteur serait susceptible d'induire les tiers en erreur en suggérant que celui-ci continue à disposer librement de la créance, il sera également nécessaire, lorsqu'un tel titre existe et que sa remise est possible, qu'il soit matériellement remis au créancier pour que la remise prévue à l'art. 2702 soit complète.* Il me semble donc que le législateur a prévu dans les dispositions du nouveau Code toutes les conditions nécessaires à la création d'un gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable, qu'elle soit constatée ou non par un titre non négociable.

[...]

[28] Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) *lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier;* et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.<sup>69</sup>.

[Nos italiques]

65. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, aux p. 712-713, n<sup>os</sup> 106-107.

66. *Blouin (Syndic de)*, précité, note 31, renversé par l'arrêt *Val-Brillant* en Cour suprême, précité, note 11.

67. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 359, n<sup>o</sup> 861.

68. C'est l'interprétation retenue par M. le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 11.

69. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, aux p. 683, 690-691, n<sup>os</sup> 16 et 28.

[34] Plusieurs commentaires s'imposent.

iii) Des titres non négociables qui ne constituent pas des créances

[35] Tout d'abord, il convient de se demander si les principes énoncés par la majorité dans cette décision s'appliqueront également aux titres non négociables qui ne constituent pas des créances. Nous ne le croyons pas: il faudra trouver un rapport débiteur-créancier, donc une créance, pour que cette interprétation vaille<sup>70</sup>.

[36] À titre d'exemple, cette question ne se pose pas dans le cas des valeurs mobilières dématérialisées ou indirectement détenues, qui sont admises à l'inscription en compte auprès d'une chambre de compensation agréée par l'Agence nationale d'encadrement du secteur financier (l'« Agence »): dans ce cas, les articles 10.2, 10.3 et 10.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*<sup>71</sup> édictent qu'une hypothèque sur une telle valeur peut se faire par virement dans les comptes tenus par la chambre de compensation, qui confère « possession utile » au créancier gagiste, « bien que les titres ne soient pas individualisés<sup>72</sup> ». La *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit donc explicitement une remise ou dépossession fictive dans un tel cas, ce qui renforce l'idée que les dispositions du Code civil ne sont pas suffisantes pour accomplir le même résultat en matière de gage de créances constatées par d'autres titres<sup>73</sup>. Ces dispositions seraient toutefois d'application limitée, d'une part parce que seuls les établissements financiers membres d'une chambre de compensation peuvent s'en prévaloir et qu'il ne

70. *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 700, n° 63, qui confirme ainsi la portée de cet arrêt. Voir également, en ce sens, les commentaires de P. d'ETCHEVERRY, « L'affaire Caisse populaire de Val-Brillant: la Cour suprême rend possible la prise en garantie des placements des particuliers », Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Montréal, Insight Information Co., 22 et 23 septembre 2003, aux p. 9-10 [non publié].

71. L.R.Q., c. V-1.1 [ci-après la « *Loi sur les valeurs mobilières* » ou « LVMQ »]. On peut déplorer que ces mécanismes se retrouvent dans une loi particulière et souhaiter qu'ils soient rapatriés dans le Code civil et, bien sûr, qu'ils y soient mieux articulés afin de tenir compte des réalités commerciales.

72. Voir M. DESCHAMPS, « Les sûretés sur les valeurs mobilières », Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., Montréal, 22 et 23 septembre 2003 [non publié], aux p. 8-10 [ci-après « Valeurs mobilières »]. Voir aussi L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 414-416, 420-422, nos 989-991, 997-1001.

73. M<sup>me</sup> la juge Deschamps l'a d'ailleurs bien noté, observant qu'aucun régime spécial n'est prévu pour le gage de titres. Voir l'arrêt *Val-Brillant*, M<sup>me</sup> la juge Deschamps, note 11, précité, à la p. 699, n° 61.

s'agirait pas d'un usage répandu en pratique<sup>74</sup>; d'autre part, puisque la seule chambre de compensation qui soit reconnue par l'Agence est la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée (« CDS »)<sup>75</sup>, ce qui signifie, par conséquent, que toute valeur mobilière dématérialisée non inscrite auprès de CDS mais auprès d'une autre chambre de compensation, par exemple « The Depository Trust & Clearing Corporation<sup>76</sup> » aux États-Unis, ou « Euroclear<sup>77</sup> », en Europe, ne bénéficierait pas de ce mécanisme de dépossession fictive prévu à la *Loi sur les valeurs mobilières*.

[37] Néanmoins, dans cette dernière situation, de même que dans le cas où un particulier veut engager les parts qu'il détient dans un fonds commun de placements ou dans un compte de courtage, l'on a soutenu que le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant* recevrait sans doute application<sup>78</sup>, dans la mesure où ce n'est pas tant le droit de propriété de l'investisseur sur ses actions dématérialisées qui est analysé, mais plutôt les droits découlant de sa relation avec le courtier, l'intermédiaire de marché, comme étant constitutifs d'une créance<sup>79</sup>. Toutefois, ce droit n'est pas nécessairement représenté par un titre. De plus, dans la mesure où ce droit de créance n'est pas considéré comme unique, mais plutôt comme étant le droit de percevoir le produit de liquidation d'une universalité de valeurs mobilières présentes et futures qui fluctuent dans le temps, on peut douter qu'un particulier soit en mesure d'engager de tels biens : l'article 2684 C.c.Q. lui interdit de constituer une hypothèque grevant une universalité. De même, le gage ne peut grever des biens futurs, à moins que

- 
74. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 421-422, n° 999-1000.1. Pour M<sup>e</sup> Payette, il serait néanmoins possible, pour le particulier, de créer une hypothèque sur des valeurs dématérialisées par l'intermédiaire de son courtier qui, lui, procéderait à l'intervention de titres avec la chambre de compensation pour le compte de son client. Il détiendrait l'hypothèque pour le compte du particulier en vertu de l'article 2705 C.c.Q. Avec déférence, cette hypothèse nous semble discutable. En effet, l'hypothèque n'est pas, dans ce cas, constituée par le particulier, mais par le courtier, malgré ce qu'en dit l'art. 10.4 LVMQ, précitée, note 71.
75. Art. 169 LVMQ, précitée, note 71 ; Art. 59, *Loi sur l'agence nationale d'encadrement du secteur financier*, L.R.Q., c. A-7.03 ; Commission des valeurs mobilières du Québec, Bulletin hebdomadaire, vol. XV, n° 34, 24 août 1984 (décision du 22 août 1984, n° 7167, « Reconnaissance de la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée à titre d'organisme d'autoréglementation »). Voir également le site Web de CDS, à l'adresse Internet suivante : <http://www.cds.ca> [date de consultation : 22 septembre 2004]. Voir aussi M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, aux p. 8-10, n° 3.1.
76. Voir le site Web de cet organisme, à l'adresse Internet suivante : <http://www.dtcc.com> [date de consultation : 19 décembre 2004].
77. Voir le site Web de cet organisme, à l'adresse Internet suivante : <http://www.euroclear.com> [date de consultation : 19 décembre 2004].
78. Voir M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, aux p. 8-10, qui émet toutefois des doutes à cet égard.
79. Voir, en ce sens, P. d'ETCHEVERRY, *loc. cit.*, note 70, aux p. 10-13.

l'on admette l'existence d'une remise « continue » qui dépende de la seule et première intention de remettre du créancier et qui survient automatiquement par la suite, ce qui est douteux<sup>80</sup>.

iv) De la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit

[38] Dans un autre ordre d'idées, comme le suggère M. le juge Gonthier lui-même, le maintien matériel par le constituant du document constatant un titre non négociable est susceptible d'induire les tiers en erreur quant à la maîtrise effective de la créance conférée à un créancier en particulier. Pour cette raison, il suggère que tout document écrit constatant un tel titre soit remis au titulaire du gage, lorsque possible. Cet argument illustre, à lui seul, les failles importantes du raisonnement de la Cour en cette affaire. Ainsi, la remise de tout document ou acte, sauf s'il est constitué en forme authentique<sup>81</sup>, ne permet pas de présumer qu'il n'en existe pas d'autres venant constater le titre de créance, y ajouter ou y déroger : une telle remise ne confère par conséquent aucune protection aux tiers. Pire, les critères énoncés par la Cour permettent que le gage soit constitué sans qu'aucun document constatant le titre de créance n'existe. Or, il faut remettre

80. Voir M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 31, aux p. 105-106; voir cependant L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 360-361, 366-368, 422-423, n<sup>os</sup> 866, 876-877, 1002. Dans de nombreux pays, les sûretés sur les valeurs mobilières font l'objet d'une réglementation spéciale. C'est notamment le cas en France, aux États-Unis. La problématique de la constitution et de la publication de telles sûretés, particulièrement celles portant sur des valeurs dématérialisées détenues par un intermédiaire, est d'ailleurs au cœur des travaux de nombreux organismes de réforme du droit. Voir, en droit français, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 524-526, n<sup>os</sup> 631-632; en droit américain, voir J.J. WHITE et R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5<sup>e</sup> éd., St.Paul (Minn.), West Group, 2000, aux p. 775-778. Au niveau international, voir P. PAECH, « L'harmonisation du droit matériel pour l'utilisation des titres détenus auprès d'intermédiaires à titre de garantie : le projet d'UNIDROIT », (2002) *Rev. dr. unif.* 1141; The Unidroit Study Group on Harmonized Substantive Rules Regarding Indirectly Held Securities, *Position Paper*, août 2003, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante: <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/studygroup/positionpaper-2003-08.pdf> [date de consultation : 6 novembre 2004] [ci-après le « *Position paper, Unidroit, 2003* »]; UNIDROIT, *Draft convention on substantive rules regarding securities held with an intermediary (Preliminary Discussion Draft)*, Rome, April 2004, Unidroit 2003, Study LXXVIII-Doc.13 prov. 2 (English only), disponible en ligne à l'adresse Internet suivante: <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/draft/s-78-13prov2-e.pdf> [date de consultation : 12 décembre 2004] [ci-après le « *Projet préliminaire d'Unidroit concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire (2004)* »].

81. À cet égard, voir nos réflexions, *infra*, au paragraphe n<sup>o</sup> 101, en troisième partie d'analyse, quant à la possibilité d'assujettir à la forme notariée les hypothèques mobilières conventionnelles sans dépossession constituées par des particuliers, comme formalisme de protection qui permettrait d'assouvir les craintes des organismes de protection du consommateur eu égard au surendettement.

le titre au créancier, aux termes de l'article 2702, ou qu'il « se trouve entre ses mains<sup>82</sup> », pour accomplir cette fonction privative du gage ou de la dépossession. On constate donc que cette fonction privative de la remise n'est pas vraiment accomplie par le mécanisme proposé par M. le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant*. Cette absence d'écrit s'écarte par ailleurs de l'enseignement traditionnel du gage en droit civil français, où l'écrit est nécessaire comme formalité de constitution, afin d'éviter les fraudes<sup>83</sup>.

- [39] De plus, même si l'on « remet<sup>84</sup> » matériellement un tel document au créancier, la fonction privative n'est pas accomplie, puisque le Code civil ne confère aucune priorité de rang au créancier titulaire, à l'inverse de ce qui prévalait sous l'égide du *Code civil du Bas Canada*, de ce qui prévaut en droit français ou américain<sup>85</sup>. En effet, le gage du nouveau Code civil est publié en fonction de la date et de l'heure de la remise du bien ou du titre. Cela signifie, dans le cas où le constituant est une personne morale, que toute hypothèque sans dépossession antérieurement publiée par inscription et grevant déjà le bien engagé postérieurement, aurait priorité de rang sur le créancier gagiste, sans que le titulaire de l'hypothèque sans dépossession ne puisse le savoir effectivement. Partant, comment le créancier gagiste peut-il se voir conférer une maîtrise effective de la créance qui est déjà grevée en faveur d'un autre créancier? On a soutenu que cette hypothèse ne s'appliquerait pas dans le cas d'une personne physique, puisqu'elle ne pourrait avoir consenti une hypothèque sans dépossession de rang antérieur affectant ce type de bien, ce qui est vrai; cependant, dans ces deux cas de figure, cela n'empêcherait pas que la créance engagée soit déjà garantie en faveur du constituant

---

82. À notre avis, ce langage imagé, utilisé à l'art. 2702 C.c.Q., milite clairement en faveur de la thèse de la matérialisation du gage.

83. Voir P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 500-501, n° 601. Voir nos commentaires, *supra*, note 46.

84. Il ne s'agit pas de la remise prévue à l'article 2702 C.c.Q., comme en convient M. le juge Gonthier, dans *Val-Brillant*, précité, note 11, aux p. 681-682, n° 14.

85. En droit français, voir P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 509-510, n° 614; voir l'art. 2078 du *Code civil français*, qui confère, dans les faits, une priorité au créancier gagiste. En droit américain, voir J.J. WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, note 80, aux p. 863-865; U.C.C. § 9-327 et 9-328 (2001). Voir, enfin, l'article 13 du *Projet préliminaire d'Unidroit concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire* (2004), *supra*, note 80.

par une hypothèque inscrite, empêchant de ce fait la constitution d'un gage sur une telle créance<sup>86</sup>.

- [40] D'autre part, cette maîtrise de fait conférée en faveur d'un créancier spécifique empêcherait-elle le constituant de consentir un gage de second rang, voire de troisième rang, en faveur de créanciers subséquents, portant sur le même bien? On peut penser que non, si tant est que cette maîtrise de fait conférée au créancier gagiste est exclusive et privative<sup>87</sup>; cependant, M<sup>e</sup> Payette affirme que

[la dépossession] empêche en principe le débiteur de tirer à nouveau crédit de l'objet gagé. Le débiteur pourrait toutefois inscrire une hypothèque de second rang sur le bien ou même créer un gage pour un autre créancier si le premier créancier convenait de détenir le bien en second rang pour ce deuxième créancier<sup>88</sup>.

- [41] Selon les critères établis par la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*, nous doutons que cela soit possible. À l'inverse, la fonction privative supposément accomplie par la remise du bien ne le serait pas, en plus de créer une confusion en matière de mécanismes de publicité, voire même un régime parallèle occulte équivalent à celui du registre public procédant par l'inscription.

- [42] Puisqu'aux termes de l'article 2736 C.c.Q., le constituant d'un gage a la faculté d'autoriser le créancier gagiste à « utiliser » le bien grevé, on soutient par ailleurs que cette faculté lui permet de l'autoriser à l'hypothéquer pour ses propres fins<sup>89</sup>; ajoutons: pourquoi pas par la constitution d'un autre gage? À notre avis, telle ne saurait être la portée de cet article, puisque l'on ne peut valablement hypothéquer le bien d'autrui<sup>90</sup>. De plus, qu'une telle

86. Voir M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, à la p. 7, n° 2.3.1. Ajoutons à cela le cas spécifiquement prévu à l'article 2712 C.c.Q., qui édicte que « [l']hypothèque qui greève une créance que détient le constituant contre un tiers, créance qui est elle-même garantie par une hypothèque inscrite, doit être publiée par inscription [...] ». Voir nos commentaires, ci-dessous, partie II.B.2.b), aux paragraphes n° 85-89, traitant des paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession.

87. Voir, en ce sens, M. DESCHAMPS, La Fiducie, *loc. cit.*, note 31, aux p. 140-142; M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 31, aux p. 105-106.

88. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 350, n° 844, note 1074.

89. *Ibid.*, aux p. 366, 377, 433-434, n° 875, 900, 1025-1027. M<sup>e</sup> Payette prétend que le constituant du 1<sup>er</sup> gage devient caution réelle aux termes du gage créé sur ses biens par le créancier gagiste, constituant du second gage, ce qui ne saurait être le cas, car ce n'est pas le 1<sup>er</sup> constituant qui hypothèque alors ses biens afin de garantir la dette d'autrui (art. 2681 C.c.Q.).

90. Article 2670 C.c.Q. Voir, en ce sens, F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 17, à la p. 813; M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, à la p. 8, n° 2.3.2. M<sup>e</sup> Deschamps rappelle toutefois que le gage de la chose d'autrui était valable en matière commerciale sous l'empire de l'ancien Code (art. 1966a C.c.B.C.). Il ajoute également que le créancier pourrait néanmoins acquérir le titre de détenteur régulier, si le titre est négociable au sens de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 53, 55 et 73, raisonnement transposable aux

hypothèse soit possible démontrerait à quel point le gage n'accomplit pas sa fonction privative.

- [43] La remise du bien ou du titre, mécanisme de constitution du gage, ne vaut que si, par la suite, le créancier en conserve la détention.

### 3. La « détention » paisible et continue du bien ou du titre : publicité de la sûreté

- [44] La publication est assurée par la détention continue et paisible du bien ou du titre qu'exerce le créancier ou le tiers venu dans le cas d'un entiercement<sup>91</sup>. Suite logique de la remise du bien ou du titre au créancier, la détention confère la maîtrise effective d'une chose, voire sa « possession réelle<sup>92</sup> ».

- [45] La dépossession est, au sens du *Code civil du Québec*, continue<sup>93</sup>. Elle est, au sens usuel de la doctrine et de la jurisprudence, réelle, privative, apparente, permanente, suffisante pour dénoncer aux tiers l'existence du gage et elle écarte ainsi toute tradition feinte<sup>94</sup>. Elle demeure continue même lorsque le bien donné en gage se retrouve momentanément entre les mains du débiteur ; le gage subsiste si le créancier conserve alors la maîtrise exclusive sur le bien donné en garantie. La remise temporaire du bien au constituant de l'hypothèque ou à un tiers, pour le bénéfice évidemment du constituant, est rendue possible pour des fins particulières, telles l'évaluation, la réparation, la transformation ou l'amélioration du bien hypothéqué<sup>95</sup>. Cette remise temporaire respecte l'autorité exclusive du créancier et permet au constituant d'apporter des soins particuliers au bien hypothéqué<sup>96</sup>. En tout temps, « [...] la détention par un créancier est suffisante, aux fins du gage, lorsqu'elle lui permet d'exercer la maîtrise effective du bien hypothéqué [...] », comme le soutient M. le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant* ou « la pleine maîtrise du bien » comme le veut M<sup>me</sup> la juge Deschamps<sup>97</sup>.

---

valeurs négociables émises par une société, art. 60 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

91. Art. 2703-2705 C.c.Q.

92. Voir P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 34, s.v. « détention », « possession réelle ».

93. Art. 2703-2704 C.c.Q.

94. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 12, Paris, L.G.D.J., 1953, à la p. 96, n<sup>o</sup> 87. Voir Y. PICOD, dans H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Sûretés et publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, à la p. 147, n<sup>o</sup> 66 ; Bouchard c. *Couture et Jacob*, (1933) 71 C.S. 536 ; *Payenneville et Martineau c. Prévost*, (1916) 25 B.R. 246.

95. Art. 2704 C.c.Q. ; voir également *Grobstein c. A. Hollander & Son Limited*, [1963] B.R. 440.

96. P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 55, aux p. 99-100.

97. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 674, n<sup>o</sup> 1 ; M<sup>me</sup> la juge Deschamps, précité, note 11, à la p. 703, n<sup>o</sup> 75.

[46] Nous discutons, à d'autres endroits dans ce texte, des multiples tempéraments qui sont apportés à cette détention paisible et continue, surtout en matière de gage sur des biens incorporels, rendant pratiquement illusoire cette forme de publicité<sup>98</sup>. Examinons maintenant la problématique des règles de conflits de lois en matière de gages sur des créances non représentées par un titre négociable, découlant de l'arrêt *Val-Brillant*.

#### 4. La problématique des règles de conflits de lois

[47] Il ne nous appartient pas de discuter de manière détaillée, dans le cadre du présent texte, des nombreuses difficultés posées par les règles actuelles de conflits de lois du droit québécois en matière de sûretés mobilières<sup>99</sup>. Cependant, nous ne pouvons passer sous silence l'un des effets découlant de l'interprétation proposée par la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*, qui crée une problématique additionnelle en matière de conflits de lois, quant aux règles qui devront régir la validité et la publicité d'un gage grevant une créance non représentée par un titre négociable.

[48] Alors qu'en matière d'hypothèque mobilière sans dépossession portant sur tout meuble incorporel (sauf un titre au porteur), la validité et la publicité seront régies par la loi du domicile du constituant<sup>100</sup>, c'est vraisemblablement la loi du *situs* de la créance qui s'appliquera désormais, pour ce qui est des gages sur des titres de créances non négociables, dans la mesure, évidemment, où un tel titre existe. L'interprétation de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, permet qu'un gage soit constitué sur une créance, même lorsqu'il n'y a pas de titre pour la constater. Cependant, s'il n'existe pas de titre, il nous semble que la loi du domicile du constituant régira la validité de toute sûreté grevant une créance, conformément à l'article 3105 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa,

98. Voir entre autres, ci-dessous, en partie III, notre discussion concernant l'effet des articles 2743 et 2744 C.c.Q., aux paragraphes n<sup>os</sup> 94-96; voir aussi notre discussion concernant la possibilité de constituer des gages successifs, *supra*, aux paragraphes n<sup>os</sup> 40-42.

99. À cet égard, voir notamment G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, aux p. 353-371; M. DESCHAMPS, « Les règles de conflits de lois en matière de sûretés », texte de conférence prononcée lors du Colloque sur le droit civil de l'Institut National de la Magistrature, Vancouver, le 23 mai 2001 [non publié] [ci-après « *Conflits de lois* »]; en droit comparé, voir E. HENRY, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2001.

100. Art. 3105 C.c.Q. Dans le cas d'un particulier, le domicile sera le lieu du principal établissement (art. 75-78 C.c.Q.); dans le cas d'une personne morale, il s'agit du lieu de son siège (art. 307 C.c.Q.).

car le 3<sup>e</sup> alinéa de cette même disposition fait bien référence à la « détention du titre ». Cela ne saute pas nécessairement aux yeux des plus avertis, notamment en matière de gages grevant des valeurs mobilières dématérialisées détenues par un intermédiaire, la loi du *situs* pouvant s'avérer, dans ce cas, d'une application des plus difficiles<sup>101</sup>. Ironiquement, le législateur québécois avait pourtant modifié, en 1998, le texte de l'article 3105 C.c.Q., 3<sup>e</sup> alinéa, afin de supprimer les mots « une créance ou » du texte édicté en 1994, qui se lisait alors :

La présente disposition ne s'applique ni à la sûreté grevant *une créance* ou un meuble incorporel constaté par un titre au porteur ni à celle publiée par la détention du titre qu'exerce le créancier<sup>102</sup>.  
[Nos italiques]

[49] On a relevé l'incertitude que cette ancienne version présentait. Étaient-ce toutes les créances qui étaient assujetties à la règle du *situs* de l'article 3102 C.c.Q., ou seulement certaines, à savoir celles représentées par un titre négociable<sup>103</sup>? À la suite de cette modification, il devenait clair que l'hypothèque de créance constituée autrement que par la détention d'un titre au porteur ou

101. On a ainsi soutenu que la validité d'un gage de valeurs mobilières dématérialisées, qui ne sont pas *a priori* représentées par un titre, pourrait obéir à la loi du *situs*. Quelle est la nature du droit du constituant? S'apparente-t-il à un titre? S'agit-il d'un droit de propriété *sui generis* dans les valeurs mobilières ou d'un droit contractuel, qui équivaudrait à un « titre » quelconque que l'on peut détenir? Dans l'affirmative, l'on suggère qu'un gage de valeurs inscrites à une chambre de compensation, dont CDS, le *situs* serait soit la loi de la juridiction où se trouve l'établissement de l'intermédiaire financier contrôlant les transactions sur les valeurs gagées, soit la loi de la juridiction de la chambre de compensation autorisée, en l'occurrence CDS. Dans ce cas, CDS est située à Toronto; le droit ontarien régirait ainsi les gages de valeurs mobilières consentis au Québec. Voir M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, aux p. 14-17. À noter que les problématiques de conflits de lois en matière de valeurs mobilières dématérialisées sont, à juste titre, considérées comme un enjeu important de l'harmonisation du droit au niveau international. Voir, notamment, CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, 13 décembre 2002, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [http://hch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.pdf&cid=72](http://hch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=72) [date de consultation : 29 novembre 2004] [ci-après la « Convention de La Haye »]; S.M. ROCKS, « The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary » (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 1. Pour un commentaire à l'égard de cette convention et des autres projets de réformes en la matière ainsi que sur l'évolution de ces idées au Canada, voir B. CRAWFORD, « The Hague "PRIMA" Convention: Choice of Law to Govern Recognition of Dispositions of Book-based Securities in Cross Border Transactions », (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 157.

102. Art. 18, *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, précitée, note 22.

103. Voir J.A. TALPIS et C. TROULIS, « Conflict of Laws Rules under the Civil Code of Quebec Relating to Security », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents sur l'hypothèque (1997)*, vol. 89, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1997, 187, aux p. 209-210. *Contra*: L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 558, note 1688.

négociable, par une personne domiciliée au Québec, était régie par le droit québécois, évitant de ce fait l'application des règles plus complexes en matière de *situs* de créance, qui se détermine selon la loi du lieu du paiement de la créance ou selon la loi du domicile du débiteur de la créance<sup>104</sup>. De même, il semble que l'intention du législateur, en édictant le troisième alinéa de l'article 3105 C.c.Q. et malgré son imprécision initiale, était d'assujettir à la règle du *situs* seulement les biens incorporels s'apparentant aux biens corporels, en limitant, de ce fait, l'application aux seuls titres négociables<sup>105</sup>. En cela, l'interprétation de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, ouvre une inutile brèche à la complexité et à l'incertitude. Notons que cette problématique, relevant des conflits de lois, constitue un autre indice militant en faveur de la thèse de la matérialisation du gage en droit civil québécois, compte tenu de la rédaction actuelle des dispositions du nouveau Code civil en cette matière<sup>106</sup>.

[50] Après ce survol des principales modalités relatives à la constitution et à la publicité du gage, nous pouvons maintenant discuter des modalités relatives à l'exercice des droits hypothécaires et au rang de l'hypothèque mobilière avec dépossession.

104. Art. 3102 et 3105 *in fine*, C.c.Q. De façon générale, le *situs* d'une créance, un bien meuble incorporel, est le lieu du paiement de la créance ou, dans le cas où un tel lieu n'est pas désigné, le lieu du domicile du débiteur de la créance. Voir l'art. 1566 C.c.Q. Voir également : *Gauthier c. Langelier* (21 mars 1988), Sept-Îles 650-12-001599-858, J.E. 88-665 (C.S.); *Verhelst c. Rochon*, [1947] B.R. 736; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 99, aux p. 370-371, 532, nos 331 et 376.

105. Les Commentaires du ministre de la justice sont à cet effet, quoique légèrement contradictoires. Voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, à la p. 1974 : « [...] Le troisième alinéa constitue une exception à la règle des deux premiers alinéas pour les biens dont la détermination du lieu de la situation peut avoir lieu relativement facilement, ce qui permet d'appliquer la règle générale de la loi de la situation du bien aux sûretés qui le grevent. Les créances sont en effet situées à l'endroit où elles sont payables et les titres au porteur là où se trouve le document qui les constate ». Voir cependant, en ce sens, J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 103.

106. Bien sûr, les règles proposées aux termes de l'article 3105 C.c.Q. ne sont pas exemptes d'inconvénients. On note d'abord la présence d'un conflit mobile, car la validité de la sûreté est régie par la loi du domicile du constituant au moment de sa constitution, alors que sa publicité l'est par la loi du domicile « actuel », c'est-à-dire au moment où un litige survient. De même, les règles du droit québécois ne sont pas équivalentes à celles des autres provinces canadiennes, qui réfèrent habituellement plutôt à la loi du « principal établissement » comme facteur de rattachement; les lois de deux provinces peuvent donc se renvoyer mutuellement la balle, si tant est qu'il faut parfois s'assurer qu'une sûreté se conforme aux règles de validité et de publicité de plus d'un État. De même, on émet des doutes sur les règles régissant l'opposabilité d'une sûreté sur des créances aux débiteurs cédés. Voir, à cet égard, l'article 3120 C.c.Q.; M. BOODMAN, « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435.

## II. MODALITÉS RELATIVES À L'EXERCICE DES DROITS (OU RECOURS) HYPOTHÉCAIRES ET RANG DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE AVEC DÉPOSSESSION

[51] La comparaison des prérogatives qui étaient autrefois conférées aux titulaires de gages, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* [A], et de celles qui leur échoient en vertu du *Code civil du Québec* [B], tant en ce qui a trait aux recours qu'au rang, illustre à quel point le gage du *Code civil du Québec* n'est plus que l'ombre de son ancêtre.

### A. Les prérogatives conférées aux gages de l'ancien droit (C.c.B.C.)

[52] De l'étude des prérogatives conférées aux divers gages et nantissements de l'ancien Code, l'on constate que les fonctions constitutive et privative de la dépossession étaient accomplies. Le titulaire d'un gage, en vertu du *Code civil du Bas Canada*, bénéficiait d'un droit de rétention, doublé d'un privilège [1]. Il bénéficiait également d'un droit de revendication [2].

#### 1. Droit de rétention et privilège

[53] Rappelons-nous la force de la dépossession et les droits qu'elle garantissait au créancier gagiste contre le créancier saisissant du constituant. La dépossession accordait au créancier gagiste la possibilité de retenir le bien et d'opposer ainsi sa sûreté aux tiers, soit aux autres créanciers du constituant, soit au tiers acquéreur du bien mis en gage. Le créancier gagiste refusait de livrer le bien mis en gage et, de ce fait, il contraignait le tiers à le désintéresser intégralement<sup>107</sup>. Sous l'ancien Code, le gage était, on ne peut le nier, un véritable contrat réel. Le droit de rétention, même éventuel, subsistait pour les gages sans dépossession qui avaient été introduits progressivement par le législateur<sup>108</sup>. De plus, le gagiste pouvait, de ce droit de rétention, se prévaloir d'un privilège sur les biens nantis, aux termes de l'article 1994 (4) C.c.B.C.

107. Voir P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, à la p. 405; *Paquin c. Dunlop et Royal Bank of Canada*, (1933) 71 C.S. 506.

108. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 55, aux p. 66-67.

- [54] Il avait également la possibilité de revendiquer le bien mis en gage s'il en avait été dépossédé involontairement<sup>109</sup>.

## 2. Droit de revendication

- [55] En effet, rappelons-nous également que les gages sans dépossession permettaient aux créanciers qui en bénéficiaient de revendiquer les biens mis en gage pour mieux protéger leurs droits; de ce fait, ces créanciers gagistes pouvaient invoquer leur droit à la possession et, ainsi, faire obstacle aux recours des autres créanciers du constituant. Selon une certaine jurisprudence, ce droit était accordé au bénéficiaire d'un nantissement commercial, que le créancier soit en possession ou non des biens gagés<sup>110</sup>; selon un autre courant, ce droit était accordé uniquement si le créancier avait déjà la possession des biens<sup>111</sup>. Néanmoins, la reconnaissance des gages sans dépossession, tels les nantissements commercial, agricole et forestier, laissait subsister la possibilité pour le créancier de revendiquer les biens nantis. Les nantissements sans dépossession étaient façonnés d'après le gage « traditionnel » et conféraient à ses bénéficiaires les mêmes droits de privilège et de rétention éventuelle<sup>112</sup>.

- [56] L'article 1979i C.c.B.C autorisait le créancier, bénéficiaire d'un nantissement commercial, à contraindre le débiteur à lui livrer les biens; le terme « revendique », dans les dispositions sur les saisies, recevait un sens large: le créancier pouvait exercer une opposition à fin de distraire ou à fin d'annuler. Cependant, d'autres décisions s'en tenaient à une interprétation étroite et refusaient au créancier toute possibilité de revendiquer les biens: n'étaient admises que la saisie conservatoire ou l'opposition à fin de conserver<sup>113</sup>.

- [57] Retenons, de tout cela, que le gage de l'ancien Code conférait à son titulaire des prérogatives spéciales qui ne sont pas attribuées au gage du nouveau Code civil.

109. Art. 734, al. 1 C.p.c. tel que se lisait cet article avant l'adoption du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q., 1992. c. 57, art. 359, qui en modifiait la teneur.

110. *B. Fabian Inc. c. Restaurant le Carafon de vin Ltée*, [1980] C.S. 768, à la p. 771.

111. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fountainhead Fun Center Ltd*, (1981) R.D.F.Q. 105 (C.S.).

112. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 55, aux p. 132-140.

113. *R. c. Restaurant & Bar La Seigneurie de Sept-Îles Inc.*, [1977] 2 C.F. 207, à la p. 214.

## B. Les prérogatives conférées à l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau droit (C.c.Q.)

[58] Les prérogatives conférées au titulaire du gage du *Code civil du Québec* sont beaucoup moins importantes que celles de l'ancien droit. Il y a donc lieu de s'interroger sur la nouvelle portée de la dépossession, ainsi que sur le nouvel entendement de la notion de gage [1], avant d'analyser les règles entourant l'exercice des droits hypothécaires et les autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance dont peuvent se prévaloir les créanciers gagistes [2].

### 1. Portée de la dépossession et de la notion de gage

[59] Peut-on prétendre que la dépossession du nouveau gage accordé encore, sous le *Code civil du Québec*, cette force si contraignante à l'encontre des tiers, comparable à celle du gage traditionnel : qu'il nous soit permis d'en douter.

[60] Le gage du nouveau Code civil n'est-il pas, dans son essence, une hypothèque mobilière? Dit autrement, l'hypothèque mobilière avec dépossession, qui peut aussi être appelée gage, est-elle effectivement un gage? Vouloir répondre à cette question suppose effectivement une mise en parallèle, d'abord du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* [a], ensuite du gage de l'ancien Code et de l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil<sup>114</sup> [b].

#### a) Juxtaposition du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière de l'ancien droit (C.c.B.C.)

[61] Dans l'enseignement traditionnel, le gage ne concerne qu'un bien meuble et l'hypothèque, seulement les immeubles. Le gage est fondé sur le dessaisissement du débiteur et l'hypothèque sur l'absence d'un tel dessaisissement. Le gage se contente de la détention du créancier gagiste comme mesure de publicité mais l'hypothèque requiert l'inscription des droits au registre foncier. Le *Code civil du Bas Canada* a atténué l'exigence de la dépossession, soit en admettant que la mise en gage des créances puisse s'accomplir d'après les règles des transports de créance<sup>115</sup>, soit en

114. Pour une illustration de cette distinction, entre les gages sans dépossession et les hypothèques immobilières, en droit français, voir P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, aux p. 550-553, n<sup>os</sup> 651-654.

115. Art. 1578 C.c.B.C.

reconnaissant diverses formes de nantissement sans dépossession, soit en présumant que l'enregistrement tenait lieu de la dépossession face aux tiers<sup>116</sup>. L'apparition des nantissements sans dépossession, sous le *Code civil du Bas Canada*, se voulait une mesure d'atténuation de la nécessité de la dépossession dans les sûretés mobilières. Elle marquait une étape vers la reconnaissance de l'hypothèque mobilière<sup>117</sup>. Ces nantissements sans dépossession présentaient certaines affinités avec l'hypothèque immobilière. Ils exigeaient un écrit formaliste<sup>118</sup>. Ils étaient fondés sur un droit réel<sup>119</sup>. Ils nécessitaient, comme mesure de publicité, l'inscription au registre des nantissements, comparativement à l'index des immeubles pour l'hypothèque immobilière<sup>120</sup>. Ils étaient une garantie accessoire accordée à un créancier, jouissant de l'indivisibilité et ne requérant aucune dépossession, comme l'hypothèque immobilière<sup>121</sup>. La doctrine française voit dans ces gages sans dépossession une « extension de l'hypothèque au domaine mobilier<sup>122</sup> ». De plus, le gage, sous le *Code civil du Bas Canada*, était interruptif de prescription, contrairement à l'hypothèque<sup>123</sup>.

*b) Juxtaposition du gage traditionnel, du nouveau gage et de l'hypothèque mobilière du nouveau droit (C.c.Q.)*

[62] Nous soulignerons, successivement, l'amoindrissement des effets de la dépossession du nouveau gage en comparaison de l'ancien [i], la perte du caractère réel et public du nouveau gage [ii] et, enfin, tenterons de voir si le gage de l'arrêt Val-Brillant opère effectivement un retour au mécanisme de la cession de créance en garantie [iii].

i) Effets amoindris de la dépossession

[63] Sous le *Code civil du Québec*, le régime général hypothécaire est présenté sous la gouverne exclusive de l'hypothèque. Aux termes de l'article 2706 C.c.Q., le créancier qui est empêché

116. *Supra*, autorités précitées, note 56.

117. Il en était aussi de même en droit civil français. Voir Y. PICOD, dans H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, note 94, à la p. 147, n° 66.

118. Art. 2040 C.c.B.C.; art. 1979e C.c.B.C.

119. Art. 1979i C.c.B.C.; art. 2016 C.c.B.C.

120. Art. 1979g C.c.B.C.; art. 2131 al. 2 C.c.B.C.

121. Y. DESJARDINS, *loc. cit.*, note 6, à la p. 89.

122. Voir Y. PICOD, dans H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, note 94, à la p. 148, n° 69.

123. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 55, aux p. 68-69.

d'exercer la détention peut revendiquer le bien de celui qui le détient, à moins que l'empêchement ne résulte de l'exercice, par un autre créancier, de ses droits hypothécaires ou d'une procédure de saisie-exécution. La possibilité de revendiquer subsiste vis-à-vis du constituant ; elle est atténuée et ne présente pratiquement plus d'effet, tant à l'encontre d'un autre créancier hypothécaire qu'à l'encontre d'un créancier saisissant. La dépossession sous le *Code civil du Québec* ne confère pas au créancier, titulaire d'un gage, ce bénéfice si exceptionnel de rétention du bien contre un tiers saisissant. La rétention, caractéristique du gage traditionnel ou modèle, est limitée quant à son étendue sous le *Code civil du Québec*. Le gagiste ne peut plus invoquer la rétention qui découle de la présomption tacite du gage, comme cela existait sous le *Code civil du Bas Canada* et comme il est toujours prévu dans la théorie usuelle du gage. La présomption tacite de gage permettait au créancier gagiste de retenir l'objet mis en gage non seulement pour le paiement de la dette principale à l'origine du gage, mais également pour une dette postérieure à celle garantie par le gage, mais échéant avant la dette à l'origine du gage<sup>124</sup>. Contrairement au gage de l'ancien Code, qui se voulait interruptif de prescription, le gage du nouveau Code civil ne jouit plus, semble-t-il, de cette prérogative<sup>125</sup>.

## ii) Perte du caractère réel et public du nouveau gage

[64] La dépossession dans le cadre de l'hypothèque mobilière avec dépossession prévue par le *Code civil du Québec* accomplit-elle cette double fonction essentielle du gage traditionnel, soit la préservation du caractère réel de la sûreté constituée, soit la publicité face aux tiers ? De l'un et de l'autre, il nous est permis d'en douter.

[65] Le vocable « gage » a été conservé sous le nouveau Code civil uniquement pour désigner l'hypothèque mobilière avec dépossession. Cependant, la remise du bien, non pas tant corporel – le gage est alors vraiment une sûreté réelle – mais plutôt incorporel soulève de sérieuses interrogations sur le véritable caractère du gage, comme sûreté réelle<sup>126</sup>. La remise du bien ne s'opère pas par

124. Art. 1975, alinéa 2<sup>e</sup>, C.c.B.C.

125. *Amyot c. Banque nationale du Canada*, [2004] R.J.Q. 2385 (C.A.), J.E. 2004-1773 (C.A.), aux n<sup>os</sup> 33-35.

126. Voir M. BILLAU, *loc. cit.*, note 37, n<sup>o</sup> 10. L'analyse du gage comme étant un droit réel ne reflète pas la réalité juridique. L'auteur admet le gage en tant que droit réel sur un objet corporel. Il refuse ce caractère réel au gage lorsqu'il porte sur une créance, une action, une part sociale, « car celles-ci sont essentiellement – ou moins pour partie – des droits personnels, insusceptibles d'une véritable possession ».

la simple remise de documents au créancier ; elle exige des formalités additionnelles, telle la signification au débiteur du constituant<sup>127</sup>. La remise du titre, même si ce dernier n'a aucun caractère de négociabilité en soi en tant qu'instrument de crédit, serait toujours exigée dans l'enseignement traditionnel<sup>128</sup>.

[66] Le gage, dans la théorie usuelle, confère un privilège de créancier gagiste; la créance est ainsi protégée non pas tant en fonction de sa date de constitution mais plutôt en fonction d'un rang que lui décerne la loi. On se souvient que sous l'ancien droit le créancier gagiste bénéficiait d'un rang relativement élevé: son privilège était classé au quatrième rang<sup>129</sup>. Bien sûr, son rang était décalé si certaines formalités n'étaient pas satisfaites: tel le défaut d'aviser le locateur du local où était conservé le bien<sup>130</sup>. Le gage sous le *Code civil du Québec* n'est plus colloqué en fonction d'un rang préétabli par la loi sans égard à sa date constitutive, mais plutôt en fonction de sa date de constitution, ou en fonction de la date de la signification pour les créances mises en gage.

iii) Le gage de l'arrêt *Val-Brillant*: retour à la cession de créance en garantie?

[67] Monsieur le juge Gonthier l'interprète comme étant l'intégration du gage de créances au régime général hypothécaire<sup>131</sup>; ce

127. Art. 2710 et 1641 C.c.Q., selon l'interprétation proposée par M. le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 11.

128. Toutefois, un revirement jurisprudentiel, en droit français, considère cette remise comme n'étant pas essentielle; les autres formalités exigées peuvent tenir lieu surtout de sa publicité face aux tiers. Voir, en cela, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 37, à la p. 519, n° 625.

129. Art. 1994 C.c.B.C., 4<sup>e</sup> alinéa.

130. Art. 2000 C.c.B.C.; art. 1979h C.c.B.C., 2<sup>e</sup> alinéa.

131. *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 690, n° 27:

Par ailleurs, l'intégration du gage de créances au régime général des hypothèques fournit au débiteur une protection considérablement plus étendue que sous le régime de l'ancien Code. Un des principaux reproches adressés à la cession de créance en garantie prévu par le C.c.B.C. était qu'elle permettait au créancier d'inclure une clause lui permettant, en cas de défaut, de s'approprier la créance sans que le débiteur ne soit protégé par les dispositions applicables à l'exercice des recours hypothécaires: voir art. 1971, al. 2 C.c.B.C. La situation est complètement différente dans le cas du gage portant sur une créance en vertu du nouveau Code. La clause de datation en paiement est interdite par l'art. 1801 C.c.Q. En cas de défaut, les dispositions du Code régissant les recours hypothécaires devront être respectées, de sorte que le débiteur bénéficiera de toutes les dispositions de protection pertinentes à l'hypothèque sur des créances: voir P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 239. On peut penser, par exemple, à l'art. 2747 C.c.Q., qui interdit au créancier de se réserver le droit de conserver les sommes perçues qui excèdent l'obligation garantie par hypothèque. Par conséquent, la solution que je retiens, loin d'élargir la portée du gage sur des créances de l'ancien Code, reconnaît plutôt son intégration au régime général des hypothèques de créances établi par le Code civil du Québec, qui comprend plusieurs mesures de protection auparavant inapplicables.

faisant, il interprète libéralement la notion de gage, sans pour autant tenir compte du fait que l'hypothèque n'est pas la seule voie de garantie qui s'offre au créancier, même lorsque le constituant est un particulier. D'autres avenues peuvent être empruntées. En cela, il ne serait pas nécessaire de tenter d'élargir l'application de la notion de gage au-delà du domaine compatible avec les règles actuelles du Code civil, à savoir les biens meubles corporels et les titres négociables. Toutefois, ces autres avenues présentent d'autres inconvénients : il est parfois beaucoup moins aisé, en pratique, de recourir à ces autres techniques que d'utiliser celle de l'hypothèque mobilière sans dépossession, lorsqu'elle est disponible, du moins dans le cas de sûretés grevant des biens incorporels.

[68] Les parties auraient-elles recours, sous le nouveau droit, aux mêmes techniques qu'utilisées sous l'ancien droit pour contourner les exigences de la dépossession, et ce, afin d'éviter la prohibition énoncée à l'article 2683 C.c.Q. pour les particuliers?

[69] Rappelons que le vif débat sur la présomption d'hypothèque comme limite à la liberté contractuelle entendait écarter les diverses techniques se situant en marge du régime hypothécaire<sup>132</sup>. La présomption d'hypothèque a été maintes fois analysée sous tous ses aspects en doctrine<sup>133</sup>. Elle avait pour objectif d'assurer la cohésion de la réforme<sup>134</sup>. En contrepartie, elle laissait planer les risques d'incertitude juridique : les parties créeraient-elles des hypothèques sans le vouloir, ne serait-ce que par analogie aux controverses qui prévalaient dans le domaine des libéralités engendrées par la présomption de substitution aux dépens de

132. Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel du Québec, articles 281 et 282 :

**281.** Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque.

Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque.

Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque.

**282.** L'article précédent s'applique sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.

Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention qui tombe sous le coup de l'article précédent emporte, quelles qu'en soient les modalités, transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier, ou, selon le cas, ne lui confère qu'une hypothèque, et la faculté ou l'obligation d'achat dont elle peut être assortie est alors sans effet.

133. Voir, de manière générale, R.A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 527.

134. Voir M. BOUDREAUULT et P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 33, à la p. 707.

l'usufruit<sup>135</sup>? Le législateur préfère ne pas retenir la présomption d'hypothèque<sup>136</sup> mais s'engager dans la voie de l'exclusion partielle de certaines modalités de financement : ainsi, certains contrats ne pourront être employés pour garantir un prêt, comme la vente faite avec faculté de réméré, ou pour garantir l'exécution d'une obligation, comme la dation en paiement. Il reconnaît une plus grande liberté contractuelle que ne l'admet la présomption d'hypothèque<sup>137</sup>. Il prohibe l'utilisation de certaines modalités de contrats comme techniques de sûretés en vue d'échapper aux règles de formation ou de réalisation des sûretés<sup>138</sup>. Il interdit essentiellement toute stipulation qui accorde au créancier le choix, soit d'exiger l'exécution de l'obligation principale, soit la propriété du bien visé par le contrat, comme le révèle l'article 1801 C.c.Q. Toute stipulation qui accorde cette option au créancier, dans un contrat destiné à garantir l'exécution d'une obligation, est frappée de nullité<sup>139</sup>. Certains contrats, comme la fiducie à titre onéreux consentie pour garantir l'exécution d'une obligation<sup>140</sup>, la vente avec faculté de rachat consentie pour garantir un prêt<sup>141</sup> et la vente à tempérament comportant une réserve de propriété publiée<sup>142</sup>, peuvent protéger les droits d'un

- 
135. L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, « Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles », (1977) 18 *C. de D.* 833, à la p. 854.
136. M. le ministre Rémillard avait déjà exprimé ses réticences face à la présomption d'hypothèque et entendait soi-disant « *privilégier plutôt la tradition civiliste, laquelle préfère les situations nettes à celles reposant sur l'interprétation des tribunaux* ». G. RÉMILLARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5, à la p. 55.
137. F. FRADETTE, « Les sûretés réelles : aperçu des principales nouveautés proposées par la réforme du Code civil », (1986-1987) 89 *R. du N.* 732, à la p. 734.
138. *Gagné c. Tremblay*, [1999] R.L. 203 (C.A.), J.E. 99-418 (C.A.), J.Q. n° 218 (C.A.), n°s 13-19.
139. *Petrela Surety Services Inc. c. Zammit*, [1996] R.J.Q. 790 (C.S.).
140. Art. 1263 C.c.Q.
141. Art. 1756 C.c.Q.
142. Art. 1749 C.c.Q. tel que modifié par la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, précité, note 22, art. 3. Le législateur fédéral en a d'ailleurs tenu compte en modifiant la définition de « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C., 1985, c. B-3, en 2001, aux termes de l'article 25 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, sanctionnée le 10 mai 2001 et en vigueur, dans sa quasi-totalité, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2001 (C.P. 2001-956, *Décret fixant au 1<sup>er</sup> juin 2001 la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi, sauf la partie 8*, TR/2001-71, *Gaz. C.* 2001.II.1214). Ainsi, le fiduciaire d'une fiducie-sûreté, le titulaire d'une réserve de propriété ou d'une faculté de rachat, de même que le titulaire de toute sûreté ou convention dont l'exercice des droits est assujéti aux règles d'exercice des recours hypothécaires sont désormais considérés à titre de « créanciers garantis ». On peut dire que le législateur fédéral a, en quelque sorte, édicté une certaine présomption d'hypothèque, que le législateur québécois n'a pourtant pas reconnue, en soulignant davantage le caractère de sûreté de certaines transactions qui ne sont pourtant pas comprises directement dans le régime hypothécaire québécois. On peut tenir ce raisonnement en lisant l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada, rendu dans l'affaire *Ouellet (Syndic de)*, 2004 CSC 64, n° 15. Pour une critique de la nouvelle définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, voir

créancier et sont soumis aux modalités des recours hypothécaires au cas de défaut du débiteur de l'obligation<sup>143</sup>. Ces contrats ne pourront échapper aux règles de réalisation des sûretés s'ils sont consentis pour garantir l'exécution d'une obligation ; ils demeurent, d'autre part et pour l'essentiel, soumis au régime juridique qui leur est approprié<sup>144</sup>. Les droits conférés par ces contrats ne devraient pas être analysés sous l'angle du droit hypothécaire mais plutôt en fonction des règles spécifiques à ces contrats<sup>145</sup>.

[70] Une exception majeure mérite d'être signalée. La faculté de reprise que s'est réservée le vendeur dans un contrat de consommation n'est pas, en principe, soumise à la publicité des droits quant à son opposabilité : elle est régie, quant à son exercice, par le régime de la protection du consommateur et non par celui des droits hypothécaires<sup>146</sup>.

[71] La clause de dation en paiement stipulée dans le cadre de l'hypothèque mobilière de créances, avec ou sans dépossession, est interdite<sup>147</sup>.

[72] En revanche, le débiteur, qui n'est pas astreint par quelque stipulation contractuelle prévue dans le contrat de financement, peut, de son initiative et si le créancier y consent, céder en paiement le bien qui fait l'objet du contrat<sup>148</sup>.

[73] Quant à la cession de créances, fréquemment employée dans l'ancien droit comme mécanisme de garantie, rien n'empêche les contractants d'y avoir recours d'après l'un des schémas prévus sous le *Code civil du Québec*, dans la mesure où la convention respecte la philosophie inhérente au contrat choisi ou susceptible

---

R.P. SIMARD et A. LEDUC, «Affaire *Château d'Amos*: intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral?», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit administratif* (2000), vol. 131, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2000, 85, aux p. 134-140.

143. *U.A.P. inc. c. Riel*, [2002] R.J.Q. 1527 (C.Q.), J.E. 2002-1053 (C.Q.), [2002] J.Q. n° 1075 (C.Q.).

144. *Banque nationale du Canada c. Nadeau* (25 mars 1998), Québec 200-02-012565-968, [1998] A.Q. n° 1110, J.E. 98-994 (C.Q.), (inscription en appel : 21 avril 1998, 200-09-002005-988).

145. Notons toutefois les importantes difficultés techniques et conceptuelles, et leur difficile mise en application. Pourquoi avoir formulé des règles disparates en matière de publicité et d'exercice de recours entre, d'une part, le crédit-bail, le bail de plus d'un an, d'autre part, la fiducie-sûreté et les réserves de propriété? Voir, notamment, S.H. DIETZE, «Recent Developments in Secured Financing by Way of Instalment Sale, Leasing and Lease», (1999) 59 *R. du B.* 1.

146. P.-C. LAFOND, «Les nouvelles fonctions de la propriété – La vente à tempérament : une sûreté singulière à régimes pluriels», (2004) 106 *R. du N.* 45, aux p. 57, 61 et sq.

147. Art. 2747 C.c.Q.

148. Art. 1799-1800 C.c.Q.

de s'y rapprocher<sup>149</sup>. Rappelons néanmoins que le droit transitoire a transformé en hypothèque mobilière toute cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit<sup>150</sup>. Rappelons également que cette règle de droit transitoire va au-delà du droit transitoire et possède une dimension de droit permanent; la cession de créance en garantie ne constitue pas une sûreté privilégiée par le *Code civil du Québec* mais plutôt l'hypothèque<sup>151</sup>. On a soutenu que l'effet de l'arrêt *Val-Brillant* était de permettre à nouveau la cession de créance en garantie<sup>152</sup>. Qu'il nous soit permis, pour cet autre motif, de ne pas retenir l'application de l'interprétation proposée par la majorité dans cet arrêt, puisque incompatible avec les dispositions de l'article 1801 C.c.Q. Nous en discutons de manière plus détaillée, en analysant les recours qui s'offrent au titulaire de l'hypothèque de créance, dans la prochaine section, ci-dessous.

[74] De tout cela, l'on ne peut conclure que le gage du nouveau Code civil équivaille à son ancêtre du *Code civil du Bas Canada*. Nous verrons maintenant que cette idée est renforcée, de l'étude des modalités relatives à l'exercice des droits hypothécaires et des autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance.

149. Voir D. PRATTE, «Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles plus sûres», dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998, 179, à la p. 186. M<sup>me</sup> la professeure Pratte soulève avec pertinence cette possibilité de la cession de créance en garantie comme autre modalité de sûreté, tout en déplorant que le législateur n'y ait pas prévu de disposition générale permissive. «Il n'est pas certain», affirme-t-elle, «que cette disposition [i.e. l'art. 1801 C.c.Q.] puisse tenir lieu de disposition suffisamment générale pour empêcher les créanciers d'utiliser la cession de créance en garantie».

150. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 134, al. 1; voir également: *Services immobiliers Simmco D.P. Inc. c. Dub* (29 avril 1998), Montréal 500-05-002084-950, [1998] A.Q. n° 1628, J.E. 98-1303 (C.S.); confirmée sur ce point en appel dans *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.* (23 mai 2000), Montréal 500-09-006618-987, J.E. 2000-1156 (C.A.); [2000] J.Q. n° 1691 (C.A.).

151. *Boisclair (Syndic de)* [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.), à la p. 2818, n° 19, J.E. 2001-1995 (C.A.), REJB 2001-26424 (C.A.). M. le juge Gendreau accorde une importance indéniable à la règle de droit transitoire qui transforme en une hypothèque mobilière la cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit. Il ajoute également:

Ainsi, la cession de créance, garantie collatérale, créée à l'époque de l'application du Code civil du Bas Canada, est devenue une hypothèque mobilière, sujette évidemment aux règles de cette institution et, en particulier, à la publicité. Si, cette garantie d'un autre temps est métamorphosée, il s'ensuit que, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le créancier qui recherche une sûreté pour assurer l'exécution d'une obligation de son débiteur et qui entend la prendre sur un bien mobilier incorporel doit renoncer à la cession de créance, garantie collatérale, et exiger une hypothèque.

Voir également dans le même sens *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, précité, note 150.

152. Voir M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, à la p. 6, n° 2.1.5.

## 2. Exercice des droits hypothécaires et autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance

[75] Nous étudierons, d'abord, les distinctions entre les droits hypothécaires proprement dits et les prérogatives qui échoient au titulaire d'une hypothèque de créance [a]. Par la suite, nous relèverons les paradoxes des mécanismes de publicités liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession [b].

### a) Droits hypothécaires et perception des créances

[76] Le créancier gagiste a désormais l'obligation d'exercer les mêmes droits hypothécaires que le titulaire d'une hypothèque mobilière sans dépossession, étant assujéti à cette uniformisation des recours<sup>153</sup>. Ainsi, le créancier gagiste ne bénéficie plus du droit de préférence particulier dont il jouissait autrefois, ni d'un droit de rétention de la chose gagée, en cas de l'exercice de recours contre ladite chose par d'autres créanciers<sup>154</sup>.

[77] Qu'en est-il, toutefois, des recours du créancier détenant un gage sur créance, particulièrement sur une créance non représentée par un titre négociable? Plus précisément, qu'en est-il de son droit de percevoir la créance hypothéquée? Existe-t-il une différence en cette matière entre le gage portant sur une créance et celui portant sur tout autre bien, dont par exemple des valeurs mobilières représentées par certificat, qui sont par conséquent « matérialisées »?

[78] Ces questions sont présentement source d'une certaine confusion, voire même d'une certaine incohérence, surtout depuis l'arrêt *Val-Brillant*. Il faudrait ainsi distinguer les droits qui

---

153. Voir, notamment, *Amyot c. Banque nationale du Canada*, précité, note 125, aux paragraphes n<sup>os</sup> 26-32 (M. le juge Morissette). Cette décision va très loin afin de confirmer le caractère impératif des dispositions du Code civil en matière d'exercice des droits hypothécaires. Dans ce cas, des actions négociables gagées (i.e. des valeurs mobilières représentées par certificats) ont été vendues par le créancier sans que les formalités des articles 2757-2759 C.c.Q. ne soient respectées (i.e. envoi de préavis, délaissement forcé et exercice subséquent de recours hypothécaires). La Cour d'appel juge ce manquement comme étant fatal au créancier gagiste: non seulement la vente des actions n'est-elle pas valide, mais en plus le créancier gagiste est tenu de remettre au créancier le solde du prix de vente obtenu, en vertu de l'article 2767 C.c.Q. *in fine*, recevant application par analogie en cette affaire. Voir également, en matière de gage sur des valeurs mobilières, M. DESCHAMPS, Valeurs mobilières, *loc. cit.*, note 72, aux p. 11-12, n<sup>os</sup> 4.1.1-4.1.4; M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 31, aux p. 111-112. Il faudra cependant tenir compte des règles de conflits de lois pour l'exercice des recours. Voir, à ce sujet, J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 103, aux p. 213-217. Dans les hypothèses dont nous discutons maintenant, nous nous limitons aux situations où le droit applicable est celui du Québec.

154. Voir, en ce sens, P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 239-241, n<sup>os</sup> 3.36-3.37; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 355, n<sup>o</sup> 852.

échoient au créancier titulaire d'un gage sur créance de ceux en faveur du titulaire d'un gage sur une valeur mobilière qui ne constitue pas, *a priori*, une créance.

- [79] Dans le premier cas, l'article 2737 C.c.Q. attribue au créancier gagiste le droit de percevoir les fruits et revenus du bien hypothéqué, tandis que l'article 2743 C.c.Q. confère au créancier titulaire d'une hypothèque sur une créance le droit de percevoir non seulement les revenus qu'elle produit, mais aussi le capital qui échoit durant l'existence de l'hypothèque. Ces droits existent en faveur du créancier sans que le débiteur ne soit en défaut et ne constituent pas l'exercice de droits ou de recours hypothécaires<sup>155</sup>. Partant, ces droits de perception, tant des revenus que du capital échu, échappent aux exigences prévues par le Code civil pour l'exercice des recours hypothécaires. On affirme donc que

[d]ans le cas d'une hypothèque grevant les droits d'un client en vertu d'un compte de courtage, on pourrait cependant soutenir que le créancier aurait le pouvoir, sans la nécessité de suivre les formalités des recours hypothécaires, de demander au courtier de vendre les valeurs [mobilières dématérialisées] et de lui en remettre le produit. *Les droits contractuels que le client possède contre le courtier pourraient en effet être analysés comme étant une créance.* Comme on le sait, l'article 2743 C.c.Q. accorde au titulaire d'une hypothèque sur une créance le droit de percevoir la créance, sans avoir à exercer un recours hypothécaire. *Cet article, interprété libéralement, permettrait alors au créancier d'exercer les droits contractuels que le client du courtier possède contre ce dernier, dont celui de demander la vente des valeurs et la remise de leur produit. Selon cette analyse, la sûreté accordée par le client pourrait être soit une hypothèque des valeurs se trouvant dans le compte ou encore une hypothèque des droits du client contre le courtier (ces droits étant comparables au security entitlement du droit américain); on pourrait même dans l'état actuel du droit aller plus loin et soutenir que cette sûreté est à la fois une hypothèque des valeurs et une hypothèque sur les droits du client contre le courtier*<sup>156</sup>.

[Nos italiques]

- [80] Cette interprétation « libérale », pour reprendre le mot de M<sup>e</sup> Deschamps, est séduisante à première vue<sup>157</sup>. Cependant, l'exercice de ces droits suppose néanmoins, en pratique, l'existence d'un défaut de la part du débiteur, contrairement aux effets des articles 2737 et 2743 C.c.Q. qui se produisent sans qu'il n'y ait de défaut. Il y a donc lieu de se demander comment le capital

155. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 298-301, n<sup>os</sup> 3.86-3.88; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 479-490, n<sup>os</sup> 1119-1141.

156. Voir M. DESCHAMPS, *Valeurs mobilières*, *loc. cit.*, note 72, à la p. 12, n<sup>o</sup> 4.1.5.

157. Voir aussi, en ce sens, L.B. c. *Caisse populaire de Frampton*, précité, note 15, aux n<sup>os</sup> 54-62; P. d'ETCHEVERRY, *loc. cit.*, note 70, aux p. 10-12; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 383-384, 443-445, 511-515, n<sup>os</sup> 915, 1044-1048.1, 1188-1195, concernant les parts de fonds communs de placements; d'après M<sup>e</sup> Payette, ce raisonnement s'appliquerait aussi afin de récupérer le produit de la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie, ainsi qu'afin de demander paiement d'un billet promissoire à demande.

vient à échéance dans cet exemple: est-ce par l'effet du contrat qui lie le débiteur au courtier, qui prévoit que celui-ci peut en tout temps percevoir le capital investi et demander la vente de ses titres pour en toucher le produit, droit qui échoirait désormais au créancier gagiste, ou encore, est-ce en raison de la survenance d'un défaut du débiteur à l'égard du créancier gagiste, provoquant ainsi la perte du bénéfice du terme du débiteur à son endroit? Même en présence d'une stipulation claire autorisant le débiteur à récupérer en tout temps la valeur de son investissement auprès de son courtier dans le contrat de courtage, donc rendant l'obligation payable à demande et non pas à terme, la réclamation faite par le créancier dépendra vraisemblablement de la survenance d'un défaut du débiteur: dans cette situation, elle sera nulle, nous semble-t-il, car contrevenant aux dispositions de l'article 1801 C.c.Q. qui interdisent « au créancier de prévoir, par anticipation et à son seul gré, la dation forcée de la créance hypothéquée<sup>158</sup>. » M<sup>e</sup> Deschamps avait d'ailleurs autrefois déjà souligné que « [l']article 2743 C.c.Q. confère au titulaire d'une hypothèque le pouvoir de percevoir les créances hypothéquées: cet article n'autorise cependant pas le créancier hypothécaire à annuler les contrats donnant lieu à ces créances<sup>159</sup> ». Percevoir le capital autrement que par l'exercice des droits hypothécaires édictés aux articles 2748 C.c.Q. *et seq.* aurait cet effet, en plus de créer un régime double de perception des valeurs hypothéquées. Au surplus, cela créerait une exception non prévue par le législateur, qui s'ajouterait à celle, pourtant explicitement prévue, de l'article 2759 C.c.Q. en faveur des courtiers en valeurs mobilières.

[81] En effet, dans le cas d'un gage constitué sur des valeurs mobilières représentées par des certificats, qui ne constituent donc pas des créances, la Cour d'appel du Québec a récemment rappelé que le créancier gagiste ne peut les vendre ou se les approprier sans que les formalités d'exercice des recours hypothécaires ne soient suivies, la seule exception permise se trouvant à

---

158. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, à la p. 301, n<sup>o</sup> 3.88. Voir également *Boisclair (Syndic de)*, précité, note 151, M<sup>e</sup> Deschamps précise toutefois que le débiteur pourrait accorder un mandat de vendre au créancier, dans la mesure où ce mandat n'est pas un moyen déguisé de réaliser sa sûreté qui contreviendrait à l'art. 1801 C.c.Q. Ce mandat de vendre pourrait, selon M<sup>e</sup> Deschamps, être valide si son exercice est relié à la survenance d'événements qui, en eux-mêmes, ne constituent pas des défauts de la part du débiteur, par exemple l'autorisation de vendre les valeurs mobilières dans la situation où leur cours diminue en bas d'un seuil prédéterminé. Voir M. DESCHAMPS, *Valeurs mobilières*, *loc. cit.*, note 72, aux p. 13-14, n<sup>o</sup> 4.4. Voir, en droit français, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *La fiducie*, *op. cit.*, note 37, aux p. 519-521, 525-526, n<sup>o</sup> 632. Dans l'état actuel du droit québécois, cette thèse semble difficilement soutenable.

159. Voir M. DESCHAMPS, *La fiducie*, *loc. cit.*, note 31, à la p. 152.

l'article 2759 C.c.Q., édictée en faveur des courtiers en valeurs mobilières, à titre de créanciers titulaires d'une hypothèque « sur les valeurs qu'ils détiennent pour leur débiteur<sup>160</sup> ». Le courtier peut ainsi vendre les valeurs ou les prendre en paiement sans être tenu de donner un préavis au débiteur ou de respecter les délais prescrits par le titre troisième du livre sixième du Code civil portant sur les hypothèques, c'est-à-dire un délai d'au moins vingt jours<sup>161</sup>. Cette exception s'explique en raison de la nature des biens grevés, susceptibles de dépréciation rapide. Pourtant, dans le cas du créancier gagiste titulaire d'une hypothèque sur des certificats d'actions, qui n'est pas un courtier, ce créancier détient incontestablement la maîtrise de fait d'un titre, sujet au respect de certaines modalités<sup>162</sup> (contrairement au créancier titulaire d'un droit indéfini sur des valeurs mobilières dématérialisées détenues par un intermédiaire qui, lui, ne détient pas de titre); l'exception de l'article 2759 C.c.Q. ne lui est pas applicable.

[82] Comment alors expliquer qu'une différence de traitement puisse exister dans l'exercice du droit de percevoir la valeur du bien grevé, selon qu'il s'agisse du titulaire d'un gage sur une créance représentée par un titre, négociable ou non, ou du titu-

160. Voir *Amyot c. Banque nationale du Canada*, précité, note 125, aux nos 26-32. À cet égard, M<sup>e</sup> Payette précise: « [...] La dispense de l'article 2759 C.c. ne s'applique que si le courtier agit "à titre de créancier"; le courtier garde-valeur pour le compte du véritable créancier hypothécaire ne pourrait se prévaloir de l'article au bénéfice de celui-ci ». Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 722, n° 1652.

161. Voir l'article 2758 C.c.Q. S'agira-t-il d'un contrat de consommation que le délai sera de trente (30) jours avant l'expiration du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire. À l'expiration de ce délai, le créancier doit obtenir le délaissement du bien, volontaire ou forcé, et peut alors procéder à l'exercice de son recours hypothécaire. Dans le cas où le débiteur est un particulier, le créancier ne pourra exercer que les recours de prise en paiement et de vente sous contrôle de justice, les recours de prise de possession à des fins d'administration et de vente par le créancier étant limités à l'hypothèque grevant les biens d'une entreprise (art. 2773 et 2784 C.c.Q.). La requête en délaissement forcé et pour exercice du recours de prise en paiement ou de vente sous contrôle de justice sera assujettie aux règles du *Code de procédure civile*, L.R.Q., 1977, c. C-25 (tel qu'amendé de temps à autre) prévues notamment aux art. 110, 111-112, 151.4, 796-799 C.p.c., ce qui signifie que des délais s'ajouteront à ceux du préavis d'exercice, faisant en sorte que le processus de liquidation et de recouvrement, en cas de contestation, peut s'étirer jusqu'à 180 jours et même au-delà, si ce délai est prolongé avec l'autorisation de la Cour, à moins que le créancier n'invoque des motifs d'urgence, ainsi que le permettent les art. 2767 C.c.Q., 113, 151.4, 796, 798-799 C.p.c. Toutefois, le débiteur peut délaisser volontairement et consentir à la prise en paiement par le créancier au moyen d'un écrit (art. 2764 et 2781 C.c.Q.) On comprendra que cette mécanique est très lourde, surtout dans le cas de valeurs mobilières cotées et négociées à une bourse reconnue, qui pourront exiger que l'on procède à une vente rapide des titres afin d'éviter la chute des cours.

162. Voir, notamment, l'art. 2756 C.c.Q., qui précise que le créancier gagiste est assujetti aux dispositions et conventions qui régissent le transfert des actions hypothéquées, dans le cadre de l'exercice de ses droits hypothécaires.

laire d'un gage sur valeurs mobilières, matérialisées par la présence de certificats? La réponse dépendrait de la manière dont on analyse et conçoit l'objet de l'hypothèque. S'agit-il d'une hypothèque sur des actions de compagnies représentées par des certificats, *i.e.* des valeurs mobilières, que l'on ne pourra pas parler de l'existence d'un rapport débiteur-créancier, puisque l'actionnaire n'est pas créancier de la compagnie. C'est donc le droit de propriété dans l'action qui sera hypothéqué<sup>163</sup>. S'agit-il d'une action dématérialisée détenue par l'entremise d'un courtier, que l'on pourra hypothéquer les droits de créance du débiteur à l'endroit du courtier. Cependant, il serait étonnant que pour cette raison, l'on soit maintenant en présence de deux régimes différents relativement à la perception des valeurs grevées. Le *Code civil du Québec* ne nous semble pas suffisamment précis et permissif à cet égard. Dans l'état actuel du droit, le traitement réservé aux valeurs mobilières, peu importe leur nature, devrait être identique et ne devrait pas dépendre de l'existence d'un rapport débiteur-créancier<sup>164</sup>. Néanmoins, ces exemples illustrent bien qu'il faudrait préciser les règles relatives aux hypothèques grevant divers types de biens meubles incorporels, tant en ce qui a trait aux modalités de constitution qu'aux modalités d'exécution ou de réalisation<sup>165</sup>. Ces exemples illustrent également que l'hypothèque mobilière avec dépossession s'éloigne considérablement du gage traditionnel. De plus, l'effectivité d'une telle sûreté est compromise : on observe la présence et l'apparition de règles multiples et divergentes.

[83] À ces contradictions s'ajoutent les paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession.

---

163. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 412-413, n<sup>os</sup> 984-985.

164. Voir également, en ce sens, J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 31, aux p. 36-37.

165. Toute discussion à cet égard dépasse le cadre du présent texte. Cependant, certaines solutions sont présentement à l'étude en ce domaine. Par exemple, voir le *Projet préliminaire d'Unidroit concernant les valeurs mobilières dévenues auprès d'un intermédiaire* (2004), précité, note 80, art. 21-22. À l'heure actuelle, l'on y propose que le titulaire d'une sûreté validement constituée et publiée, sur des valeurs dématérialisées, soit autorisé à en disposer ou à se les approprier en cas de défaut, sans la nécessité d'envoyer un préavis au débiteur ou d'obtenir l'autorisation d'un tribunal. Ces mesures, certes souhaitables dans un contexte d'échanges commerciaux rapides, nous semblent néanmoins un peu extrêmes. En effet, comment trouver l'équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur? Cette problématique fut posée, dès l'origine des travaux, par le groupe de travail d'Unidroit étudiant ces questions. Voir *Position paper, Unidroit, 2003*, précité, note 80, aux p. 19-20. Il sera intéressant de voir comment évoluera ce projet à cet égard.

b) *Paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession*

[84] Paradoxalement, le gage doit être publié par la détention du bien, alors que le préavis d'exercice de recours doit être publié par voie d'inscription au registre. Cette règle démontre l'illogisme du mécanisme de la détention en matière de publicité de la sûreté: pourquoi seul l'exercice des recours serait limité à l'exigence de l'inscription? Dans la même veine, la règle de l'article 2956 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa, édicte que « [l]a cession de rang entre créanciers hypothécaires doit être publiée ». Le second alinéa de cette disposition précise que cette mesure est prévue pour, entre autres, assurer la protection des créanciers intermédiaires, s'il s'en trouve. Dans le cas d'un gage, cette transparence des droits des créanciers, souhaitée par le système de publicité des droits par inscription, n'est pas assurée, puisque le gage n'est pas, en principe, assujéti à l'inscription. Cependant, la cession de rang qui implique un créancier gagiste, donc un gage, doit nécessairement être publiée par inscription au registre. Dans ce cas, paradoxalement encore, le gage faisant l'objet d'une cession de rang n'a pas à être inscrit, alors que la cession de rang doit l'être. La situation la plus absurde se produirait dans le cas d'une cession de rang impliquant deux (2) gages successifs sur le même bien, dans la mesure évidemment où l'on admet cette possibilité<sup>166</sup>.

[85] Ajoutons à cela la règle de l'article 2712 C.c.Q. qui prévoit que l'hypothèque qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, créance qui est elle-même garantie par une hypothèque inscrite au registre, doit être publiée par inscription; le créancier doit en plus remettre une copie d'un état certifié de l'inscription au débiteur de la créance hypothéquée<sup>167</sup>. On vise

166. Au sujet de l'inscription nécessaire du préavis d'exercice, voir l'article 2757 C.c.Q. Voir aussi P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, à la p. 240, n° 3.36. Au sujet de l'inscription nécessaire de la cession de rang, voir le *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [http://si2.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/html/manuel\\_inscr\\_consl.asp](http://si2.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/html/manuel_inscr_consl.asp) [date de consultation : 23 décembre 2004], sous le titre « La réquisition générale d'une inscription (formulaire RG) », aux p. 127-129, concernant la réquisition d'inscription d'une cession de rang, où l'on précise, à la p. 128, n° 25 : « Si la cession de rang vise une hypothèque avec dépossession qui n'a pas été inscrite sur le registre, cette hypothèque doit être décrite sous la rubrique "Autres mentions" ». Concernant la possibilité de créer des gages successifs, voir notre discussion, ci-dessus, aux paragraphes n°s 40-42.

167. De manière générale, voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 293-297, n°s 3.82-3.84; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 478-479, 492-496, n°s 1117-1118, 1146-1152. Quant à savoir si la nouvelle hypothèque doit être publiée seulement qu'au registre mobilier ou, en plus, au registre foncier lorsque la créance hypothéquée est garantie par une

ainsi à protéger l'intégrité du registre, de même que les tiers qui le consultent et qui s'y fient.

[86] Illustrons l'effet de cette disposition par un exemple. Un particulier détient une créance contre un tiers. Cette créance est garantie par une hypothèque immobilière consentie en sa faveur, évidemment inscrite au registre foncier. Ce particulier peut-il, à son tour, hypothéquer cette créance en faveur de l'un de ses créanciers, en utilisant le mécanisme du gage? Nous devons répondre par la négative: l'article 2712 C.c.Q. édicte bien que cette deuxième hypothèque doit être publiée par inscription. Cette règle s'applique à tout type de constituant, notamment au particulier ou à la personne morale.

[87] Cela signifie que l'article 2712 C.c.Q. empêche le créancier de voir se constituer un gage en sa faveur sur une créance déjà garantie par une hypothèque inscrite, parce que le Code civil précise, à l'article 2703 C.c.Q., que le gage est publié uniquement par la détention continue du bien ou du titre; l'article 2707 C.c.Q. n'est d'aucun secours, puisqu'il édicte que « [l] hypothèque mobilière avec dépossession peut être, *postérieurement à sa constitution*, publiée par inscription, pourvu qu'il n'y ait *pas interruption de publicité*<sup>168</sup> », référant clairement à une situation de conversion d'un gage en une hypothèque mobilière sans dépossession, ce qui signifie qu'au moment de la constitution, la publicité du gage ne peut s'effectuer autrement que par la détention du bien<sup>169</sup>; dans le cas prévu par l'article 2712 C.c.Q.,

---

hypothèque immobilière, voir *Caisse populaire Desjardins de la Ouareau c. Dandurand*, [2003] R.J.Q. 412 (C.A.), qui répond par la négative à cette question. L'article 3014.1 C.c.Q. permettrait sans doute d'envisager une solution différente.

168. Nos italiques.

169. Voir, en ce sens, D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, note 14, à la p. 114, n<sup>os</sup> 249-250. M<sup>me</sup> le professeur Pratte va plus loin, en précisant, au n<sup>o</sup> 250, ce qui suit: « En modifiant le mode de publicité, le créancier ne détient plus une hypothèque mobilière avec dépossession. Il l'a transformée en une hypothèque mobilière sans dépossession. En effet, *la fin de la détention éteint l'hypothèque mobilière avec dépossession* (Art. 2798 C.c.Q.). Il devra, selon nous, se soumettre alors aux règles concernant l'hypothèque mobilière sans dépossession (Art. 2696 et suiv. C.c.Q.). Par exemple, la règle de validité de forme, exigeant un écrit, s'appliquera (Art. 2696 C.c.Q.) [références omises]. Il semblerait que l'article 2707 C.c.Q. vise le cas de la conversion d'un gage en une hypothèque mobilière sans dépossession, puisque l'on y parle bien « d'interruption de publicité ». Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 238-239, n<sup>o</sup> 3.34. Pour M<sup>e</sup> Payette, l'hypothèque ainsi convertie ne serait pas assujettie à l'article 2696 C.c.Q. Cependant, il souligne que la conversion ne peut être une façon de contourner l'interdiction de l'article 2683 C.c.Q. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 237, 326, n<sup>os</sup> 600, 792. Pourtant, il est possible de publier au *Registre des droits personnels et réels mobiliers*, donc par inscription, une hypothèque conventionnelle avec dépossession (gage) qui soit identifiée de cette manière, au moyen d'un formulaire RH. Ainsi, il semble possible d'utiliser simultanément deux modes de publicité pour le gage, à savoir la détention et l'inscription; dans ce cas, il ne s'agirait pas d'une situation de conversion, mais de double publicité. Voir, en ce sens, J.-P. BOUSQUET, « La publicité des droits », dans *Collection de droit 2004-2005: Contrats, sûretés et publicité des droits*, vol. 6, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2004, 185, à la

la détention est donc insuffisante à respecter l'unique exigence de publicité qui y est mentionnée, à savoir l'inscription.

[88] Ainsi, cela signifie que le créancier, aux termes de l'article 2712 C.c.Q., ne peut publier son hypothèque par la détention mais par l'inscription seulement; s'il ne le fait pas, il risque de se voir déclasser par un créancier hypothécaire subséquent qui, lui, se serait conformé à l'exigence de l'inscription, en plus de ne pas pouvoir exercer ses droits sur l'hypothèque secondaire<sup>170</sup>.

[89] Qu'en est-il du gage constitué sur une créance qui n'est pas, au moment de la constitution, déjà garantie par une hypothèque inscrite, mais qui, subséquemment à la constitution du gage, devient garantie par une hypothèque inscrite? On pourrait arguer que la maîtrise effective de la créance empêche que soit constituée une telle hypothèque. Mais cette maîtrise effective ne réfère qu'à un droit exclusif du créancier de percevoir seul le produit de la créance: elle n'empêcherait pas le constituant, dans la foulée de l'arrêt *Val-Brillant*, de se voir conférer une hypothèque par le débiteur de la créance, la fonction privative du gage n'étant pas parfaite. En résulterait donc un problème technique: qu'advierait-il de la validité de la publicité initiale du gage? Le créancier gagiste pourrait-il ainsi être déclassé par un créancier hypothécaire subséquent qui aurait respecté les formalités d'inscription? Nous le croyons.

[90] Ces difficultés techniques démontrent bien à quel point l'idée de la dépossession n'est plus adaptée aux réalités d'un système de publicité moderne fonctionnant par voie d'inscription à un registre informatisé. D'un autre point de vue, ces difficultés illustrent à quel point les dispositions du nouveau Code civil tendent vers la matérialisation du gage, suggérant autant de limitations à la portée de l'arrêt *Val-Brillant*, tout en démontrant la

---

p. 186. Voir aussi *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, à la p. 684, n° 18. Dans ce cas, s'agit-il toujours d'un gage? Cette double publicité permettrait-elle de respecter la règle de l'article 2712 C.c.Q.? L'inscription devient-elle véritablement le mode de publicité du gage? Quelle est alors l'utilité de la détention? Ne s'agit-il pas alors d'une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, aux formalités moins contraignantes (absence d'écrit, manquement à la règle de la spécialité), contournant la prohibition de l'article 2683 C.c.Q.? Constatons que, même si l'on opte pour l'interprétation voulant que le gage se publie tant par la détention que par l'inscription, ce qui nous semble malgré tout douteux, l'inobservance de cette double publicité (i.e. de l'inscription) fragilise de beaucoup le gage, comme nous l'expliquons aux paragraphes 88-89.

170. Voir *Caisse populaire Desjardins de la Ouareau c. Dandurand*, précité, note 167, à la p. 417, n° 45: «[...] l'hypothèque doit être publiée par inscription, la dépossession ne suffisant pas ici pour accomplir la publicité et dispenser de l'inscription». Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, note 20, aux p. 563-566, n°s 4.142-4.143. Voir aussi l'art. 3003 C.c.Q. *Contra*: L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 495-496, n°s 1150-1151.

nécessité d'une nouvelle réforme législative en matière de mécanismes de publicité des droits.

### III. NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME LÉGISLATIVE EN MATIÈRE DE MÉCANISMES DE PUBLICITÉ DES DROITS

[91] Ainsi, nous croyons que le législateur devrait procéder à plusieurs modifications législatives, non pas afin d'accroître l'importance que certains voudraient que l'on accorde à cette dématérialisation du gage dont nous avons déjà traité, mais plutôt afin de l'abroger le plus complètement et définitivement possible comme *mécanisme de publicité*. Évidemment, le concept de la maîtrise de fait d'un bien, voire même le « contrôle », devrait être articulé de manière précise pour certaines catégories de biens clairement identifiées, mais seulement à titre de mécanisme de constitution de la sûreté, la publicité étant obligatoirement, dans la majorité des cas, *l'inscription*; ce mécanisme de « contrôle » devra par ailleurs se refléter dans l'exercice des recours du créancier, où il présentera sa véritable utilité; enfin, les règles de conflits de lois devront être modifiées en conséquence<sup>171</sup>. Nous allons brièvement exposer les motifs soutenant cette prise de position.

[92] Le gage est un mécanisme de publicité primitif et imparfait. Primitif, il réfère à une époque qui se situe à des années-lumière de l'ère des nouvelles technologies de l'information. Les réticences à l'égard de la constitution de sûretés mobilières étaient autrefois justifiées. On peut ainsi comprendre et admettre que la possession ait pu servir de critère de publicité, tant pour constituer des sûretés que comme indice de la propriété d'un bien<sup>172</sup>. En

---

171. À ce sujet, nous ne formulerons pas de proposition précise dans cet article. Mentionnons toutefois que, de manière générale, pour les biens utilisés dans plus d'un État et pour les biens incorporels, le critère de l'État de la loi constitutive d'une personne morale s'avère intéressant, comme facteur de rattachement, puisque neutre (dans le cas d'une personne physique, il s'agit du lieu de résidence principal). Voir U.C.C. § 9-301 et 9-307 (2001). De même, pour les sûretés grevant des valeurs mobilières dématérialisées ou des dépôts bancaires publiés par le mécanisme du « control », le choix de la loi régissant la validité et la publicité dépend soit de la volonté des parties, soit du lieu où est situé le compte (i.e. la succursale), soit du lieu du principal établissement de l'institution financière (U.C.C. § 9-304 et 9-305 [2001]). Les articles 4 à 6 de la *Convention de La Haye*, précité note 101, proposent des solutions semblables, conférant d'abord à l'autonomie des parties le choix de la loi applicable en la matière eu égard à la validité et à la publicité de la sûreté. À défaut, l'on suggère que ce soit la loi de l'intermédiaire pertinent.

172. Voir notamment, à ce sujet, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1998, aux p. 246-248, n<sup>os</sup> 237-238.

droit civil, ce fut d'ailleurs longtemps la seule façon de constituer et de publier une sûreté mobilière.

[93] On a invoqué, au soutien de la thèse de la dématérialisation du gage, l'argument d'un processus de dématérialisation de la monnaie et des valeurs, qui a présentement cours<sup>173</sup>. À notre avis, cet argument milite plutôt en faveur de l'abrogation du gage, étant donné la nature de ces biens. Là encore, on peut comprendre que la dépossession fictive résultant de la « maîtrise de fait » de la créance (ou de tout autre meuble incorporel), conférée au créancier, fut un temps la seule manière de créer une sûreté sur de tels biens et d'en assurer la publicité<sup>174</sup>. Mais dès lors qu'il est permis et possible de créer une sûreté sans dépossession (donc publiée par inscription), permettre la création d'un gage en ayant recours à une telle fiction juridique équivaut à créer, dans les faits, une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, qui échappe à son régime de publicité par inscription.

[94] On ne pourra objecter à cet argument que l'hypothèque mobilière sans dépossession ne confère pas la maîtrise de la créance à son titulaire, au contraire du gage, puisque l'hypothèque sans dépossession vise justement à permettre au débiteur de continuer à détenir et à utiliser le bien<sup>175</sup>. Avec déférence, cet argument ne suscite pas l'adhésion. Aux termes de l'article 2743 C.c.Q., l'hypothèque mobilière sans dépossession portant sur une ou des créances, confère *ab initio* à son titulaire le droit d'en percevoir les revenus qu'elle produit et le capital qui échoit durant l'existence de l'hypothèque. Cette faculté de percevoir confère donc au titulaire, jusqu'à un certain point, la maîtrise de la créance.

[95] Exceptionnellement, l'article 2744 C.c.Q. permet au créancier hypothécaire d'autoriser le constituant, « dans l'acte d'hypothèque », à percevoir, à leur échéance, les remboursements de capital et les revenus des créances hypothéquées. Dans ce cas, on pourrait concevoir que le créancier hypothécaire ne détienne plus la maîtrise de fait de la créance hypothéquée. Pour cette

173. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 236, 364-365, n<sup>os</sup> 598, 873. M<sup>e</sup> Payette admet cependant que l'hypothèque mobilière sans dépossession est mieux adaptée pour grever des biens incorporels que ne l'est le gage. On continue cependant de recourir au gage, pour ces biens, en raison des restrictions posées par l'art. 2683 C.c.Q. Voir cependant : B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 101, à la p. 178, note 62 : « [...] The intangible nature of the property rights in respect of securities held with an intermediary must make pledges extremely rare, but perhaps some domestic laws still use such concepts in characterizing security interests ».

174. Voir notre discussion, *supra*, partie I.B.2.b) i), au paragraphe n<sup>o</sup> 30, traitant de la dépossession fictive sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*.

175. C'est ce que soutient L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 365, n<sup>o</sup> 874.

raison, on avance que le créancier gagiste n'est pas visé par l'article 2744 C.c.Q., puisque le gage ne se forme pas par un « acte d'hypothèque ». Dans cette veine, on soutient que l'article 2744 C.c.Q. ne saurait s'appliquer au créancier gagiste, puisque l'autorisation de percevoir la créance donnée au constituant par le titulaire lui ferait perdre la maîtrise de fait de la créance et, par conséquent, le gage s'éteindrait<sup>176</sup>.

- [96] Encore là, nous ne pouvons souscrire à ces arguments. D'une part, l'article 2744 C.c.Q. n'exclut pas, *a priori*, le créancier gagiste de sa sphère d'application. D'autre part, M<sup>e</sup> Payette voit dans les termes « acte d'hypothèque » la nécessité d'un acte écrit, ce qui exclurait le gage de la portée de cet article, qui n'est pas soumis à cette formalité de constitution. On pourrait présumer qu'il en soit ainsi, puisqu'il est fait mention que cette autorisation conférée au constituant doit se trouver « dans » l'acte d'hypothèque. Par contre, la signification des termes « acte d'hypothèque » n'implique pas la nécessité d'un écrit, ce qui soulève l'incertitude. En effet, le terme « acte » ne signifie pas nécessairement, à première vue, qu'il s'agisse d'un écrit, pas plus que le terme « hypothèque ». Par exemple, le gage est assurément un « acte juridique », qui est une manifestation d'une ou de plusieurs volontés destinées à produire un effet de droit<sup>177</sup>. De plus, à la lumière de l'arrêt *Val-Brillant*, cet argument n'est pas concluant, puisque l'on exige, dans les cas où cela est possible, la présence et la remise d'un écrit<sup>178</sup>.

- [97] Ainsi, le gage portant sur un titre de créance non négociable constitue une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée. L'étude des dispositions entourant la constitution du gage et de celles concernant l'hypothèque de créance suggère qu'il faut procéder à nombre de contorsions intellectuelles afin de permettre la constitution et la publicité d'un gage sur des biens incorporels, ce qui milite, à notre avis, en faveur de l'approche restrictive limitant le gage du nouveau Code civil aux seuls biens corporels et titres négociables<sup>179</sup>. Cela indique également que la rédaction des

176. Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, à la p. 378, n° 901.

177. Voir P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 48, aux p. 6 et 10, *s.v.* « acte », « acte formaliste » et « acte juridique ». Dans le cas du gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable, l'acte formaliste de constitution est la remise du bien ou du titre, ce qui ne nécessite pas nécessairement d'écrit.

178. Voir notre discussion, ci-dessus, partie I.B.2.b) iv), aux paragraphes n°s 38-42, traitant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit.

179. Voir notre discussion, ci-dessus, sous les rubriques I. B et II. B, traitant de la « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité, ainsi que des prérogatives conférées à l'hypothèque mobilière du nouveau droit.

dispositions du Code civil entourant le gage et l'hypothèque de créances s'est faite sans tenir compte des modifications de dernière heure apportées à l'article 2683 C.c.Q., restreignant la possibilité pour un particulier de constituer une hypothèque mobilière sans dépossession.

[98] Mécanisme de publicité imparfait, le gage l'est à plusieurs égards. En outre, on décèle des problèmes qui ont trait à la preuve<sup>180</sup>, d'autres qui relèvent de la protection des autres créanciers et des tiers. En matière de preuve, nous avons vu qu'aucun écrit n'est exigé<sup>181</sup>. Ainsi, une entorse est faite à l'exigence de la spécialité de l'hypothèque<sup>182</sup> quant à son montant, et les risques de conflits de collocation avec d'autres créanciers, titulaires de sûretés inscrites au registre grevant le même bien, s'en trouvent inutilement accrus. En matière de protection des tiers, on les prive d'une information complète par simple consultation du registre mobilier. Nous n'envisageons même pas, au demeurant, les situations où il y aurait pluralité de gages et de créanciers gagistes sur le même bien, telles qu'évoquées par certains<sup>183</sup>, qui rendent encore plus dérisoire le recours au gage comme mécanisme de publicité. On fragilise ainsi l'édification d'un ordre de priorité cohérent entre les créanciers, le gage devenant pratiquement une sûreté occulte, en plus de favoriser la création, dans les faits, d'un régime de publicité parallèle au registre.

[99] De plus, comme nous l'avons déjà vu, le créancier est assujéti aux diverses formalités prévues par le Code civil pour l'exercice de ses recours hypothécaires, dont notamment l'envoi et l'inscription d'un préavis d'exercice<sup>184</sup>. Cette dichotomie des modes de publicité selon l'époque de la vie de la sûreté est incohérente et inutile.

180. Voir, notamment, *Expleo Global inc. (Syndic de)* (21 mars 2003), Montréal 500-11-018505-020, AZ-50167942 (C.S.). Un chèque visé, remis par un locataire à son locateur à titre de « dépôt de garantie », afin de garantir les obligations du locataire en vertu du bail, constitue un gage, puisque ce montant a été remis, selon la preuve (contradictoire), à cette fin; le locateur ne peut opérer compensation à même ces sommes postérieurement à la faillite, ni ne peut s'approprier le dépôt sans suivre les formalités requises par le Code civil (préavis d'exercice, délaissement, etc.). Enfin, dans un tel contexte, l'hypothèque ne fut pas jugée valide, en raison de l'article 136 (1) F de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

181. Voir notre discussion, ci-dessus, partie I.B.2.b) iv), aux paragraphes n<sup>os</sup> 38-42, traitant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit.

182. Voir, à cet égard, J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 607.

183. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 374-375, 377, n<sup>os</sup> 894 et 900.

184. Voir notre discussion, ci-dessus, partie II.B.2.b), aux paragraphes n<sup>os</sup> 84-90, traitant des paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession.

[100] Pour ces motifs, nous suggérons minimalement la circonspection, par le législateur, de l'hypothèque mobilière avec dépossession, aux seuls biens meubles corporels et titres négociables, à défaut, idéalement, de l'abolir purement et simplement. Bien sûr, cette dernière proposition comporterait certaines limites naturelles<sup>185</sup>. Par exemple, il est évident que même en abolissant cette notion, l'on ne pourrait empêcher la constitution, dans les faits, d'une sûreté avec dépossession grevant un titre de créance au porteur, en raison de la nature même d'un tel bien et de la protection législative dont il fait l'objet<sup>186</sup>. Au demeurant, nous croyons que, par exception, la « dépossession » devrait être préconisée comme mécanisme de constitution et de publicité d'un titre de créance négociable<sup>187</sup>.

[101] L'abolition pure et simple de l'hypothèque mobilière avec dépossession ou sa circonspection aux seuls biens corporels et titres négociables signifierait, dans l'état actuel du droit, qu'une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » ne pourrait pratiquement plus consentir de sûreté mobilière sur des biens

---

185. Voir M. BILLAU, *loc. cit.*, note 37, n° 1. D'emblée, l'auteur affirme le caractère « naturel de remettre à son créancier un objet en garantie de l'exécution de ses engagements ». Gage évidemment dans un sens général. Gage aussi pour un objet particulier dans le sens de nantissement ou de *pignus*.

186. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, aux p. 382-383, n°s 911-914. Voir, pour une discussion au sujet de la constitution du gage, selon la nature de l'objet mis en gage : M. BILLAU, *loc. cit.*, note 37, n°s 10-11. Nous pourrions croire à une analogie avec la transmission du droit de propriété à titre gratuit par le mécanisme du don manuel. Le gage, en tant que remise d'un bien au créancier gagiste à titre de sûreté réelle, et le don manuel, en tant que remise d'un bien au donataire en tant que propriétaire, sont des gestes tout à fait naturels. Ces gestes s'imposent notwithstanding toute velléité législative ou doctrinale d'en suggérer l'abolition. Voir les propos de Bressolles à ce sujet : « Un législateur ne saurait émettre des ordres qu'il se sent impuissant à faire exécuter ». P. BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1885, à la p. 442. Dans les faits, il n'y a de véritable gage que sur un objet corporel ou sur un titre négociable au sens strict. L'analogie est séduisante avec le domaine du don manuel limité aux mêmes biens qui accordent au donataire une possession privative. Voir P. CIOTOLA, « Le don manuel en droit privé québécois ou la libéralité incomprise » (1973-74) 76 *R. du N.* 143, à la p. 149 ; *ibid.*, « La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-76) 78 *R. du N.* 3, aux p. 146, 151 et 206, concernant plus particulièrement la possibilité du don manuel des choses corporelles, la possibilité du don manuel des meubles incorporels particulièrement négociables (au porteur, à ordre par endossement et délivrance) et le refus de permettre le don manuel des titres nominatifs, car ces titres ne sont pas susceptibles de transférer la propriété par simple remise.

187. C'est d'ailleurs ce que Grant Gilmore et les rédacteurs de la première mouture du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* recommandaient à ce sujet. Voir G. GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, 1965, à la p. 387. Notons par ailleurs qu'un auteur américain réputé avait suggéré, lors de la récente réforme du *Uniform Commercial Code*, l'abolition du mécanisme de la dépossession à des fins de publicité. Voir, à cet égard, J. J. WHITE, *loc. cit.*, note 51, aux p. 545-550. Ce dernier n'a malheureusement pas été entendu.

incorporels, de manière simple et efficace<sup>188</sup>. C'est d'ailleurs l'un des arguments invoqués, dans le cadre du débat actuel, sinon le principal, au soutien de la thèse de la dématérialisation du gage. Une piste de solution à cette problématique, à défaut de permettre à tout constituant de bénéficier de l'hypothèque conventionnelle sans dépossession sans aucune restriction ou formalité, consisterait à faire de l'hypothèque mobilière sans dépossession un contrat solennel et d'en assujettir la constitution, par une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise », au respect de la forme notariée. Cette proposition mériterait d'être étudiée et considérée de manière plus approfondie.

[102] De plus, à cet idéal de l'abrogation complète et définitive du gage ou de la dépossession comme mécanisme de publicité, s'ajouteraient d'autres objections. Ainsi, l'on demandera pourquoi l'on ne permettrait plus la constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession sur un bien meuble corporel (ou titre négociable), puisque cela ne soulève, conceptuellement, aucune difficulté. En réponse, le premier argument tiendrait de la cohérence du régime de publicité que l'on vise à établir. Il ne semble plus y avoir de motifs permettant de s'opposer à une publicité uniforme des droits grevant tout bien meuble au registre mobilier. Les coûts afférents à l'inscription des droits sont à la portée de tous. Ensuite, la simplification du régime de publicité l'exigerait. En effet, quand on commence à permettre les exceptions, il devient difficile de savoir où s'arrêter, voire même de savoir pourquoi l'on permet de telles exceptions. Le principe de l'égalité entre les créanciers y trouverait donc une nouvelle résonance. Enfin, l'objectif visant à permettre aux créanciers et aux tiers de connaître avec exactitude l'état de l'endettement d'une personne par simple consultation du registre ne serait pas altéré par la possibilité de recourir à un autre mode de publicité. La préservation ou l'encouragement de l'égalité informationnelle des créanciers et des tiers exigerait donc l'abrogation du gage comme mécanisme de publicité<sup>189</sup>. Nous sommes toutefois conscients que l'abrogation

188. Bien sûr, le particulier peut recourir à d'autres mécanismes, dont la fiducie, la réserve de propriété, la location à long terme, mais à l'intérieur de paramètres parfois plus complexes et limités, en pratique.

189. Pour une opinion contraire, lire J.-F. RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Clermont-Ferrand (Fr.), Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, aux p. 300-302, n<sup>os</sup> 823-827. Notons toutefois que certains tempéraments pourraient être portés à cette exigence de publicité par voie d'inscription au registre, notamment dans certains cas de transactions consuméristes. Voir, toutefois, nos commentaires et les autorités mentionnées, *supra*, note 186. Mentionnons par ailleurs que la doctrine, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, soutenait déjà que le gage, fondé sur la possession comme mesure de publicité,

complète et définitive du gage est impossible, en pratique. En revanche, sa circonspection aux seuls biens corporels et titres négociables est très envisageable.

- [103] Notons, d'entrée de jeu, que nos propositions s'inscrivent, jusqu'à un certain point, à contre-courant de certaines tendances actuelles en droit des sûretés, dans le cadre des réformes récentes ou en cours. Ainsi, le *Uniform Commercial Code* a choisi d'adopter un mécanisme de dépossession fictive (i.e. « *control* ») en lien avec certains biens incorporels et titres dématérialisés<sup>190</sup>. Cependant, d'autres projets d'harmonisation du droit<sup>191</sup>, proposés par divers organismes internationaux d'uniformisation du droit se montrent hésitants à suivre cette voie, bien que l'attrait de la dépossession fictive soit bien présent<sup>192</sup>. Cette tendance qui se

---

devrait être substantiellement transformé. Guillouard écrivait alors que « [C]ette condition traditionnelle du contrat de gage, la mise en possession du créancier gagiste, pourrait, à notre avis, dans l'état de la civilisation à notre époque, être très avantageusement remplacée par une publicité sérieuse, donnée au contrat de gage, l'objet du gage restant aux mains du débiteur ». Il poursuit son étude sur les avantages de l'inscription sur la mise en possession du créancier gagiste en ajoutant ce qui suit : « Puis, et c'est là surtout, à notre avis, la vraie supériorité du système que nous exposons, lorsqu'il s'agit du gage constitué sur des créances, soit nominatives, soit au porteur, l'inscription du gage sur un registre spécial et public constitue une publicité beaucoup plus sérieuse et plus pratique que celle qui résulte de l'accomplissement des formalités de l'article 2074 pour les valeurs au porteur, et de celles de l'article 2075 pour les valeurs nominatives ». Voir L. GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, Paris, Pédone, 1895, n° 89. Voir également M. BILLAU, *loc. cit.*, note 37.

190. Voir U.C.C. § 9-203(1)(a) (1995) ; U.C.C. § 9-203(b)(3)(D) (2001). La notion de contrôle est définie à différents endroits, notamment aux sections U.C.C. § 9-104, 9-105, 9-106 et 9-107 (2001). C'est une façon de remplir l'exigence de la dépossession pour les biens intangibles (i.e. l'équivalent des biens meubles incorporels du droit civil). La publicité par ce mode de constitution est autorisée aux termes de la section U.C.C. § 9-314 (2001). Voir J.J. WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, note 80, à la p. 775 : « One way to think of control is to regard it as the intangibles equivalent to possession of tangibles. As we have said [...], security interests in intangibles for which there is no indispensable res to be possessed (like a negotiable instrument) cannot be perfected by possession. Yet some of these intangible interests can be put under the "control" of a secured creditor to the exclusion of others, and this will put third parties on notice ». Notons que M<sup>me</sup> la juge Deschamps a bien relevé, dans sa dissidence, que ces nouvelles dispositions du *Uniform Commercial Code* en matière de constitution et de publicité par le mécanisme du contrôle n'ont certainement pas pu influencer le législateur québécois de 1991 et 1994, puisque ce mécanisme n'existait pas à ce moment en droit américain. Cet argument nous semble important, contrairement à ce que prétend M. le juge Gonthier à cet égard, qui s'inspire des avancées américaines postérieures à l'édiction du nouveau Code pour tirer ses conclusions. Voir *Val-Brillant*, M. le juge Gonthier, précité, note 11, aux p. 687-688, n°s 22-24 ; M<sup>me</sup> la juge Deschamps, à la p. 715, n° 114.
191. De façon générale, concernant l'ensemble des travaux de l'harmonisation du droit à l'échelle internationale portant sur le droit des sûretés, voir : R. GOODE, « Harmonised Modernization of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional » (2003) *Rev. dr. unif.* 341 ; A.M. GARRO, « Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives », (2003) *Rev. dr. unif.* 357 ; H.L. BUXBAUM, « Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform », (2003) *Rev. dr. unif.* 321.
192. La question ne semble pas encore tranchée, dans le cadre des travaux en droit des sûretés de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)*. Voir notamment, à cet égard, *Rapport du Secrétaire général: projet de guide législatif sur les opérations*

dessine actuellement, çà et là, mettra peut-être un frein aux propositions que nous avançons pour la réforme du droit québécois. Les jeux ne sont pas faits : on note une certaine hésitation. On peut déplorer que le mécanisme de la dépossession fictive, à une époque de progrès informatiques majeurs, continue de conserver cette aura à plusieurs niveaux. La véritable réforme du droit des sûretés mobilières est indissociable des mécanismes de publicité qui en sous-tendent l'édifice. Toute dépossession, réelle ou fictive, devra être la plus clairement circonscrite, afin de ne pas nuire à l'efficacité, à l'effectivité et à l'intégrité d'un registre. Nos propositions valent donc tant pour la réforme locale qu'internationale.

## CONCLUSION

- [104] L'efficacité et l'effectivité de tout régime de sûretés repose sur le système de publicité qui le sous-tend. Longtemps, les sûretés mobilières furent limitées aux seuls biens meubles corporels. Les progrès informatiques ont changé la donne. Ce qui était autrefois impensable est devenu réalité. D'un régime de sûretés mobilières fondé sur la tradition matérielle de la chose par le débiteur en faveur du créancier, l'on est passé à un régime permettant au débiteur de conserver la détention de biens meubles tout en les affectant de sûretés au profit de créanciers. Les sûretés mobilières sans dépossession, bien que présentant toujours plus d'incertitudes que les sûretés immobilières, sont néanmoins bien desservies par l'établissement d'un registre nominatif informatisé, unique, centralisé, pour une région géographique donnée, en l'occurrence, le Québec.
- [105] Le régime de sûretés du Québec a cependant mal à ses règles et mécanismes de publicité. Le législateur a tenté d'intégrer les sûretés immobilières et mobilières sous un même régime, celui

---

*garanties*, Doc. off. CNUDCI NU, Doc. NU A/CN/WG.VI/WP9/Add. 2 (22 juillet 2003). Voir aussi S.V. BAZINAS, « UNCITRAL's Work in the Field of Secured Transactions » (2004) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 67, aux p. 76-78. La Loi modèle proposée par l'Organisation des États Américains semble privilégier le mécanisme de l'inscription, bien que la dépossession, réelle et fictive, semble permise en certains cas limités. Voir OEA, Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI), 3<sup>e</sup> session plénière, *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.24/02 rev. 2 (5 mars 2002), art. 8, 10 et 23. Au sujet de ce texte, voir : B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, « The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 15. Concernant une version antérieure de ce texte, voir A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », (2001) 103 *R. du N.* 51. Voir, enfin, les articles 11 et 12 du *Projet préliminaire d'Unidroit concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire* (2004), précité, note 80, qui, tout en favorisant le mécanisme du « control », n'empêchent pas que d'autres mesures de publicité soient requises, à condition toutefois que le titulaire de cette sûreté ainsi acquise détienne une priorité de rang ne dépendant pas de l'ordre du temps.

de l'hypothèque. Cette intégration n'est ni complète, ni parfaite<sup>193</sup>. Au seul plan des registres de publicité, l'on note la présence de deux (2) registres distincts, soit le registre foncier et le registre des droits personnels et réels mobiliers (le « **registre mobilier** »). Le registre foncier n'en est pas un d'inscription des droits, mais bien de dépôt des actes. Informatisé, il permet cependant la consultation en ligne, grâce à Internet, des actes d'hypothèque, qui sont numérisés. Bien qu'aucune garantie de titre ne soit donnée par l'État, il est possible d'établir le rang d'un créancier plus aisément au foncier qu'au mobilier. Enfin, les règles concernant la présentation des actes, leur intégrité et les attestations requises, font du registre foncier un instrument plus fiable que ne l'est le registre mobilier<sup>194</sup>.

[106]

Le registre mobilier, à l'inverse du registre foncier, en est un d'inscription de droits. Louangé comme instrument informatique performant, considéré comme étant l'un des fleurons de la nouvelle technologie juridique au Québec, l'on remet cependant en question la qualité et l'intégrité des informations qui y sont véhiculées, puisque aucune certification ou attestation n'est requise, et ce, tant pour l'inscription que pour la radiation des droits. Qui plus est, la consultation du registre mobilier ne permet ni de connaître l'étendue exacte des charges grevant le patrimoine d'un débiteur, ni d'établir le rang d'un créancier<sup>195</sup>. À ce chapitre, plusieurs tempéraments à l'inscription et à l'établissement du rang selon l'ordre du temps sont à signaler<sup>196</sup>. D'abord, la possibilité de constituer un gage sur pratiquement tout type de bien meuble, selon l'interprétation de l'arrêt *Val-Brillant*, constitue une brèche majeure à l'intégrité du registre mobilier, en particulier dans le cas de biens incorporels, plus précisément celui des créances. S'ajoutent à cela les règles des articles 2699 et 2708 C.c.Q. : les hypothèques mobilières grevant des biens représentés par connaissance, des titres négociables ou des créances, sont opposables aux créanciers du constituant, si l'hypothèque est inscrite ou si le titre est remis au titulaire dans les dix (10) jours qui suivent l'exécution de sa prestation. Voici donc une période occulte minimalement de dix (10) jours : elle sera évidemment

193. P. CIOTOLA, Contre-réforme, *loc. cit.*, note 33, aux p. 60-61 ; *ibid.*, Épizootisme législatif, *loc. cit.*, note 33, aux p. 873-874.

194. Pour une critique des règles de publicité en matière foncière, voir F. BROCHU, « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière », (2003) 105 *R. du N.* 761.

195. Pour une critique des règles de publicité en matière mobilière, voir P. DUCHAINE et D.-C. LAMONTAGNE, « Rdprm : Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier? », (2003) 105 *R. du N.* 795. Y aurait-il lieu de penser à une intégration éventuelle des registres fonciers et mobiliers en un seul et unique registre?

196. Nous nous contentons d'en signaler les principaux.

supérieure dans le cas d'un gage, surtout s'il s'agit d'un bien incorporel ne présentant pas le caractère de la négociabilité.

[107] Ajoutons le cas de la cession ou de l'hypothèque résultant d'un contrat d'assurance : l'article 2461 C.c.Q. prévoit en effet que de tels actes ne sont opposables tant à l'assureur, au bénéficiaire ou aux tiers, qu'à compter du moment où l'assureur en reçoit avis. Dans ce cas, cela signifie que l'inscription ne suffit pas à assurer l'opposabilité de l'hypothèque, ni à lui conférer son rang, même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière sans dépossession, qui doit pourtant obligatoirement être inscrite au registre. Ainsi, un créancier qui a inscrit antérieurement son hypothèque peut se voir déclasser par un créancier, même gagiste, qui transmet son avis de cession ou d'hypothèque à l'assureur avant lui, ce qui constitue une exception notable au principe de l'ordre du temps établi par l'inscription et aux autres effets qui y sont normalement rattachés<sup>197</sup>.

[108] Enfin, les quasi-sûretés que sont la fiducie-sûreté<sup>198</sup>, les réserves de propriété<sup>199</sup>, la faculté de rachat<sup>200</sup>, le crédit-bail<sup>201</sup> et le bail à long terme<sup>202</sup> doivent, dans la plupart des cas, être publiées pour être opposables. Cependant, les dispositions qui régissent la publicité et les recours divergent d'une transaction à l'autre. Délai de grâce de quinze jours pour la publicité des réserves de propriété, des crédits-baux et des baux à long terme, favorisant l'occultisme, délai réduit en peau de chagrin par la Cour suprême du Canada dans deux affaires récentes dans un contexte de faillite, puisque, en certains cas, la non-publication ne sera pas fatale au créancier à l'égard d'un syndic de faillite<sup>203</sup>. Enfin, ces quasi-

197. Voir, en ce sens, L. PAYETTE, *op. cit.*, note 32, p. 152-153, 516-517, n<sup>os</sup> 379, 1199-1200. Bien d'autres mécanismes confèrent des sûretés occultes et n'apparaissent pas à aucun registre. Par exemple, les priorités du *Code civil du Québec* sont occultes. De même, les ministères du Revenu disposent d'un arsenal impressionnant de droits occultes qui primeront ceux des créanciers inscrits. Voir, à ce sujet, P.H. BÉLANGER, « Droits, priorités et super priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83 ; R.P. SIMARD, « Recours des ministères du Revenu en cas de faillite et d'insolvabilité », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de la faillite (1998)*, vol. 107, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998, 137. Enfin, certaines sûretés mobilières existent en vertu de lois particulières et aussi en vertu du droit fédéral, et s'inscrivent à un registre autre que le registre mobilier. C'est le cas, notamment, de la sûreté établie en faveur des banques aux termes de l'article 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

198. Art. 1263 C.c.Q.

199. Art. 1745, 1748 et 1749 C.c.Q.

200. Art. 1750-1756 C.c.Q.

201. Art. 1847 C.c.Q.

202. Art. 1852 C.c.Q.

203. Au moment de remettre le présent texte à l'éditeur, la Cour suprême rendait les deux arrêts suivants : *Ouellet (Syndic de)*, 2004 CSC 64 ; *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)*, 2004 CSC 63. Il ne nous appartient pas d'analyser ces décisions dans le cadre du présent article.

sûretés ne présentent aucune exigence d'indication de montant au registre, s'écartant donc de la règle de la spécialité, qui prévaut en matière d'hypothèque mobilière sans dépossession, règle nécessaire afin de connaître avec plus de précision l'étendue de l'endettement d'un débiteur par simple consultation du registre. De plus, les biens assujettis à ces transactions ne font pas partie du patrimoine du débiteur.

[109] Et pourtant, la publicité est une mesure obligatoire en vue d'assurer l'opposabilité aux tiers de toute sûreté et de lui conférer son rang<sup>204</sup>. La publicité peut même être une mesure obligatoire assurant la validité d'une sûreté, comme c'est le cas pour l'hypothèque mobilière avec dépossession<sup>205</sup>. L'arrêt *Val-Brillant* illustre donc quelques problématiques fort circonscrites, en matière d'hypothèques mobilières. Ces problématiques s'inscrivent néanmoins dans une tendance plus générale, où les règles de publicité s'appliquent de manières variables. Cela s'explique, entre autres, par la déficience de la rédaction de plusieurs dispositions législatives; cela s'explique également par une attitude généralisée qui porte en aversion toute forme de publicité en matière mobilière<sup>206</sup>.

[110] Enfin, il est étonnant de constater, d'une part, l'interprétation rigoureuse et formaliste des exigences de publicité au registre mobilier, notamment en ce qui a trait à l'identification précise du nom du constituant<sup>207</sup>, et d'autre part, d'observer un certain laxisme permettant la constitution de sûretés mobilières sans dépossession déguisées, tout comme le veut l'interprétation de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*.

[111] Tout cet exposé démontre, si besoin était, les incertitudes grandissantes liées à nos régimes de publicité et de sûretés. La contre-réforme est à l'œuvre. Nous croyons qu'il nous faudrait revoir en profondeur les règles actuelles, pour faire en sorte que nos sûretés soient plus sûres, plus uniformes, plus simples.

---

Mentionnons toutefois qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une controverse déjà commentée par d'autres. Voir, notamment, F. BROCHU, « La crise d'adolescence du RDPRM », (2002) 104 *R. du N.* 323; P. DUCHAINE, « Le locateur à long terme d'un bien meuble doit-il publier le bail afin que son titre de propriété soit opposable aux tiers? », (2002) 104 *R. du N.* 529; L. PAYETTE, « La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1.

204. Voir les articles 2663, 2934 et 2941 C.c.Q.

205. Art. 2663, 2702 et 2703 C.c.Q.

206. En effet, l'on pourrait soutenir qu'il ne devrait pas être plus difficile de respecter les exigences relatives à la vente de biens meubles, en ce qui a trait aux formalités de constitution et de publicité, lorsque l'opération vise à constituer et publier une sûreté. Cependant, rien n'empêche que certaines formalités de publicité s'ajoutent éventuellement en matière de vente de biens mobiliers, ou de vente en bloc.

207. Voir, entre autres, 9076-3335 *Québec inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 2101 (C.A.), J.E. 2003-1586 (C.A.).

[112] En cela, il est certes vrai que la véritable réforme du droit passe inévitablement par une réflexion concertée, éventuellement sanctionnée par le législateur dans ses lois. Cependant, en matière de droit des sûretés, force nous est de conclure que le législateur québécois, depuis l'adoption du nouveau Code civil et par la suite, a procédé à la modification ponctuelle de règles, de manière disparate, sans qu'il n'y ait de vision d'ensemble soutenant ses actions, et sans qu'il ne se montre, par ailleurs, à l'écoute des préoccupations exprimées par nombre d'experts et d'autorités en ce domaine, visant à corriger des problématiques importantes, dont celle de l'hypothèque du particulier grevant des biens incorporels, qui culmina par cette décision de la Cour suprême rendue dans l'arrêt *Val-Brillant*<sup>208</sup>.

[113] À cet égard, la décision de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, se voulait certainement une réponse aux carences du Code civil, voire même une solution, afin d'inscrire le droit québécois des sûretés dans la modernité. On a reproché aux tribunaux de céder trop facilement et trop souvent aux diverses demandes qui leur sont présentées, interprétant la loi d'une manière trop permissive et s'écartant du texte au profit d'une recherche excessive de l'intention du législateur, car constituant un certain nihilisme de la véritable réforme du droit, qui doit passer par le processus législatif<sup>209</sup>. Bien que cela soit vrai et déplorable, le législateur, lui, n'est pas en reste: qu'en fait-il, de la véritable réforme du droit? Le nihilisme n'est pas l'apanage exclusif du processus judiciaire. Bref, ceci explique certes cela, sans pour autant l'excuser. En effet, l'arrêt *Val-Brillant* montre clairement les limites des solutions ponctuelles qui peuvent être apportées par le tribunal, au détriment d'une réforme d'ensemble, visant la cohérence d'un tout, présidée par le législateur<sup>210</sup>.

208. Cela fut déjà souligné à plusieurs reprises et en d'autres lieux. Voir, notamment, P. CIOTOLA, *Contre-réforme*, *loc. cit.*, note 33.

209. Voir R.A. MACDONALD, *How Far Functionalism*, *loc. cit.*, note 60.

210. Dans un autre contexte (néanmoins connexe), c'est d'ailleurs l'invitation que fait la Cour suprême du Canada au législateur québécois, sous la plume de M<sup>me</sup> la juge Deschamps, c'est-à-dire celle de la véritable réforme du droit, dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758, 2004 CSC 29, aux n<sup>os</sup> 47, 49, 57, concernant la question de la saisissabilité des contrats de rentes pratiqués par les assureurs. M<sup>me</sup> la juge Deschamps note avec pertinence que, dans ce domaine également, de l'abondance de modifications législatives ponctuelles découle une absence de cohérence systémique.

- [114] Au fond, les véritables questions qui nous sont posées par l'arrêt *Val-Brillant* sont les suivantes: Quel régime de publicité voulons-nous? Quelle est la fonction de la publicité? Quel régime de sûretés voulons-nous?
- [115] À ces questions s'en ajoute une dernière, non moins cruciale et fondamentale: quel type de processus de réforme du droit souhaitons-nous?



# L'HYPOTHÈQUE AVEC DÉPOSSESSION DE CRÉANCES NON REPRÉSENTÉES PAR UN TITRE NÉGOCIABLE OU LE RETOUR À UNE FICTION ACCOMMODANTE

*M<sup>e</sup> Denise Pratte\**

## INTRODUCTION

### A. L'ÉTAT DU DROIT

1. La mise en garantie des créances avant le nouveau Code civil
2. La réforme du droit des sûretés
  - a. Le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil de 1977*
  - b. L'Avant-projet de loi sur les sûretés de 1986*
  - c. Le Projet de loi 125 de 1990*
  - d. Le Code civil du Québec*
3. L'état du droit depuis l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*

### B. L'ANALYSE CRITIQUE DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

1. La notion de titre
2. La notion de remise ou de maîtrise effective
3. Les solutions retenues dans les autres pays de droit civil et dans le droit nord-américain

## CONCLUSION

\* \* \*

---

\* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## INTRODUCTION

La réforme du *Code civil du Québec* en matière de sûretés a ramené sur la sellette le problème de la mise en garantie avec dépossession des créances non représentées par un titre négociable. La question qui se pose est de savoir si on peut hypothéquer avec dépossession, c'est-à-dire donner en gage<sup>1</sup>, une créance qui ne se matérialise pas dans un titre. Par exemple, peut-on hypothéquer avec dépossession des droits résultant d'un contrat d'assurance-vie, des sommes versées dans un régime enregistré d'épargne-retraite (REER) ou toute autre créance qui n'est pas représentée par un titre? Contrairement aux lettres de change ou aux actions de compagnie qui se matérialisent dans un titre négociable et qui peuvent sans conteste être données en gage, les créances dont nous traitons dans le présent exposé ne permettent pas une simple dépossession matérielle en faveur du créancier. Devant le désir d'utiliser ces créances afin d'obtenir du crédit, le droit antérieur au nouveau Code civil avait aménagé des mécanismes juridiques permettant une mise en possession fictive des créances données en garantie.

L'avènement de l'hypothèque mobilière sans dépossession du nouveau Code civil aurait dû régler le problème puisque dorénavant les créances non représentées par un titre négociable auraient pu être données en garantie sans que le créancier ne soit mis en possession de la créance. Cependant, comme l'article 2683 C.c.Q. limite l'utilisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise aux véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement, dont ne font pas partie les créances<sup>2</sup>, la problématique de la mise en gage des créances a ressurgi. Dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*<sup>3</sup>, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a décidé qu'une créance non représentée par un titre négociable pouvait effectivement être donnée en garantie par le biais de l'hypothèque mobilière avec dépossession. Ce jugement ne va pas sans soulever plusieurs questions que nous examinerons dans la présente étude.

Dans une première partie, nous décrirons l'état du droit sur la question. Nous exposerons comment se faisait la mise en garantie de ces créances avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, le droit prévu lors

- 
1. L'article 2665, al. 2 C.c.Q. précise que l'hypothèque mobilière avec dépossession est aussi appelée gage. Suivant l'article 2702 C.c.Q., le gage est, en principe, constitué par la remise du bien ou du titre au créancier.
  2. Articles 15.02 et 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058.
  3. [2003] 1 R.C.S. 666.

des différentes étapes de la réforme du Code civil et l'état du droit depuis la décision de la Cour suprême. Dans une deuxième partie, nous effectuerons une analyse critique de l'arrêt *Blouin*.

## A. L'ÉTAT DU DROIT

La problématique soulevée en introduction est présente depuis plusieurs années. C'est pourquoi, avant d'analyser en détail la décision de la Cour suprême qui détermine l'état du droit actuel, nous examinerons l'état du droit avant la réforme du Code civil et le droit proposé lors de cette réforme.

### 1. La mise en garantie des créances avant le nouveau Code civil

Le *Code civil du Bas Canada* permettait de donner en garantie des créances non représentées par un titre négociable. Les articles 1966 et suivants du C.c.B.C. prévoyaient la possibilité de constituer un nantissement sur des biens meubles. L'article 1974 C.c.B.C. faisait spécifiquement référence au gage d'une créance. Par ailleurs, les articles 1570 et suivants C.c.B.C. régissaient la vente des créances et autres choses incorporelles. L'article 1578 C.c.B.C. spécifiait que les articles de cette section s'appliquaient également aux contrats de transports de créances autres que celui de vente.

Ainsi, peu importe qu'il s'agisse d'une vente de créance, d'un nantissement de créance ou de tout autre contrat de transport de créance, les règles de validité et d'opposabilité étaient fixées par les articles 1570 et suivants C.c.B.C. On pouvait y lire :

Art. 1570. La vente des créances et droits d'action contre des tiers est parfaite entre le vendeur et l'acheteur par l'exécution du titre, s'il est authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé.

Art. 1571. L'acheteur n'a pas de possession utile à l'encontre des tiers, tant que l'acte de vente n'a pas été signifié et qu'il n'en a pas été délivré copie au débiteur; il peut cependant être mis en possession par l'acceptation du transport que fait le débiteur; sauf les dispositions contenues en l'article 2127.

On notera qu'un écrit était nécessaire pour rendre le transport de créance parfait entre les parties et pour permettre de le rendre opposable aux tiers par la voie de la signification et de la délivrance d'une copie au débiteur. Cependant, ces formalités n'étaient pas applicables, en vertu de l'article 1573 C.c.B.C., aux effets négociables qui pouvaient être transportés par délivrance seulement ou endossement et délivrance.

En pratique, les conventions de transports de créances prenaient plusieurs formes. Dans une synthèse concernant la nature juridique les régissant, le professeur Ciotola dégage les principales interprétations

jurisprudentielles à ce sujet<sup>4</sup>. Ainsi, a-t-on retenu comme nature juridique pour ces conventions de transports de créances le nantissement, l'aliénation à titre absolu, la vente à réméré ou le transfert conditionnel et résolutoire quant au cessionnaire (transfert absolu mais soumis à une condition suspensive pour le cédant)<sup>5</sup>. Malgré cet éventail de possibilités, l'auteur ne fait aucune distinction quant aux formalités de validité ou d'opposabilité. Donc, peu importe l'étiquette accolée au transport de créance, les articles 1570 et suivants C.c.B.C. continuaient de le régir.

Lorsque le transport de créance constituait un nantissement, on peut se demander si l'article 1966 C.c.B.C. n'ajoutait pas une condition de remise du titre de créance au créancier nanti. L'amendement apporté en 1968 à cet article pouvait nous le laisser croire car il venait préciser, en ajoutant un troisième alinéa, que cette remise de possession n'était pas nécessaire pour le nantissement de comptes à recevoir et de créances commerciales. Il se lisait ainsi :

Si la chose donnée en nantissement est l'universalité, une partie ou une catégorie particulière des créances ou comptes de livres, actuels ou futurs, d'une personne, société ou corporation faisant des affaires de commerce, l'exécution de l'acte de nantissement, s'il est authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé, tient lieu, à toute fin, de la remise de possession prévue par le présent article.

Est-ce à dire que lorsqu'il s'agissait d'un autre type de créance donné en nantissement, la remise de possession était nécessaire? M<sup>e</sup> Louis Payette s'exprimait en ces termes au sujet de cet amendement :

C'est sur ce point qu'une critique peut être formulée. Cette possession « fictive », le Code l'avait déjà aménagée avant l'amendement de 1968. En effet un nantissement de créances ne peut s'opérer et ne s'opère en pratique que par l'intermédiaire d'une cession de créances, cession régie par les articles 1570 et ss. du Code civil. [...] En théorie du droit, le problème qu'on a voulu régler l'était déjà. L'amendement de 1968 ne devint en fait nécessaire que par suite de l'exigence prudente de la pratique de remettre au créancier la détention matérielle des reçus et documents constatant les créances nanties. Cette prudence ne nous semblait pas justifiée, puisque selon la loi (1571 et 1571d) le créancier nanti avait déjà une possession suffisante même pour les fins du gage quand il avait signifié (ou enregistré et publié) le transport<sup>6</sup>.

Bref, le *Code civil du Bas Canada* avait créé une fiction juridique qui permettait de se déposséder de biens incorporels. Par le fait même, le nantissement de créances devenait possible. Les personnes physiques qui n'exploitaient pas une entreprise pouvaient donc utiliser leurs créances

4. Pierre CIOTOLA, «Les cessions de créances à titre absolu ou à titre de garantie», dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de Droit*, «Sûretés», Doctrine - Document 10, Montréal, 1987, p. 17.

5. *Id.*, p. 22 à 28.

6. Louis PAYETTE, «Nantissement de comptes à recevoir et de créances commerciales», (1969) 71 *R. du N.* 399, p. 406 et 407.

non représentées par un titre négociable pour obtenir du crédit. La validité d'un nantissement d'une indemnité d'assurance par un particulier, par exemple, n'était pas remise en question. La cession et le gage de l'assurance étaient d'ailleurs prévus aux articles 2557 et 2558 C.c.B.C.

Que s'est-il produit lors de la réforme du Code civil pour que ces droits soient remis en question? C'est ce que nous verrons maintenant.

## 2. La réforme du droit des sûretés

Pour bien comprendre les dispositions relatives aux hypothèques de créances dans le nouveau *Code civil du Québec*, il convient de mettre en lumière le cheminement qu'elles ont parcouru lors des différentes étapes de cette réforme. Nous examinerons donc les dispositions prévues dans le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil, dans l'Avant-projet de loi sur les sûretés, dans le Projet de loi 125 et, finalement, dans le nouveau *Code civil du Québec*.

### a. Le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil de 1977

Un des problèmes reconnus par le Comité du droit des sûretés, en 1975, était l'absence de sûretés mobilières sans dépossession d'application générale<sup>7</sup>. Le projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil prévoyait donc la création de l'hypothèque mobilière aux articles 317 et suivants du livre quatrième - Des biens<sup>8</sup>. Aucune restriction n'était faite quant au constituant d'une telle hypothèque mobilière, sauf quant aux hypothèques d'un droit résultant d'un contrat d'assurance sur la vie (consentement de toute personne qui y a des droits irrévocables, art. 320), quant aux hypothèques spéciales sur un meuble futur (art. 322) et quant aux hypothèques générales sur des meubles (art. 327).

Suivant l'article 317 du livre quatrième du Projet de Code civil de l'O.R.C.C. :

L'hypothèque mobilière conventionnelle doit, à peine de nullité absolue, être créée par écrit.

Toutefois, lorsque l'hypothèque est publiée par la mise en possession du créancier, l'écrit n'est requis que si un tiers possède pour le compte de ce dernier.

Les articles 389 à 395 de ce Projet étaient consacrés à la publication de l'hypothèque sur créances et autres meubles incorporels. Ces dispositions distinguaient entre les meubles incorporels dont la loi, l'usage ou la

7. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL - COMITÉ DU DROIT DES SÛRETÉS, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 2.

8. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978 [ci-après *Projet de Code civil de l'O.R.C.C.*].

coutume permet l'aliénation par endossement et délivrance ou par délivrance seulement du titre qui le constate et les autres créances ou droit contre un tiers. Dans le premier cas, la publication se faisait par la prise de possession du titre par le créancier et, dans le second, en vertu de l'article 391 :

La publication de l'hypothèque d'une créance ou d'un droit contre un tiers doit se faire par la mise en possession du créancier.

La mise en possession se fait par la remise d'une copie ou d'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque au débiteur de la créance ou du droit hypothéqué, ou par l'acceptation de l'hypothèque que fait ce dernier, par écrit.

Selon les commentaires de l'O.R.C.C., cette disposition reprenait le mécanisme prévu aux articles 1570 et suivants<sup>9</sup> C.c.B.C. On constate donc que l'Office de révision du Code civil avait conservé la fiction juridique de mise en possession de créances non représentées par un titre négociable créée sous l'égide du *Code civil du Bas Canada*. Qu'en est-il par la suite ?

### ***b. L'Avant-projet de loi sur les sûretés de 1986***

Lors de la présentation de l'Avant-projet de loi sur les sûretés<sup>10</sup>, le ministre Herbert Marx confirme l'avènement de l'hypothèque mobilière dans notre droit<sup>11</sup>. Cependant, conformément aux recommandations d'un comité consultatif constitué en 1984, l'individu qui n'exploite pas une entreprise se voit limiter l'accès à l'hypothèque mobilière<sup>12</sup>. On peut lire dans le mémoire au Conseil des ministres :

Quant au pouvoir de consentir une hypothèque conventionnelle, le comité est d'avis, afin de ne pas favoriser l'endettement, que le particulier ne devrait pas avoir la possibilité de consentir une hypothèque sur tous ses immeubles ou sur tous ses meubles. L'individu devrait pouvoir consentir une hypothèque mobilière publiée par la mise en possession du créancier, ou en d'autres mots, un gage, ainsi qu'une hypothèque mobilière publiée par enregistrement, mais dans le cas seulement où cette hypothèque est consentie pour financer l'acquisition du bien ainsi hypothéqué<sup>13</sup>.

Cela se traduit dans l'Avant-projet de loi par l'article 2823, al. 2 qui prescrit que l'hypothèque mobilière a lieu avec dépossession ou sans dépossession du meuble hypothéqué et par l'article 2841 qui prévoit :

- 
9. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2 - Commentaires, t. 1 - livres 1 à 4, p. 478 et 479.
  10. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Avant-projet de loi, 1<sup>re</sup> session, 33<sup>e</sup> législature (Québec), 1986 [ci-après Avant-projet de loi sur les sûretés].
  11. Herbert MARX, *Mémoire au Conseil des ministres*, Gouvernement du Québec, Partie accessible au public, Québec, 15 octobre 1986, annexe, p. 4.
  12. *Id.*, annexe, p. 4, 14 et 17.
  13. *Id.*, annexe, p. 14.

À moins qu'elle n'exploite une entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, que sur le bien déterminé qu'elle acquiert.

L'article 2845 de l'Avant-projet de loi reprend l'exigence du consentement des personnes qui ont des droits irrévocables en matière d'hypothèque sur des droits résultant d'un contrat d'assurance-vie.

Quant à la création de l'hypothèque mobilière, le ministre propose qu'elle puisse être créée par écrit ou par la remise du bien ou du titre au créancier, conformément à la proposition de l'Office de révision du Code civil<sup>14</sup>. Ainsi, c'est à l'article 2866 de l'Avant-projet de loi qu'on voit apparaître pour la première fois l'exigence que l'hypothèque mobilière avec dépossession soit créée par la remise du bien ou du titre au créancier. Dans le Projet de l'O.R.C.C., la mise en possession prévue à l'article 317 n'était qu'une mesure de publicité. De plus, l'article 391, al. 2 précisait que la mise en possession lors d'une hypothèque de créance consistait à remettre une copie ou un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque au débiteur de la créance ou son acceptation. Il s'agissait alors de la remise d'une copie ou d'un extrait de l'acte constitutif au débiteur de la créance et non de la remise du titre au créancier. Malgré la volonté de reprendre ce qu'avait prévu l'Office de révision du Code civil, l'Avant-projet de loi ne traite plus de la notion de mise en possession développée par l'O.R.C.C. Dans une section concernant les dispositions particulières à l'hypothèque mobilière sur des créances ou des droits incorporels, on se contente de dire, à l'article 2874, que ces hypothèques peuvent être créées avec ou sans dépossession et de prévoir une mesure obligatoire de publicité à l'égard des tiers, soit la remise d'une copie ou d'un extrait de l'acte constitutif aux débiteurs ou leur acceptation.

Selon les commentaires du ministre précité, nous croyons que dans le cadre de l'Avant-projet de loi sur les sûretés, l'intention du législateur était de permettre aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise d'hypothéquer avec dépossession leurs créances non représentées par un titre négociable. La présence de l'article 2845 de l'Avant-projet de loi, permettant d'hypothéquer des droits résultant d'un contrat d'assurance-vie, en témoigne. L'intitulé de la section III du chapitre quatrième de l'Avant-projet de loi « Du créancier en possession de créances hypothéquées » dénote également que la notion de mise en possession de la créance demeure présente. De plus, l'article 2874, al. 2 de l'Avant-projet de loi pose la même exigence que le Projet de Code civil de l'O.R.C.C. quant à l'opposabilité aux tiers de l'hypothèque de créance, soit la remise d'une copie ou d'un extrait de l'acte constitutif au débiteur ou son acceptation. Nous verrons que la situation n'est cependant pas la même à l'étape du Projet de loi 125.

---

14. *Id.*, annexe, p. 18.

### ***c. Le Projet de loi 125 de 1990***

Les consultations menées sur l'Avant-projet de loi ont amené des modifications à l'Avant-projet de loi sur les sûretés qui se reflètent dans les dispositions du Projet de loi 125. Dans le mémoire du ministre de la Justice, Gil Rémillard, au Conseil des ministres, on peut lire :

La reconnaissance de l'hypothèque mobilière, proposée par l'O.R.C.C. et retenue par l'avant-projet de loi fait l'unanimité. Toutefois, un désaccord surgit quant à l'étendue de cette hypothèque: faut-il limiter la possibilité, pour un individu qui n'exploite pas une entreprise, d'autoriser une hypothèque sur ses biens meubles, sauf ceux qu'il acquiert, comme le proposait l'avant-projet, ou convient-il plutôt d'autoriser l'hypothèque mobilière sans restriction, pour permettre, entre autres, d'hypothéquer des valeurs mobilières ou des œuvres d'art? [...] Après avoir considéré les avantages et inconvénients de la proposition contenue à l'avant-projet de loi, je proposerais de restreindre la limitation qui était alors envisagée aux seuls meubles affectés à un usage ménager, exceptés ceux de grande valeur, et de permettre par ailleurs à toute personne d'hypothéquer des meubles d'autres catégories qu'elle possède déjà [...]<sup>15</sup>.

Considérant que le Projet de loi 125 ne limitait plus le droit des individus de constituer des hypothèques mobilières sans dépossession relativement à des créances spécifiques<sup>16</sup>, le souci de créer une hypothèque mobilière avec dépossession sur les créances non représentées par un titre a été complètement évacué. En effet, comme l'accès aux deux types d'hypothèques avec ou sans dépossession était possible, pourquoi maintenir une hypothèque mobilière avec dépossession sur les créances comportant une dépossession fictive? Les commentaires sur le Projet de loi 125 font bien ressortir cette réalité. Les articles 2692 et 2693 du Projet de loi 125 prévoient :

2692. Si le titre est négociable par endossement et délivrance, ou par délivrance seulement, la remise au créancier a lieu par l'endossement et la délivrance, ou par la délivrance seulement.

2693. L'hypothèque mobilière qui grève un droit incorporel que détient le constituant contre un tiers, ou une universalité de droits incorporels, peut être constituée avec ou sans dépossession.

Cependant, dans l'un et l'autre cas, le créancier ne peut faire valoir son hypothèque à l'encontre des débiteurs des droits hypothéqués tant qu'elle ne leur est pas rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance.

Les commentaires relatifs à ces dispositions sont très instructifs.

15. Gil RÉMILLARD, *Mémoire au Conseil de ministres*, Partie accessible au public, Québec, 15 octobre 1990, p. 42.

16. Voir l'article 2667 qui limite le droit des personnes qui n'exploitent pas une entreprise de consentir une hypothèque sur une universalité de biens.

À l'instar de l'article 392 O.R.C.C., cet article s'inspire de la règle de l'article 1573 C.C.B.C.

L'exception prévue à l'article 392 O.R.C.C. relativement à l'hypothèque flottante n'est pas reprise. Contrairement aux dispositions des articles 391 et 393 O.R.C.C., qui imposaient la publicité par la mise en possession, matérielle ou intellectuelle, du créancier, l'hypothèque ouverte peut, en vertu de l'article 2693 du projet de Code, être publiée par inscription sans qu'il soit nécessaire de remettre le titre. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir expressément une exception pour le cas de l'hypothèque ouverte, puisque le projet de Code permet que cette hypothèque soit publiée autrement que par la remise du titre<sup>17</sup>.

[...] On remarquera que l'hypothèque sur des droits incorporels n'est pas obligatoirement publiée par la mise en possession du créancier, puisqu'elle peut être constituée sans dépossession. Les propositions de l'O.R.C.C. conduisaient à recourir à des équivalences artificielles et ambiguës, en énonçant, par exemple, que la mise en possession du créancier se fait par la remise d'une copie de l'acte au débiteur<sup>18</sup>.

Le Projet de loi 125 confirme donc la fin de la mise en gage de créances par la voie de la remise de possession fictive au créancier. Lorsqu'on précise à l'article 2693, al. 1 du Projet de loi 125 que l'hypothèque mobilière sur des droits incorporels peut être créée avec ou sans dépossession, ce n'est pas pour répéter ce qui était déjà prévu à l'article 2649, al. 2<sup>19</sup>, c'est pour rompre avec le passé et préciser que l'hypothèque sur des créances ne nécessite plus nécessairement la mise en possession du créancier. Du même coup, on lie la publicité « par la remise du titre » à l'hypothèque avec dépossession et la publicité par inscription à l'hypothèque sans dépossession. Ce n'est plus l'opposabilité aux tiers qui est touchée par la remise d'un extrait ou d'une copie de l'hypothèque au débiteur de la créance, mais bien l'opposabilité à ce débiteur seulement (art. 2693). Le Projet de loi 125 rejoint la proposition de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des sûretés qui indiquait dans son mémoire :

La sous-commission est d'avis que le système actuel de signification au débiteur devrait être remplacé par un système plus simple qui irait d'ailleurs dans la foulée de la simplification du système d'enregistrement entraînée par la création du registre central. Les principes seraient les suivants :

1° l'hypothèque sur un titre négociable est publiée par la remise du titre (ceci est conforme aux articles 1573 C.C.B.C. et 389 O.R.C.C.);

2° l'hypothèque sur une créance, une universalité de créances ou des droits incorporels est publiée par enregistrement sous réserve qu'elle ne peut être opposable au débiteur de la créance ou du droit hypothéqué qu'à compter de la signification à ce

17. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires détaillés sur les dispositions du Projet de loi 125*, Québec, 1991, article 2692.

18. *Id.*, article 2693.

19. « L'hypothèque mobilière a lieu avec dépossession ou sans dépossession. »

débiteur d'un avis de l'hypothèque ou de son acceptation de ladite hypothèque<sup>20</sup>.

Cette interprétation est également partagée par M<sup>e</sup> Louis Payette qui, commentant le Projet de loi 125, s'exprimait en ces termes :

Le droit relatif au transport en garantie collatérale de créances est considérablement rafraîchi et, malgré une complexité apparente, s'avérera peut-être d'une application plus simple que le droit actuel.

La nécessité d'un écrit remis au créancier cessionnaire (art. 1570 C.C.B.C.), la notion fictive d'une « possession utile à l'égard des tiers » (art. 1571 C.C.B.C.) et celle d'une situation et d'une délivrance par voie d'équivalence dans le cas de l'enregistrement d'un transport général de créances (art. 1571 d) C.C.B.C.) disparaissent toutes.

Lorsque la créance qu'on veut hypothéquer est constatée dans un titre au porteur, l'hypothèque peut avoir lieu avec dépossession ou sans dépossession. Si elle a lieu avec dépossession, elle devient opposable aux tiers (art. 2647) par la remise du titre au créancier hypothécaire (art. 2686, 2918). [...]

Si la créance qu'on veut hypothéquer n'est pas constatée par un titre au porteur, l'hypothèque a alors lieu sans dépossession. Elle ne peut devenir opposable aux tiers que par l'inscription (art. 2918) et, pour valoir contre le débiteur de la créance hypothéquée, il faudra, dit l'article 2693, qu'elle lui soit rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance<sup>21</sup>.

Bref, contrairement à l'Avant-projet de loi sur les sûretés, qui n'avait pas supprimé la mise en garantie de créance par dépossession fictive, le Projet de loi 125 l'abandonne clairement. Un système simple, cohérent et moderne est alors mis en place. Cependant, les amendements apportés au Projet de loi 125 avant son adoption viendront ébranler cette nouvelle structure.

#### ***d. Le Code civil du Québec***

Les amendements apportés au Projet de loi 125 lors de la tenue de la Sous-commission des institutions confirment l'abandon par le législateur de la possibilité de mettre en gage des créances non représentées par un titre négociable. L'article 2691, l'intitulé du paragraphe 3 de la section IV du chapitre deuxième, les articles 2693 à 2695 ont été amendés pour faire ressortir qu'un droit incorporel ne peut jamais être hypothéqué avec dépossession. Ces commentaires en témoignent :

20. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des sûretés, concernant l'Avant-projet de loi sur la loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, présenté à la Commission des institutions, 19 août 1987, p. 69.

21. Louis PAYETTE, « Le nouveau Code civil et les sûretés mobilières », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, Barreau du Québec, 1991, 53, p. 58.

Ces amendements visent à clarifier la règle. L'article 2691 étant situé à la sous-section concernant l'hypothèque mobilière avec dépossession, il ne doit envisager que la publication par la remise du titre. L'article 2683.1 reprend une règle similaire mais en envisageant la publicité de l'hypothèque par l'inscription. Enfin, la règle de l'article vise les créances plutôt que des droits incorporels, lesquels ne sont pas constatés dans un titre dont la remise peut permettre de constituer une hypothèque<sup>22</sup>.

Ces amendements visent à limiter la portée de la règle à l'hypothèque sur des créances puisque l'hypothèque qui grève des meubles incorporels sera toujours publiée par inscription car elle ne peut être constituée par dépossession<sup>23</sup>.

Les règles étant clarifiées, il ne faisait plus de doute que les créances représentées par un titre pouvaient être hypothéquées avec dépossession mais que les autres créances devaient être hypothéquées sans dépossession<sup>24</sup>. Cependant, un amendement de dernière heure est venu compliquer la situation. En effet, les pressions exercées lors de l'étude détaillée du Projet de loi 125 par la Sous-commission des institutions pour rejeter l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise a donné lieu à un amendement important<sup>25</sup>. En effet, l'article 2666.1 du Projet de loi, qui deviendra l'article 2683 C.c.Q., fut adopté comme mesure de compromis. Il se lisait ainsi :

À moins qu'elle n'exploite une entreprise et que l'hypothèque ne grève les biens de l'entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi.

Cette disposition permettait d'adopter le principe de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les particuliers, mais de reporter sa mise en œuvre à plus tard, lors de l'adoption d'une loi sur cette question. Croyant probablement faire adopter cette loi assez rapidement, on n'a prévu aucun amendement de concordance. Ainsi, pouvait-on retrouver dans le Projet de loi 125 sanctionné en décembre 1991 l'article 2211, permettant à un associé d'hypothéquer sa part dans l'actif ou les bénéfices de la société, et l'article 2461, traitant de l'hypothèque d'un droit résultant d'un contrat d'assurance.

---

22. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Projet de loi 125: Code civil du Québec - Amendement*, Québec, 1991, article 2691.

23. *Id.*, article 2695.

24. C'est d'ailleurs de cette façon que la doctrine de l'époque a interprété les dispositions du nouveau Code civil: Daniel DIONNE, «Hypothèque mobilière», dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, BARREAU DU QUÉBEC, 1992, 1059, p. 1063; Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques», dans Barreau du Québec et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, t. 3, par. 558, p. 174.

25. ASSEMBLÉE NATIONALE, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Débats de l'Assemblée nationale*, Étude détaillée du Projet de loi 125, SCI-1409 à SCI-1416 (12 décembre 1991).

En 1998, lors de l'adoption du Projet de loi 181, l'article 2683 C.c.Q. fut amendé pour permettre aux personnes physiques n'exploitant pas une entreprise d'hypothéquer les véhicules routiers et les autres meubles déterminés par règlement<sup>26</sup>. L'article 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* fut ajouté pour prévoir que les biens meubles qu'une personne physique qui n'exploite pas une entreprise peut hypothéquer en vertu de l'article 2683 C.c.Q. sont ceux énumérés à l'article 15.01 du même règlement et les droits et indemnités d'assurance présents et à venir couvrant ces biens. Il s'agit des biens suivants :

- 1° un véhicule routier appartenant à l'une des catégories visées aux paragraphes 1°, 2°, 9°, 10° et 11° du premier alinéa de l'article 15;
- 2° une caravane ou une semi-caravane;
- 3° une maison mobile;
- 4° un bateau;
- 5° une motomarine;
- 6° un aéronef.

Lors de l'étude du Projet de loi 181, des représentations furent faites pour que la liste des biens meubles pouvant faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession par les particuliers comprenne les créances<sup>27</sup>. Cette demande n'a toutefois pas été retenue, comme en font foi les propos du ministre Serge Ménard :

Certains groupes, comme le Barreau et la Confédération des caisses populaires Desjardins, ont fait valoir que l'ouverture que l'on propose en matière d'hypothèques mobilières demeure trop limitée et ont exprimé le souhait que celles-ci puissent couvrir les biens incorporels, telles les créances et même les universalités de créances. D'autre part, la Fédération des ACEF proposait dans une lettre qu'elle faisait parvenir à cette commission que l'hypothèque mobilière ne puisse être consentie qu'au moment de l'acquisition d'un bien. [...]

Quant à l'élargissement à d'autres catégories de biens, j'estime qu'il serait prématuré d'y donner suite. Il est en effet important de se donner du temps afin d'évaluer l'utilisation et le succès que connaîtra l'hypothèque mobilière avant de voir s'il serait approprié d'en élargir la portée. Somme toute, tout ce que le projet de loi n° 181 propose, c'est un juste équilibre entre, d'une part, les besoins des consommateurs en matière d'outils de financement et, d'autre part, une protection adéquate de ces derniers face au monde du crédit<sup>28</sup>.

26. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5 (Projet de loi 181), article 9.

27. Voir entre autres Louis Payette et Daniel Dionne : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Index du Journal des débats*, Commission permanente des institutions, audition publique - Publicité des droits mobiliers - Projet de loi n° 181, 2<sup>e</sup> session, 35<sup>e</sup> législature (Québec), cahiers n°s 105 et 106, 11 et 12 février 1998.

28. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Index du Journal des débats*, Commission permanente des institutions, Étude détaillée, Projet de loi n° 181, 2<sup>e</sup> session, 35<sup>e</sup> législature (Québec), cahier n° 110, 19 mars 1998, p. 1 à 17.

On peut donc constater, qu'à ce moment, le législateur a consciemment choisi d'écarter l'hypothèque mobilière sans dépossession sur des créances pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise. Quoiqu'on puisse discuter le bien-fondé de cette décision, elle demeure un choix du législateur. La majorité des juges de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*<sup>29</sup> en a pourtant décidé autrement.

### **3. L'état du droit depuis l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin***

Dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, la question en litige qui nous concerne était l'interprétation à donner aux articles 2702 et 2703 du *Code civil du Québec*. Ces dispositions prévoyant que l'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier et publiée par la détention du bien ou du titre, il s'agissait de savoir si une créance non représentée par un titre négociable pouvait faire l'objet d'une telle hypothèque avec dépossession.

En l'espèce, des rentiers avaient cotisé à un régime enregistré d'épargne-retraite (REER). Ces sommes avaient été déposées à la Caisse populaire qui avait émis, au nom de Fiducie Desjardins, des certificats de dépôt échéant au cours de l'année 1998. Selon la convention, les dépôts n'étaient pas remboursables avant échéance, n'étaient ni transférables ni négociables et ne pouvaient être donnés en garantie qu'en faveur de la Caisse populaire en question. En 1997, les rentiers ont emprunté à la Caisse et ont donné en garantie une hypothèque mobilière sur les sommes accumulées dans leur REER. Il s'agissait de déterminer s'il s'agissait d'une hypothèque avec dépossession valide.

La Cour suprême du Canada, dans un jugement divisé de quatre juges contre trois, a décidé que l'hypothèque mobilière avec dépossession peut être constituée sur des créances non représentées par un titre négociable. Selon la majorité, les termes « biens ou titres » utilisés aux articles 2702 et 2703 C.c.Q. sont assez larges pour englober les créances de ce type. La remise et la détention exigées par ces dispositions comportent l'idée d'obtenir la maîtrise effective et exclusive du bien ou du titre. Ainsi, pour créer une hypothèque mobilière avec dépossession sur une créance non représentée par un titre négociable, la simple tradition matérielle n'est pas suffisante pour donner cette maîtrise effective.

Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir

---

29. Précité, note 3.

directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.<sup>30</sup>.

En l'espèce, la majorité des juges de la Cour suprême a conclu que l'hypothèque avait validement été constituée. Elle a considéré que la Caisse avait obtenu la maîtrise effective des créances données en garantie puisque l'acte d'hypothèque prévoyait les clauses suivantes :

Advenant un cas de défaut prévu au contrat de crédit, la caisse est autorisée, de façon irrévocable, à demander à Fiducie Desjardins inc. le paiement de la totalité ou d'une partie des sommes hypothéquées de façon à remédier à tel défaut, jusqu'à concurrence du montant de la présente hypothèque.

[...] seule la caisse est autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins inc.<sup>31</sup>.

De plus, Fiducie Desjardins avait acquiescé à l'hypothèque au sens de l'article 1641 C.c.Q., ce qui avait pour effet de remplir la troisième condition de création et d'opposabilité d'une hypothèque mobilière avec dé-possession sur une créance non représentée par un titre négociable.

Pour leur part, les juges dissidents, sous la plume de la juge Deschamps, s'exprimaient plutôt ainsi :

Bref, je retiens que la constitution du gage d'une créance est limitée à la remise d'un titre négociable. Seul un effet de cette nature permet la constitution, la publicité, l'opposabilité et l'exercice des droits inhérents à la sûreté par la simple remise du titre. Cette analyse ne dépend pas du choix entre une interprétation large ou une interprétation restrictive. Elle est fondée sur le concept même de gage et sur une analyse globale des textes adoptés par le législateur lors de la réforme du *Code civil*<sup>32</sup>.

## B. L'ANALYSE CRITIQUE DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Dans cette deuxième partie, nous examinerons les motifs à l'appui de la décision de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Blouin* et nous en ferons une analyse critique. Ces arguments peuvent se diviser en trois volets, soit la notion de titre, la notion de remise ou de maîtrise effective et les solutions retenues dans les autres pays de droit civil et dans le droit nord-américain.

30. *Id.*, par. 28.

31. *Id.*, par. 29.

32. *Id.*, par. 80.

## 1. La notion de titre

Selon le juge Gonthier, écrivant pour la majorité, les mots « bien et titre » utilisés aux articles 2702 et 2703 C.c.Q. sont assez larges pour inclure les créances non représentées par un titre négociable<sup>33</sup>. De plus, il ressortirait des dispositions du *Code civil du Québec* qu'une hypothèque avec dépossession peut être créée sur tout type de créances. L'article 2710 C.c.Q. prévoit que l'hypothèque sur une créance peut avoir lieu avec ou sans dépossession. Aucune distinction n'étant faite, il faudrait en conclure que toute créance peut faire l'objet d'une hypothèque avec dépossession. L'article 2708 C.c.Q. fait séparément référence à l'hypothèque qui grève des biens représentés par un connaissance ou un autre titre négociable et à l'hypothèque qui grève des créances. Selon le juge Gonthier, il faut en conclure que l'hypothèque avec dépossession sur des créances non représentées par un titre négociable existe nécessairement. L'article 2709 C.c.Q., qui utilise les termes « si le titre est négociable [...] » laisserait voir que le mécanisme prévu à cet article n'est pas exclusif et qu'un gage sur une créance non représentée par un titre négociable pourrait être créé. Finalement, la présence des articles 2211 et 2461 C.c.Q., permettant de créer des hypothèques sur une part dans une société en nom collectif et une hypothèque sur des droits résultant d'une police d'assurance-vie, démontre la possibilité de créer une hypothèque mobilière avec dépossession sur des créances non représentées par un titre négociable, puisque les particuliers qui seraient susceptibles d'hypothéquer de tels biens ne pourraient le faire sans dépossession en vertu de l'article 2683 C.c.Q.<sup>34</sup>.

Pour notre part, avec déférence pour l'opinion contraire, nous pensons que l'utilisation du terme « titre » aux articles 2702 et 2703 C.c.Q. ne peut que signifier « titre négociable ». En effet, le terme « bien », comme le souligne le juge Gonthier, est suffisamment large pour inclure les créances. Pourquoi alors avoir ajouté à ces dispositions le terme « titre » s'il est déjà visé par le mot « bien » ? À notre avis, la seule explication repose sur la signification particulière que le législateur a voulu donner au terme « titre » aux articles 2702 et 2703 C.c.Q., soit celle de titre négociable. De plus, nous partageons tout à fait l'opinion de la juge Deschamps, qui écrit pour la minorité, suivant laquelle il faut interpréter le terme « titre » à la lumière de l'institution juridique du gage<sup>35</sup>. Le gage est créé par la simple remise du bien, sans autres formalités. La simple remise du bien doit donc permettre au créancier hypothécaire d'exercer les droits qui lui sont conférés aux articles 2743 et suivants C.c.Q., c'est-à-dire le droit de percevoir

---

33. *Id.*, par. 1 à 5.

34. *Id.*, par. 6 à 8.

35. *Id.*, par. 52 et *sq.*

la créance. La simple remise d'un titre non négociable ne permet pas au créancier de le faire. Une convention doit, en outre, venir lui permettre de percevoir la créance donnée en gage.

Par ailleurs, le juge Gonthier invoque les articles 2708 à 2710 C.c.Q. au soutien de son interprétation. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, les travaux de réforme du Code civil, à leurs différentes étapes, sont très instructifs. Ils nous apprennent pourquoi l'article 2710 C.c.Q. prévoit que l'hypothèque de créance peut être constituée avec ou sans dépossession. Il s'agissait essentiellement de préciser que la « mise en possession » prévue dans le *Code civil du Bas Canada* et dans le Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil n'est plus exigée. La disposition ne visait donc pas à dire que toute créance pouvait être hypothéquée selon les deux modes prévus, mais plutôt à spécifier que l'hypothèque sans dépossession est dorénavant permise sur les créances<sup>36</sup>.

À l'article 2708 C.c.Q., l'utilisation séparée des termes « biens représentés par un connaissance ou un autre titre négociable » et « créances » s'explique également par les amendements apportés lors de la réforme. Au départ, l'article 2691 du Projet de loi 125 utilisait la formulation « hypothèque mobilière qui grève des biens corporels représentés par un connaissance ou un autre titre négociable ou qui grève des droits incorporels ». Les commentaires accompagnant les amendements apportés à cet article précisent que l'on supprime le mot « corporel » car les biens représentés par un connaissance sont nécessairement corporels et on remplace « droits incorporels » par « créances » car les droits incorporels ne sont pas constatés dans un titre dont la remise peut permettre de constituer une hypothèque<sup>37</sup>. La première partie de la disposition visant des biens corporels représentés par un titre négociable, on ne peut donc pas conclure que la deuxième partie vise forcément l'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable.

Quant à l'article 2709 C.c.Q., la juge Deschamps fait bien ressortir que l'utilisation des mots « si le titre est négociable » n'implique pas que l'hypothèque avec dépossession sur une créance non représentée par un titre négociable soit possible. Il s'agit plutôt d'opposer le titre négociable par endossement et délivrance au titre négociable par délivrance seulement. En fait, selon les juges minoritaires, cette disposition milite plutôt en faveur de la thèse limitant l'hypothèque avec dépossession aux créances représentées par un titre négociable. En effet, pourquoi le législateur aurait-il pris la peine de préciser le mode de remise dans des cas simples et

36. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 17, article 2693.

37. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 22, article 2691.

aurait-il omis de le faire pour l'hypothèque de créances non représentées par un titre négociable<sup>38</sup> ?

Finalement, nous avons démontré précédemment que la présence des articles 2211 et 2461 dans le nouveau Code civil s'explique par le fait que le Projet de loi 125 a été pensé en fonction de l'avènement de l'hypothèque mobilière sans dépossession sans restriction générale pour les personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise. Les modifications de dernière heure n'ont pas prévu des amendements de concordance.

Bref, nous ne croyons pas que l'interprétation des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* peuvent nous faire conclure en la possibilité de constituer une hypothèque avec dépossession sur des créances non représentées par un titre négociable. Qu'en est-il de l'argument relié à la notion de remise ou de maîtrise effective ?

## 2. La notion de remise ou de maîtrise effective

Selon le juge Gonthier, la remise exigée à l'article 2702 C.c.Q. s'entend de l'acte qui confère la détention au créancier, c'est-à-dire la maîtrise effective et exclusive du bien donné en gage<sup>39</sup>. Cette remise n'est pas nécessairement le fruit d'une tradition matérielle, comme en fait foi le cas prévu à l'article 2702 C.c.Q., où le créancier détenant déjà l'objet du gage ne fait que continuer cette détention à titre de créancier gagiste<sup>40</sup>. Dans le cas d'une créance non représentée par un titre négociable, la simple tradition matérielle n'est pas suffisante pour obtenir la maîtrise effective sur la créance. Pour ce faire, le constituant de l'hypothèque avec dépossession doit consentir le droit au créancier hypothécaire de percevoir la créance et l'hypothèque doit être rendue opposable au débiteur de la créance tel que le prévoit l'article 2710, al. 2 C.c.Q.<sup>41</sup>. Suivant le juge Gonthier, une telle hypothèque avec dépossession se distingue d'une hypothèque sans dépossession en ce que, dans ce dernier cas, le créancier n'est pas tenu d'accomplir immédiatement les formalités d'opposabilité au débiteur de la créance prévues à l'article 2710, al. 2 C.c.Q.<sup>42</sup>.

Comme nous l'avons démontré précédemment, nous croyons qu'au cours de la réforme du droit des sûretés, le législateur a abandonné la possibilité de créer une hypothèque avec dépossession sur des créances non représentées par un titre négociable. L'évolution des textes de loi et les commentaires formulés lors des amendements en témoignent sans conteste. À l'époque, les commentateurs du nouveau Code civil ont

38. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, précité, note 3, par. 109.

39. *Id.*, par. 9 et 10.

40. *Id.*, par. 13 et 15.

41. *Id.*, par. 14 à 16.

42. *Id.*, par. 26.

également interprété les nouvelles dispositions en ce sens. D'ailleurs, M<sup>e</sup> Payette, sur l'opinion duquel s'inspire la décision majoritaire de la Cour suprême, a lui-même soutenu cette position à plusieurs reprises<sup>43</sup>. Ce n'est que devant l'obstination du législateur, de ne pas redonner aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise le droit de donner en garantie des créances qu'elles pouvaient nantir sous le régime de l'ancien code, que M<sup>e</sup> Payette a remis en question sa première interprétation<sup>44</sup>. Bien que l'on puisse être d'accord avec la finalité poursuivie, l'on ne peut approuver l'interprétation proposée.

Selon le juge Gonthier, une hypothèque avec dépossession peut être valablement constituée et publiée lorsque :

- (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.<sup>45</sup>.

La première formalité exigée consiste à donner au créancier hypothécaire un consentement à percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire. Suivant l'article 2743 C.c.Q., le droit de percevoir la créance donnée en garantie découle directement de la constitution de l'hypothèque. Il est donc pour le moins étrange qu'un droit découlant automatiquement de l'hypothèque soit également une condition de sa création. De plus, on peut se demander si cette exigence confère vraiment une maîtrise effective de la créance. Le consentement donné au créancier de percevoir directement la créance en cas de défaut est finalement un droit moindre que celui accordé directement par l'article 2743 C.c.Q. En effet, en limitant le droit de perception au cas de défaut, le créancier redonne le droit au constituant de percevoir sa créance, suivant l'article 2744 C.c.Q. Le créancier devra retirer cette autorisation en vertu de l'article 2745 C.c.Q. et ce retrait d'autorisation devra être inscrit. Comment peut-on prétendre que le créancier a la maîtrise effective de la

43. Il en était encore ainsi dans l'édition de 1994 de son livre: Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, par. 661, p. 209-210 et n° 723, p. 230. Voir cependant les par. 737-741, aux p. 236-238, où l'auteur entrevoit la possibilité de créer une hypothèque avec dépossession sur des créances non représentées par un titre négociable, à condition que celle-ci soit rendue opposable aux tiers par inscription.

44. Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, par. 852 à 874.1, p. 354 à 366. D'autres auteurs ont également remis en doute le fait que le gage soit réservé aux créances représentées par un titre négociable; Marc BOUDREAU, « Les sûretés », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, « Sûretés », Doctrine - Document 1, Montréal, 1997, par. 193-199, p. 47-49; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, par. 3.33, p. 236-238.

45. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, précité, note 3, par. 28.

créance si dans les faits c'est le constituant de l'hypothèque qui peut toujours la percevoir? On peut se demander si cette façon de faire est conforme à l'exigence d'une détention continue posée à l'article 2703 C.c.Q.

La deuxième formalité exigée est la remise du titre lorsque celui-ci existe et qu'il peut être remis au créancier. Le but de cette exigence est de ne pas induire les tiers en erreur en laissant le titre dans les mains du constituant de l'hypothèque. Tous s'entendent cependant pour dire que cette remise matérielle du titre ne saurait être suffisante pour donner la maîtrise effective au créancier qui ne pourrait pas exiger l'exécution de la créance en sa faveur simplement sur présentation de cet acte constatant la créance<sup>46</sup>. Une décision de la Cour supérieure est venue préciser que cette formalité n'était exigée qu'en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers, puisque le but recherché par celle-ci, selon la Cour suprême du Canada, est la protection des tiers<sup>47</sup>.

La troisième formalité exigée est que l'hypothèque de créance soit rendue opposable au débiteur de la créance, en conformité avec l'article 1641 C.c.Q. Cette formalité d'opposabilité au débiteur de la créance est prescrite à l'article 2710, al. 2 C.c.Q. et vaut pour toutes les hypothèques sur des créances, qu'elles soient avec dépossession ou sans dépossession. Cette disposition ne peut pas être interprétée comme permettant une mise en possession fictive comme c'était le cas sous l'égide du *Code civil du Bas Canada*. En effet, on ne parle plus ici de formalités d'opposabilité aux tiers, mais bien d'opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée. Bien que nous soyons d'accord avec l'affirmation suivant laquelle la remise ne doit pas nécessairement être matérielle, nous croyons que lorsque le législateur veut autoriser une remise intellectuelle, il le prévoit expressément, tel qu'il l'a fait à l'article 2702 C.c.Q. pour le cas du créancier ayant déjà la détention du bien donné en gage.

Si l'on compare les formalités de création et d'opposabilité d'une telle hypothèque avec dépossession avec celles d'une hypothèque sans dépossession d'une créance, on constate qu'en pratique, dans les deux cas, nous retrouverons un écrit qui permettra ou limitera le droit de perception au cas du défaut du constituant<sup>48</sup> et, dans les deux cas également, les formalités d'opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée devront

---

46. *Id.*, par. 14. Michel DESCHAMPS, «La fiducie pour fins de garanties», (1997) *Mer. Mem. Lect.* 133.

47. *L.B. c. Caisse populaire de Frampton*, J.E. 2004-1460 (C.S.).

48. Il faut noter que le droit de perception existe dès la création de l'hypothèque de créance, en vertu de l'article 2743 C.c.Q. La convention d'hypothèque visera généralement à retarder cette perception en accordant au constituant le droit de continuer de percevoir jusqu'à ce qu'il soit en défaut, suivant l'article 2744 C.c.Q.

être remplies, en vertu de l'article 2710, al. 2 C.c.Q. La différence majeure réside dans la publicité exigée pour rendre l'hypothèque opposable aux tiers. Dans le cas de l'hypothèque sans dépossession, c'est l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers qui assurera l'opposabilité aux tiers. Dans le cas de l'hypothèque avec dépossession, c'est la détention qui doit assurer cette publicité, suivant l'article 2703 C.c.Q. Or, selon les exigences de la Cour suprême du Canada, cette détention est assurée par le consentement à la perception et par les formalités d'opposabilité au débiteur de la créance. Il s'avère qu'en pratique ces deux formalités sont également remplies par le créancier bénéficiant d'une hypothèque sans dépossession sur une créance. Il en résulte que rien ne vient vraiment remplacer la publicité par inscription, résultat pour le moins surprenant.

En somme, nous ne croyons pas que le législateur ait prévu la possibilité de créer une hypothèque mobilière avec dépossession par une remise fictive au créancier, alors qu'il a institué l'hypothèque mobilière sans dépossession qui permettait de combler ce besoin.

### 3. Les solutions retenues dans les autres pays de droit civil et dans le droit nord-américain

Les juges majoritaires dans l'affaire *Blouin* exposent finalement que l'interprétation qu'ils retiennent des dispositions sur l'hypothèque avec dépossession rejoint les solutions retenues dans les autres pays de droit civil et également celles du droit nord-américain. Ils citent la France, l'Allemagne et la Suisse comme des exemples de pays de droit civil où l'on admet que le gage de créances puisse avoir lieu sans dépossession réelle. Selon eux, la solution retenue est également plus compatible avec les développements récents du droit nord-américain dans ce domaine<sup>49</sup>.

L'article 2075 du Code civil français prévoit :

Lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique.

Ce qui nous frappe à la lecture de cette disposition, c'est le nombre de formalités prévues pour la création et l'opposabilité du gage de créances. En plus de l'écrit, on y exige l'enregistrement et la signification au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique. De même, comme le font remarquer les juges dissidents, le droit allemand et le droit suisse exigent un écrit pour la constitution de gage sur des créances<sup>50</sup>. En droit québécois, selon la décision de la Cour suprême, on pourra créer un gage sur une créance simplement en envoyant une preuve du gage au débiteur,

49. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, précité, note 3, par. 20 à 22.

50. *Id.*, par. 111.

en vertu de l'article 1641 C.c.Q. L'écrit n'étant pas exigé, pas plus que la publicité par inscription et la signification au débiteur, la preuve de la date d'opposabilité aux tiers pourrait s'avérer difficile à faire. La doctrine française fait bien ressortir que le gage des créances est une fiction accommodante, bien qu'un véhicule imparfait.

Le dessaisissement nécessaire du constituant est la conséquence du caractère mobilier du gage; dans l'impossibilité où l'on se trouve d'organiser une publicité mobilière, le dessaisissement est le moyen le plus efficace, encore qu'imparfait d'avertir les tiers<sup>51</sup>.

Lorsque l'objet du gage est un meuble incorporel, il ne peut pas, par définition, se prêter à une remise matérielle. Celle-ci est remplacée par des subterfuges variables et qui s'efforcent de transmettre au gagiste un pouvoir de fait<sup>52</sup>.

La première option qui s'offrait aux législateurs français et américains consistait à mettre en œuvre un système général permettant au débiteur de grever un bien meuble sans en perdre la possession, c'est-à-dire, un système d'hypothèque, remettant par là même en question, d'une certaine manière le principe de l'apparence en matière mobilière. A l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle, il devenait enfin concevable de prévoir un système général de publicité écrite, pouvant porter sur toutes sortes de biens. [...]

Ce fut la voie choisie par le droit américain qui reconnut enfin la notion d'hypothèque mobilière. En revanche, malgré l'évolution des techniques, le législateur français, hanté par de vieux démons, continua à se montrer réticent envers l'hypothèque mobilière. Il fut ainsi amené à créer des sûretés sans dépossession au coup par coup et au gré des pressions de la pratique<sup>53</sup>.

Dans la mesure où le législateur québécois a également fait le choix de créer une hypothèque mobilière sans dépossession régie par un système de publicité moderne et centralisé, on peut penser que le droit québécois a rejeté l'ancien véhicule de mise en gage des créances non représentées par un titre négociable.

Quant au droit nord-américain, bien qu'il permette toujours le gage avec dépossession dans certains cas, il ne le permet pas pour les créances non représentées par un titre négociable. Comme le précise la juge Deschamps, au sujet du droit des provinces de *common law*, des titres non

---

51. Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd., par V. RANOUIL et F. CHABAS, «Sûretés - Publicité foncière», Paris, Montchrestien, 1988, n° 86, p. 106.

52. Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1993, n° 669, p. 503.

53. Jean-François RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, t. 1, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, n°s 114 et 115, p. 50.

négociables, tels des certificats de dépôt, ne pourraient pas être donnés en gage par la remise de documents puisque ce régime est réservé aux « effets » au sens de ces lois<sup>54</sup>. De même, elle souligne que le droit américain n'aurait pas reconnu non plus comme gage une telle transaction, avant les derniers amendements de 2001 qui reconnaissent un nouveau mode de publicité par le contrôle dans certains cas<sup>55</sup>.

Nous croyons que le désir fort légitime de vouloir permettre, en droit québécois, ce qui est permis dans les pays occidentaux a influencé fortement la décision majoritaire. Même si le résultat peut nous sembler souhaitable, nous partageons l'opinion de la juge Deschamps suivant laquelle il aurait fallu être législateur pour ce faire<sup>56</sup>.

## CONCLUSION

Nous avons démontré que le législateur québécois a choisi de procéder à une réforme radicale du droit des sûretés en accueillant le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession. Ce faisant, l'hypothèque mobilière avec dépossession ou le gage de créances non représentées par un titre négociable devenait inutile. Cependant, l'ajout de l'article 2683 C.c.Q., limitant le droit des personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, a créé une situation inacceptable en pratique, puisque les particuliers se voyaient empêcher de donner en gage ces créances, possibilité qui existait sous le régime du *Code civil du Bas Canada*. Nous croyons que le législateur a probablement limité plus qu'il ne le désirait vraiment l'accès à l'hypothèque mobilière sans dépossession. Ce que réclamaient les opposants à l'hypothèque mobilière pour les particuliers, c'est que les possibilités d'endettement ne soient pas accrues par le nouveau régime de sûretés. Personne ne réclamait de diminuer les garanties existantes. Il aurait donc fallu faire ces nuances lors des travaux de réforme et aménager les textes en conséquence, ce qui n'a pas été fait.

C'est donc la Cour suprême du Canada qui s'est chargée de rétablir la situation. Dorénavant, l'hypothèque mobilière avec dépossession peut être constituée sur des créances non représentées par un titre négociable. Bien que le résultat se justifie, le prix à payer pour l'atteindre est tout de même assez élevé. Le Québec s'était donné le droit des sûretés le plus actuel de toutes les juridictions de droit civil. Nous avons réussi à nous doter d'une sûreté sans dépossession d'application générale, le tout étant rendu possible grâce à un système de publicité mobilière informatisé et

54. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, précité, note 3, par. 113.

55. *Id.*, par. 114.

56. *Id.*, par. 116.

centralisé et à conserver le gage pour les cas qui permettent une dépossession réelle. Ce nouveau droit avait permis d'abandonner le concept de dépossession fictive, rendu nécessaire par l'absence de sûreté mobilière sans dépossession. Ce jugement crée une brèche dans la modernité de notre système. Il nous ramène plusieurs années en arrière.

Nous croyons que le législateur devrait intervenir pour redonner toute la modernité à notre droit des sûretés en permettant de créer des hypothèques mobilières sans dépossession sur les créances non représentées par un titre négociable. Cela permettrait de ramener la cohérence dans notre nouveau droit des sûretés. L'argument de l'endettement des particuliers ne peut plus être invoqué, puisque la Cour suprême permet maintenant la mise en garantie de telles créances. D'ailleurs, nous croyons que les possibilités de donner en garantie des biens meubles demeurent présentes dans le nouveau Code civil. Il faut se souvenir que la présomption d'hypothèque n'a pas été adoptée et que d'autres institutions juridiques comme la vente avec faculté de rachat ou la fiducie pourraient être utilisées pour permettre la mise en garantie de biens meubles des personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise. Si les besoins de la pratique le justifient, des mécanismes seront mis en place pour accommoder les prêteurs et les emprunteurs. Ce n'est qu'une question de temps. C'est pourquoi il serait plus sage, selon nous, de protéger les consommateurs à l'intérieur du régime de sûretés que nous nous sommes donné, plutôt que d'en limiter artificiellement l'accès. Nous demandons donc au législateur d'intervenir le plus rapidement possible pour redonner à notre droit des sûretés ses lettres de noblesse.



# LA REPRÉSENTATION SUR LE CADASTRE DES IMMEUBLES DANS TOUTES LEURS DIMENSIONS

*François Brochu\**

## INTRODUCTION

### 1. LA REPRÉSENTATION BIDIMENSIONNELLE DES IMMEUBLES

**A. La représentation fidèle du morcellement foncier sur le plan cadastral**

**B. Les discordances entre le cadastre rénové, les titres et l'ancien cadastre**

### 2. LA REPRÉSENTATION DES IMMEUBLES DANS LEURS TROIS DIMENSIONS

**A. La représentation tridimensionnelle des immeubles assujettis à une déclaration de copropriété divisée**

**B. La représentation tridimensionnelle de la propriété superficière**

\* \* \*

## INTRODUCTION

C'est du désir de doter le Québec d'un système de publicité des droits ayant pour base un registre foncier qu'est né, en 1860, le cadastre québécois. Pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'absence de cadastre rendait particulièrement difficile le repérage et la lecture des actes publiés dans les bureaux d'enregistrement<sup>1</sup>. En effet, les immeubles auxquels les

\* Notaire, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. Les premiers « bureaux d'enregistrement », appelés aujourd'hui « bureaux de la publicité des droits », furent créés, en 1830, dans les Cantons-de-l'Est. Voir: *Acte pour établir des Bureaux d'Enregistrement dans les Comtés de Drummond, Sherbrooke, Stanstead, Shefford et Missisquoi*, S.B.-C. 1830, c. 8. D'autres bureaux s'ajoutèrent en 1831 et en 1834. C'est en 1841 qu'un réseau provincial de 24 bureaux d'enregistrement fut finalement implanté pour assurer la publicité des actes concernant les terres situées aussi bien dans les seigneuries que dans les cantons: *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Tenements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'hypothécaion des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*, O.B.-C., 1841, c. 30. La publicité des droits revêtait

actes de vente ou d'hypothèque faisaient référence n'étaient désignés que par tenants et aboutissants<sup>2</sup>. En d'autres mots, les immeubles étaient décrits par rapport aux repères naturels ou artificiels situés à leurs extrémités<sup>3</sup> ou en fonction du nom des propriétaires des terres avoisinantes<sup>4</sup>. Les actes étaient, par ailleurs, archivés dans les bureaux d'enregistrement à partir du nom des parties contractantes, ce qui compliquait la recherche des contrats conclus par des personnes dont le patronyme était courant. On peut comprendre que la nécessité de préparer des plans officiels, destinés à servir de base à la description des immeubles, se soit rapidement imposée « pour le fonctionnement plus effectif des lois d'enregistrement<sup>5</sup> » et, plus particulièrement, pour la mise sur pied d'un livre foncier<sup>6</sup>. Le fait de pouvoir désigner un immeuble par référence au numéro qui lui était attribué sur un plan cadastral permettait d'abandonner le système de classement des actes basé sur un « index des noms » au profit d'un système de publicité foncière ayant comme support un « index des immeubles<sup>7</sup> ».

L'adoption, en 1860, de la loi créant le cadastre<sup>8</sup> ne transforma pas immédiatement le système personnel de publicité des droits, fondé sur l'index des noms, et un système de publicité réelle<sup>9</sup>. En effet, la loi destinée à financer la confection du cadastre fut adoptée en 1866 seulement<sup>10</sup>.

---

un caractère personnel, c'est-à-dire qu'il était nécessaire de connaître le nom des parties à un acte et de consulter de volumineux registres nominaux pour pouvoir trouver et parcourir les sommaires et les actes transcrits au long dans les livres tenus par les registrateurs.

2. Joseph-Amable HERVIEUX, *Analyse des lois d'enregistrement suivies d'un appendice contenant certaines observations sur les défauts et les lacunes de la loi d'enregistrement*, Montréal, Beauchemin & Valois, 1864, p. 106-107.
3. Par exemple : « le terrain vendu est borné au nord par le haut de la côte, à l'est par le chemin public, au sud par la rivière ».
4. Par exemple : « le terrain vendu est borné, au nord, par Rémi Cormier ».
5. *Acte concernant les Bureaux d'Enregistrement, et les Privilèges et Hypothèques, dans le Bas Canada*, S.P.C. 1860, c. 59, art. 28 (ci-après : Loi de 1869).
6. Loi de 1860, précitée, note 5, art. 28 : « il est à désirer qu'il y ait, dans chaque bureau d'enregistrement, des plans exacts [...] de manière à ce que l'index des immeubles requis par les lois d'enregistrement, soit facilement et correctement tenu »; Georges-Michel GIROUX, « La publicité foncière », (1935-36) 38 *R. du N.* 396, 402-404; John BONNER, *An Essay on the Registry Laws of Lower Canada*, Québec, John Lovell, 1852, p. 24.
7. Le cadastre prussien, qui servait de support à un livre foncier, servit de modèle au législateur québécois : Albert BÉLANGER, « Le régistrateur québécois », (1981-82) 84 *R. du N.* 499, 507; Emmanuel BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire, étude historique et critique*, Paris, Delamotte, 1891, p. 259 à 261 et 274.
8. Précitée, note 5.
9. Albert BÉLANGER, « Le régistrateur québécois », (1981-82) 84 *R. du N.* 105, 127; J.-A. Hervieux, *op. cit.*, note 2, p. 106 et 107.
10. *Acte pour créer un fonds destiné à faire face aux dépenses encourues dans le but de donner suite aux lois du Bas Canada concernant l'enregistrement*, S.P.C. 1866, c. 28.

Les premiers plans cadastraux entrèrent en vigueur en 1867<sup>11</sup> et près de 10 % du territoire québécois est aujourd'hui cadastré. Les terres publiques, qui couvrent environ 90 % de la province, ne le sont généralement pas. Elles ont toutefois, pour la plupart, fait l'objet de travaux d'arpentage primitif qui consistent à « arpenter, subdiviser, numéroter et montrer au moyen d'un plan, qu'on dispose aux archives du service de l'arpentage, les lots qui doivent être concédés pour fins de colonisation, exploitation forestière ou autres<sup>12</sup> ». L'arpentage primitif permet donc, entre autres, de désigner les immeubles situés en territoire non cadastré au moyen du numéro qui leur a été attribué sur le plan préparé par un arpenteur-géomètre conformément aux instructions de l'autorité compétente<sup>13</sup>. L'arpentage primitif constitue également le canevas à partir duquel a été créé le cadastre dans les cantons.

La représentation, sur le cadastre, d'un immeuble en deux dimensions constitue une fiction souvent suffisante pour définir l'objet d'un droit réel à des fins de publicité foncière. Les plans cadastraux montrent, en réalité, la projection bidimensionnelle d'un *volume*<sup>14</sup>. Ce volume s'étend, pour reprendre les termes d'une vieille maxime dont le contenu est énoncé à l'article 951 C.c.Q., « du ciel aux enfers<sup>15</sup> » ou, pour employer les termes plus appropriés consacrés dans le domaine de l'arpentage, du « zénith au nadir<sup>16</sup> ». Dans certaines circonstances, cependant, la représentation bidimensionnelle des immeubles ne parvient pas à montrer adéquatement leur position relative sur un axe vertical. C'est le cas, par exemple, des immeubles assujettis à la copropriété divise ou qui font l'objet d'une propriété superficière. Nous examinerons, en première partie, certains aspects de la représentation bidimensionnelle des immeubles. La deuxième partie sera consacrée au cadastre vertical.

11. Les deux premiers plans cadastraux, soit celui du village de Laprairie et celui de la paroisse de Laprairie de La Madeleine, ont été respectivement déposés le 20 novembre et le 15 décembre 1866 et mis en vigueur le 2 novembre 1867 (MINISTÈRE DES TERRES ET FORÊTS DU QUÉBEC, *Répertoire cadastral du Québec*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1980, p. 80).
12. Alain HUDON et Alain LAFRENIÈRE, *L'arpentage primitif et le cadastre : deux réalités distinctes*, Séminaire en foncier, Département des sciences géodésiques et de télédétection, Université Laval, non daté, p. 3.
13. La *Loi sur les arpentages*, L.R.Q., c. A-22, dispose que l'arpentage primitif doit servir de guide aux arpenteurs-géomètres qui procèdent, aujourd'hui, à des travaux d'arpentage dans les cantons. Cette loi prévoit également la manière de rétablir les bornes primitives.
14. Sylvio NORMAND, « La propriété spatio-temporelle », (1987) 28 *C. de D.* 261, p. 317 et 318.
15. *Cujus est solum, ejus debet esse usque ad coelum et usque ad inferos*.
16. Le dictionnaire Larousse définit le *nadir* comme le « point de la sphère céleste représentatif de la direction verticale descendante en un lieu donné (par opposition à *zénith*) », le *zénith* étant le « point de la sphère céleste représentatif de la direction verticale ascendante, en un lieu donné » ; Gaétan FAUCHER, « Complément sur les désignations d'immeubles », (1996) 2 *C.P. du N.* 125, 130 : « Le zénith est un point de la sphère céleste perpendiculaire au lieu. Il fait donc référence au point le plus élevé. Par opposition, le nadir renvoie au point le plus bas. Ainsi, si on dit qu'une parcelle est bornée en altitude inférieure par le nadir, c'est qu'il n'y a pas d'autre entité cadastrale dans cette direction ».

## 1. LA REPRÉSENTATION BIDIMENSIONNELLE DES IMMEUBLES

Les problèmes occasionnés par le morcellement du territoire, en particulier par la création de parties de lots non représentées sur des plans cadastraux parcellaires, sont bien connus des examinateurs de titres immobiliers<sup>17</sup>. À défaut d'intégrer au cadastre un nombre croissant de parcelles morcelées par titre<sup>18</sup>, les plans cadastraux ne tardèrent pas à cesser de représenter l'état réel du morcellement des lots originaires. Ce laisser-aller, dénoncé dès le début du siècle dernier<sup>19</sup>, eut rapidement des conséquences néfastes quant à la tenue et à la consultation de l'index des immeubles. En effet, plusieurs chaînes de titres, au lieu d'une seule, étaient fréquemment inscrites sur les feuillets de l'index des immeubles ouverts pour un lot. Des villages étaient même parfois construits sur un seul lot, signe que le morcellement du territoire, consacré dans des titres de propriété, n'avait pas été officialisé au cadastre.

La *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*<sup>20</sup>, adoptée en 1985, a marqué l'intention du législateur de faire en sorte que le cadastre transmette, à la suite d'une rénovation cadastrale, une image parfaitement à jour du morcellement du territoire. Cette première tentative sérieuse de rénovation du cadastre<sup>21</sup> fit cependant l'objet, en 1991, d'un moratoire. La suspension du programme de rénovation cadastrale était nécessaire pour trouver une solution au problème fréquent de discordance entre les

- 
17. Voir notamment: J. André LAFERRIÈRE, «Le cadastre: désuétude et rénovation», (1967) *C.P. du N.* 99.
  18. En 1992, le ministère des Ressources naturelles estimait à 850 000 le nombre de parcelles qui n'étaient pas identifiées au cadastre: ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> session, 34<sup>e</sup> législature, 16 juin 1992, n<sup>o</sup> 38, p. 2477.
  19. Joseph-Amable HERVIEUX, *Observations et commentaires sur les titres XVII & XVIII du Code civil du Bas-Canada contenant la loi des privilèges et hypothèques et celle de l'enregistrement des droits réels*, Montréal, Beauchemin & Valois, 1870, p. 144 à 146; Léandre BÉLANGER, «De l'enregistrement des droits réels», (1898) 4 *R.L.n.s.* 241, 245 et 246; Victor MORIN, «Défaillances du cadastre», (1903-04) 6 *R. du N.* 258, 261; J.-Edmond ROY, «Les défectuosités des cadastres», (1909-10) 12 *R. du N.* 278, 280; Joseph SIROIS, «Subdivision des lots cadastraux», (1912-13) 15 *R. du N.* 171, 172; Joseph SIROIS, «Subdivisions cadastrales», (1917-18) 20 *R. du N.* 193-199; G.-M. GIROUX, *loc. cit.*, note 6, 450-455 et 494-497; L.-A. BRUNELLE, «Lois d'enregistrement», (1936-37) 39 *R. du N.* 558; Camille CHARRON, «L'immobilisme dans notre système d'enregistrement», (1966-67) 69 *R. du N.* 215, 236; Camille CHARRON, «La publicité foncière au Québec, qualités et défauts», (1971-72) 74 *R. du N.* 251, 273-274; Paul LACHANCE, «Réflexions sur la mise à jour et la révision cadastrale», (1971-72) 74 *R. du N.* 469.
  20. L.Q. 1985, c. 22 (maintenant L.R.Q., c. R-3.1); Albert BÉLANGER, «Examen critique de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*», (1986) 2 *C.P. du N.* 499.
  21. François BROCHU, «Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants», (1993) 34 *C. de D.* 949, p. 960 et 961.

titres de propriété et l'occupation effective du sol. La loi de 1985 ne permettait pas aux arpenteurs-géomètres de statuer sur ces discordances, ce qui retardait considérablement le processus de confection des plans rénovés en contraignant les propriétaires à entreprendre d'onéreuses procédures de correction devant les tribunaux<sup>22</sup>. La relance du programme de rénovation cadastrale s'est produite en 1992 à l'occasion de l'adoption de la *Loi modifiant la Loi favorisant la réforme du cadastre québécois et d'autres dispositions législatives*<sup>23</sup>.

La rénovation du cadastre québécois est assujettie à des mécanismes, prévus au Code civil, visant à assurer une représentation la plus fidèle possible du morcellement foncier sur le plan cadastral (A). Des dispositions ont également été prévues pour corriger les distorsions pouvant exister entre la désignation d'un immeuble, contenue dans des titres de propriété, et les limites qu'il occupe réellement dans l'espace. Ces dispositions ne sont toutefois pas sans poser des problèmes d'application (B).

## A. La représentation fidèle du morcellement foncier sur le plan cadastral

Le principal objectif de la rénovation cadastrale consiste à immatriculer les immeubles, c'est-à-dire à les situer en position relative sur un plan, à indiquer leurs limites, leurs mesures et leur contenance et à leur attribuer un numéro particulier<sup>24</sup>. Pour ce faire, des firmes d'arpenteurs-géomètres ont reçu du ministère des Ressources naturelles et de la Faune le mandat de représenter le morcellement foncier de territoires composés, chacun, de plusieurs milliers de parcelles<sup>25</sup>. Cette manière de procéder favorise une analyse foncière à la fois plus globale et exhaustive que ne l'aurait permis la rénovation des lots sur une base strictement individuelle<sup>26</sup>. Le numéro attribué à un lot devient, à la suite de la rénovation

- 
22. A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 20, 514 et 519; Laval PINEAULT, «Le cadastre et son contexte», [1986] *C.P. du N.* 485, p. 493; VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Rapport à l'Assemblée nationale*, année financière terminée le 31 mars 1989, p. 109; Natalie LANGEVIN, *Les difficultés de la mise en œuvre du programme de réforme cadastrale de 1985*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994, p. 60, 82, 83, 114; ASSEMBLÉE NATIONALE, *loc. cit.*, note 18, 2477 et 2478.
  23. L.Q. 1992, c. 29; Pierre DUCHAINE et autres, «La rénovation cadastrale», *Répertoire de droit (nouvelle série)*, doctrine, titres immobiliers, document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2004.
  24. C.c.Q., art. 3026, al. 1.
  25. Pour connaître l'état d'avancement de la rénovation cadastrale, consulter le site (<http://cadastre.mrnf.gouv.qc.ca/banque-mandats/>).
  26. Les rénovateurs doivent se conformer aux règles contenues dans les *Instructions pour la réalisation d'un mandat de rénovation cadastrale* élaborées par la DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ARPENTAGE ET DU CADASTRE (MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE LA FAUNE). Ces instructions sont disponibles en ligne à l'adresse (<http://cadastre.mrnf.gouv.qc.ca/documents/produits-services/pdf/instruction-V5-3.pdf>).

cadastrale, sa seule désignation<sup>27</sup>. Cela rend impossible, pour le futur, la désignation d'un immeuble par référence à ses tenants et aboutissants<sup>28</sup>. L'article 3030 C.c.Q. autorise cependant la publication d'actes qui renferment des désignations se rapportant à une partie d'un lot rénové, à la condition que ces actes ne concernent pas le transfert du droit de propriété ou la création de l'une de ses modalités<sup>29</sup>. Il ne s'agit toutefois pas d'une atteinte fondamentale à l'intégrité du plan cadastral rénové.

C'est principalement pour des raisons économiques et pratiques que le législateur a permis que certains droits, tels les démembrements de la propriété et les droits réels accessoires<sup>30</sup>, puissent grever une partie seulement d'un lot rénové. Le caractère temporaire de ces droits réels fait en sorte que les immeubles sur lesquels ils portent n'ont pas besoin d'être représentés aussi parfaitement que, par exemple, l'objet d'un droit de propriété ou d'une modalité de la propriété. Le plan cadastral rénové ne souffre donc d'aucun affaiblissement. Cela dit, le *transfert* de propriété portant sur des « parties de lots » n'est pas pour autant interdit par le législateur en territoire rénové. Les articles 3030 et 3054 C.c.Q. empêchent uniquement la *publicité* des actes de vente ainsi que des actes opérant la création et le transfert d'une modalité du droit de propriété, lorsque les actes en question portent sur une parcelle qui ne comporte pas de numéro cadastral distinct<sup>31</sup>. L'obligation qui est faite d'immatriculer toute parcelle préalablement à la publication d'un droit de propriété ou d'une modalité de la propriété est suffisante pour éviter que le cadastre, une fois rénové, ne se détériore et cesse de représenter fidèlement le morcellement du territoire québécois.

En pratique, la vente, l'échange, le partage, la donation et la transmission de parties de lots sont fréquents en territoire rénové. Ces actes permettent d'opérer le *transfert* du droit de propriété, sans devoir attendre la réalisation de l'opération cadastrale par laquelle les immeubles vendus ou échangés se verront attribuer un numéro de lot distinct. Ce n'est cependant qu'à la suite de la réalisation de l'opération cadastrale que de tels actes, portant originalement sur une partie de lot, peuvent être *publiés* au moyen d'un avis cadastral ou d'un sommaire ou, encore, que le transfert

27. C.c.Q., art. 3032.

28. C.c.Q., art. 3032 et 3033.

29. Certains considèrent que la propriété superficière n'est pas sujette au contrôle des articles 3030 et 3054 C.c.Q. : Pierre DUCHAINE et autres, *loc. cit.*, note 23, par. 148 et *sq.* ; Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, par. 142.1, 142.2 et 158 ; *Québéco inc. c. Clôtures Savino*, [1997] R.D.I. 593 (C.S.).

30. C.c.Q., art. 3030 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 1<sup>re</sup> session, 34<sup>e</sup> législature, Sous-commission des institutions, 27 novembre 1991, n° 26, SCI-1060.

31. Il en est de même pour les parties de lots qui font, notamment, l'objet d'un échange, d'un partage, d'une donation ou d'une déclaration de transmission.

du droit de propriété peut être rendu public au moyen d'un acte bilatéral de reconnaissance volontaire du droit de propriété. Dans l'intervalle, c'est-à-dire entre, d'une part, le moment de la vente, de l'échange ou du partage d'une partie de lot rénové et, d'autre part, la réalisation de l'opération cadastrale par un arpenteur-géomètre, il n'existe malheureusement aucun moyen provisoire d'informer les tiers du transfert de propriété. Le titulaire d'un droit de propriété portant sur une partie de lot ne bénéficie donc, en territoire rénové, d'aucune protection pendant les semaines, voire les mois, qui sont nécessaires pour l'attribution d'un numéro de lot distinct aux parcelles sur lesquelles porte son droit.

Il y aurait lieu, pour éviter les risques de doubles ventes et pour favoriser la protection du public, d'autoriser la préinscription des actes concernant un droit de propriété portant sur une partie de lot en territoire rénové. Les articles 2966 et 2967 C.c.Q. ne le permettent actuellement pas. Le législateur aurait avantage, selon nous, à favoriser une publicité provisoire du droit de propriété portant sur une partie de lot acquise au moyen d'un acte de vente, d'un acte d'échange, d'un acte de partage, d'une donation ou à la suite d'un décès. Cette publicité aurait comme caractéristique d'être temporaire puisqu'elle ne produirait ses effets que pendant la période de temps nécessaire pour procéder à l'opération cadastrale qui attribuera un numéro de lot distinct à chacune des parcelles sur laquelle porte le droit de propriété. Lorsque l'opération cadastrale aura été réalisée, le propriétaire pourrait disposer, par exemple, d'une période de 30 jours à compter de l'entrée en vigueur du nouveau plan cadastral pour publier formellement son droit au moyen d'un avis cadastral, d'un sommaire ou d'un acte bilatéral de reconnaissance volontaire du droit de propriété. Afin d'éviter que la préinscription ne serve d'échappatoire et que l'opération cadastrale soit reportée indéfiniment, le législateur pourrait limiter les effets de la préinscription à une période maximale de six mois. La préinscription permettrait, en résumé, de rendre le transfert de la propriété d'une partie de lot opposable aux tiers pendant le temps nécessaire pour que le vendeur et le nouveau propriétaire puissent modifier le cadastre. Une fois l'opération cadastrale réalisée, l'inscription de l'acte de vente sur le lot nouvellement créé rétroagirait à la date de la préinscription.

Certains immeubles sont plus difficiles ou plus coûteux à immatriculer que d'autres. On peut penser, par exemple, aux réseaux de voies ferrées, de télécommunication, d'aqueduc ou d'égout. L'article 3031 C.c.Q. dispose que l'immatriculation des réseaux dont il dresse une liste est facultative. À défaut d'immatriculation, ces réseaux doivent, d'abord, être désignés par référence aux cadastres qu'ils traversent<sup>32</sup> et obtenir, ensuite, un

---

32. C.c.Q., art. 3038, par. 2.

numéro de fiche immobilière au « registre des réseaux de services publics et des immeubles situés en territoire non cadastré » (RRSPITNC)<sup>33</sup>. Le numéro de la fiche immobilière devient alors le code par lequel le réseau sera désigné. Ce numéro suffira dans tout document faisant ultérieurement référence au réseau<sup>34</sup>. Les droits qui portent sur un réseau pour lequel a été ouverte une fiche immobilière tenue sous un numéro d'ordre ne sont donc pas publiés au registre foncier, puisque le réseau n'est pas immatriculé, mais au RRSPITNC. Notons que s'il est logique d'exiger, à des fins de repérage, la mention de « la désignation des cadastres [que le réseau] traverse<sup>35</sup> », cette mention perd son sens lorsque le réseau se trouve en territoire rénové. En effet, au lieu de traverser une multitude de cadastres<sup>36</sup>, le réseau, tout étendu qu'il soit, n'en croquera qu'un seul, le cadastre du Québec, lorsque la rénovation cadastrale aura été complétée pour l'ensemble de la province. Il y aurait lieu d'exiger, minimalement, qu'on ajoute la liste des municipalités que le réseau traverse.

Outre le registre foncier et le RRSPITNC, il existe un tout nouveau registre dans lequel sont inscrits des droits portant sur des immeubles situés en territoire cadastré : il s'agit du « Registre du domaine de l'État » (RDÉ)<sup>37</sup>. Ce registre remplace le « Terrier<sup>38</sup> » ainsi que deux autres registres dont l'existence était également prévue à la *Loi sur les terres du domaine de l'État*<sup>39</sup> mais qui n'ont jamais été implantés, soit le « Répertoire des terres publiques<sup>40</sup> » et le « Registre des droits d'exploitation des ressources<sup>41</sup> ». Le Registre du domaine de l'État permet d'assurer la publicité des

33. C.c.Q., art. 3034, 3035 et 3038; *Règlement sur la publicité foncière*, art. 11 à 14; Michel LESSARD, « Les fiches immobilières tenues sous un numéro d'ordre », (1999) 2 *C.P. du N.* 3; Alain ARCHAMBAULT, « Les FITNO, vous connaissez? », *Entracte*, vol. 14, n° 1, 15 janvier 2005, p. 22.

34. C.c.Q., art. 3034, al. 1.

35. C.c.Q., art. 3038, par. 2.

36. Rappelons qu'il existe 1 450 cadastres de paroisses et de cantons au Québec, lesquels portent tous un nom différent (par exemple : cadastre de la paroisse de Beauport, cadastre du canton de Rouyn). Ces cadastres font progressivement place à un cadastre unique, appelé cadastre du Québec, à la suite des travaux de rénovation cadastrale.

37. *Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q., c. T-8.1, art. 26 à 29. Au moment de mettre sous presse, ces dispositions ne sont pas encore en vigueur quoique l'architecture du registre est complétée et qu'on a commencé à y inscrire des droits. Voir : *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine de l'État et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi 122 (présenté le 19 octobre 2005), 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Québec); MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES, DE LA FAUNE ET DES PARCS, BUREAU DE L'ARPENTEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Registre du domaine de l'État : document d'information générale*, novembre 2004. La mise en place de ce registre a coûté près de 18 millions de dollars.

38. *Loi sur les terres du domaine de l'État*, précitée, note 37, art. 26, 27 et 30.

39. L.R.Q., c. T-8.1

40. *Loi sur les terres du domaine de l'État*, précitée, note 37, art. 14 à 16.

41. *Id.*, art. 32 et 33.

aliénations et des acquisitions de terres et de droits immobiliers par l'État<sup>42</sup>. Il permet également de mettre à jour la tenure, c'est-à-dire d'identifier les terres faisant partie du domaine public pour les distinguer de celles appartenant à des particuliers ou à des entreprises<sup>43</sup>. Ce nouveau registre contribue donc à l'amélioration de la connaissance des droits fonciers sur le territoire public. On y a reporté, au cours de l'année 2005, les droits que plusieurs ministères ou organismes publics avaient consentis, au fil des ans, sur le domaine de l'État<sup>44</sup>. L'information concernant les droits acquis ou concédés par ces ministères sur les terres publiques était jusqu'alors consignée dans plus d'une dizaine de registres sectoriels<sup>45</sup>. En plus d'être fastidieuse, la consultation de ces registres sectoriels, que la mise en service du RDÉ n'a pas eu pour effet d'abolir, permettait difficilement d'appréhender la masse d'information foncière relative aux terres du domaine de l'État. Les ministères qui continuent d'exploiter des registres internes doivent maintenant verser les données qui s'y ajoutent dans le Registre des droits de l'État. De même, les ventes et les acquisitions publiées au registre foncier sont automatiquement inscrites au Registre du domaine de l'État dès lors qu'un ministère ou un organisme public est partie prenante au transfert de droit. Le Registre des droits de l'État bénéficie donc de passerelles informatiques favorisant un transfert d'informations en provenance du registre foncier ainsi que des registres sectoriels exploités dans différents ministères.

En territoire cadastré, la « localisation géographique et la représentation géométrique<sup>46</sup> » d'une terre acquise par l'État ou sur laquelle l'État a consenti des droits se font au moyen de sa désignation cadastrale. Il faut dire que près de 120 000 lots, sur un total d'environ 3,5 millions de lots, appartiennent à l'État. Le morcellement de territoire identifié par une désignation cadastrale constitue, dans le langage employé par le Bureau

42. *Id.*, art. 26, al. 1, tel que modifié par l'art. 7 de la *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine de l'État et d'autres dispositions législatives*, précité, note 37.

43. *Id.*, art. 26, al. 2, tel que modifié par l'art. 7 de la *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine de l'État et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi (présenté le 19 octobre 2005), 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Québec).

44. BUREAU DE L'ARPENTEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Registre du domaine de l'État : manuel d'instructions à l'intention des émetteurs*, version 1, décembre 2004. Selon ce manuel, les émetteurs sont les « ministères ou organismes habilités, en vertu de diverses lois, à accorder des droits ou à établir des contraintes sur les terres du domaine de l'État ou sur une terre privée et à procéder à des transferts d'autorité de terres du domaine de l'État. Est également considéré comme un émetteur tout organisme à qui l'un des pouvoirs mentionnés précédemment a été délégué ».

45. Laval PINEAULT, « Droits fonciers sur le domaine public : il faudra passer par EDIT », (1998) 10 *Géoinfo*, mars 1998, p. 3; Laval PINEAULT, « EDIT, la réforme de la publicité foncière sur les terres publiques », (1999) 25 *Géomatique*, février 1999, p. 6.

46. *Loi sur les terres du domaine de l'État*, précitée, note 37, art. 27, tel que modifié par l'art. 7 de la *Loi modifiant la Loi sur les terres du domaine de l'État et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 37.

de l'arpenteur général du Québec, une « délimitation officialisée au RDÉ » (DOR)<sup>47</sup>. Il est, par ailleurs, possible d'inscrire au Registre des droits de l'État des droits portant sur des parties non cadastrées du territoire. C'est le cas d'un pourcentage important d'inscriptions puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, les terres publiques totalisent 90 % de la superficie de la province et que moins de 10 % du territoire est cadastré.

La rénovation du cadastre québécois favorise, somme toute, une représentation fidèle du morcellement foncier qui est utile tant pour l'inscription des droits au registre foncier que pour leur publicité au nouveau Registre des droits de l'État. La mise à jour du plan cadastral est assurée par les articles 3030 et 3054 C.c.Q. qui empêchent la publication d'un droit de propriété ou d'une modalité du droit de propriété sur une partie de lot rénové. La rénovation cadastrale n'est toutefois pas sans poser de difficultés lorsque des titres de propriété contiennent des désignations imprécises ou contradictoires avec celles des immeubles voisins. Un mécanisme a heureusement été prévu pour régler les problèmes de concordance entre le cadastre rénové, les titres et l'ancien cadastre.

## **B. Les discordances entre le cadastre rénové, les titres et l'ancien cadastre**

La rénovation cadastrale permet de reconstituer le morcellement du territoire québécois et d'attribuer un nouveau numéro de lot à chacune des parcelles existantes, y compris celles qui n'avaient jamais été représentées sur un plan de cadastre auparavant. Opération d'envergure, la rénovation cadastrale repose sur des analyses foncières, effectuées par des arpenteurs-géomètres, qui ont souvent pour effet de mettre en évidence des contradictions entre les titres de propriété, l'occupation et l'ancien cadastre.

Les nombreuses discordances découvertes lors des analyses foncières ont conduit, en 1992, à l'adoption de l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*<sup>48</sup>. Cet article autorise l'arpenteur-géomètre rénovateur à représenter, sur le plan cadastral de rénovation, les limites qu'il considère exactes sans que les propriétaires n'aient préalablement besoin d'obtenir un jugement pour corriger un titre qui serait erroné, imprécis ou incomplet. L'arpenteur-géomètre peut donc, dans le cadre de l'exécution d'un mandat de rénovation cadastrale conclu avec le ministère des Ressources naturelles et de la Faune, procéder d'office à des ajustements,

47. BUREAU DE L'ARPEUTEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Ajout aux Instructions générales d'arpentage 2004*, avril 2005, p. 2.

48. Précitée, note 20.

notamment à des répartitions de surplus et de déficits de contenance. Ces ajustements doivent évidemment tenir compte de la situation physique des lieux, des titres et de l'occupation<sup>49</sup>. L'article 19.2 confère à l'arpenteur l'autorité requise pour statuer sur tout écart existant entre une situation de fait (le lot réellement occupé par un propriétaire) et une situation de droit (le lot mentionné dans le titre d'un propriétaire). Il se lit comme suit :

**19.2.** À compter de l'inscription visée à l'article 19.1, la description du lot contenue dans le titre d'acquisition du propriétaire et dans les actes constatant les charges, priorités, hypothèques ou autres droits affectant ce lot, est présumée concorder avec celle du lot montré sur le plan de rénovation. En cas de discordance, la description contenue dans ce titre ou dans ces actes n'a pas à être corrigée par l'obtention d'un jugement ou autrement.

Ce titre, ces actes et l'inscription qui en a été faite ne peuvent être invalidés sous le seul motif que la description qu'on y trouve ne concorde pas avec celle du lot rénové.

Cet article apporte donc une solution pratique aux problèmes de discordance lorsqu'un propriétaire et ses voisins s'accommodent de la solution retenue par l'arpenteur-géomètre qui a réalisé le plan de rénovation cadastrale. L'article 19.2 remédie alors, grâce au jeu de la présomption simple de concordance qu'il énonce, à l'incompatibilité apparente entre, d'une part, la désignation contenue dans un acte et, d'autre part, le lot montré sur le plan de rénovation cadastrale<sup>50</sup>. Il rend acceptables certains actes conclus antérieurement à la rénovation cadastrale en dispensant le notaire de corriger les désignations qu'ils contiennent. C'est le cas, par exemple, de la « désignation par l'emploi d'un mauvais numéro mais qui existe<sup>51</sup> », de la « désignation par l'emploi d'un numéro de subdivision, avant le dépôt de la subdivision<sup>52</sup> », de la « désignation par l'emploi d'un numéro de subdivision jamais déposée<sup>53</sup> » et de la « désignation coulissante ou insuffisante<sup>54</sup> ». Les actes contenant ce genre de désignations ne bénéficient évidemment de la protection offerte par l'article 19.2 que dans la mesure où l'examineur de titres considère que la présomption de concordance entre le titre et le cadastre rénové ne risque pas d'être renversée. Dans le cas contraire, il demeure nécessaire d'obtenir un acte de correction ou une cession de droit pour donner plus de force à la

49. Voir François BROCHU et Berthier BEAULIEU, « Les hauts et les bas de la rénovation cadastrale », (1999) 101 *R. du N.* 11, p. 30 et *sq.* ; Pierre DUCHAINE et autres, *loc. cit.*, note 23, par. 39.

50. Pierre DUCHAINE et autres, *loc. cit.*, note 23, par. 178 et *sq.*

51. Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Éd. Quid Juris, 1994, p. 156. M<sup>c</sup> Gagnon ne fait pas référence à la présomption de l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* dans la partie de son ouvrage qui traite de la désignation cadastrale.

52. *Id.*, p. 156.

53. *Id.*, p. 158.

54. *Id.*, p. 162 et *sq.*

présomption de l'article 19.2. Cette disposition ne confère ou ne fait perdre aucun droit au propriétaire qui constate, sur le plan cadastral rénové, une erreur concernant les mesures de son lot.

Les certificats de localisation constituent des outils indispensables pour évaluer le risque d'un renversement de la présomption de l'article 19.2. L'obtention d'un certificat de localisation qui respecte le *Règlement sur la norme de pratique relative au certificat de localisation*<sup>55</sup> est donc essentielle pour être en mesure d'effectuer un examen de titres complet sur un lot rénové. Le certificat permettra notamment d'apprendre qu'un lot montré sur le plan de rénovation a subi un déplacement en coulisse, auquel cas l'article 19.2 pourra venir corriger la discordance qui existe entre les titres et l'occupation. Si les dimensions du lot rénové sont plus grandes que celles indiquées dans les titres, le certificat de localisation pourra signaler que cet écart provient, par exemple, du fait que le rénovateur a inclus une partie de terrain appartenant à un voisin. Dans ce cas, la protection offerte par l'article 19.2 sera mince si le voisin est en mesure de renverser la présomption de concordance en s'appuyant sur son titre et son occupation<sup>56</sup>. En revanche, si le certificat de localisation explique que ce même écart découle plutôt de la configuration des lieux et que le plan de rénovation ne fait que confirmer l'occupation des parties, la présomption de l'article 19.2 rendra inutile tout acte de correction<sup>57</sup>. Dans le cas, enfin, où un certificat de localisation nous apprendrait que les dimensions plus petites d'un lot rénové proviennent du fait que le rénovateur a oublié d'inclure des parties voisines de terrain acquises par le propriétaire au moyen de titres distincts, une correction du plan cadastral s'avérera nécessaire.

La clause dite « de concordance » contenue dans un certificat de localisation doit être bien motivée afin que le notaire puisse comprendre les raisons pour lesquelles les mesures montrées sur le plan de cadastre rénové ne concordent pas avec celles indiquées dans les titres de propriété. Lorsque le certificat de localisation démontre que l'opinion du rénovateur est bien fondée et qu'elle ne peut pas être mise en doute, le notaire pourra s'appuyer sur la présomption de l'article 19.2. Il aura alors avantage à

---

55. R.R.Q., c. A-23, r. 7.1.

56. La présomption de l'article 19.2 n'exclut aucunement, en effet, le recours ultérieur à la prescription acquisitive par un tiers. D'autres moyens peuvent également être utilisés par un voisin pour tenter de renverser la présomption de l'article 19.2.

57. La présomption de l'article 19.2 sera alors difficile à renverser compte tenu que le propriétaire pourra invoquer la prescription acquisitive pour régulariser son titre.

reproduire, dans l'acte de vente qu'il est appelé à rédiger, le contenu de la clause de concordance sur laquelle il s'est appuyé pour ne pas corriger les titres. Les futurs examinateurs de titres bénéficieront ainsi de toutes les informations nécessaires pour apprécier la portée de l'article 19.2 à sa juste valeur. Une clause de concordance rédigée comme ceci serait, par exemple, inacceptable :

Les limites établies pour les fins du présent certificat de localisation sont basées sur le plan cadastral. Ces limites correspondent au titre et à l'occupation, à l'exception des mesures nord-ouest et sud-ouest et de la superficie du nouveau lot 7 654 321. Bien que les limites actuelles ne semblent pas litigieuses, une correction cadastrale permettrait de redonner à cette propriété la contenance de l'ancien cadastre auquel le titre de propriété publié sous le numéro 123 456 réfère.

L'auteur du certificat de localisation contenant cette clause tient manifestement pour acquis que le rénovateur a commis une erreur en raison du fait que les mesures indiquées sur le nouveau cadastre ne concordent pas parfaitement avec celles mentionnées dans les titres. La clause de concordance recommande l'obtention d'une correction cadastrale sans expliquer en quoi le rénovateur s'est réellement trompé. La correction cadastrale recommandée sera difficile à obtenir sur la base d'un certificat de localisation aussi peu motivé. Il est probable, en effet, que la rénovation cadastrale ait corrigé des erreurs qui s'étaient perpétuées dans les titres au lieu d'en avoir créé une en modifiant les mesures montrées sur le plan de cadastre.

L'article 19.2 dispose que « la description contenue dans [le titre d'acquisition du propriétaire] n'a pas à être corrigée » puisqu'une présomption simple de concordance avec le cadastre rénové protège le propriétaire. Doit-on conclure que l'effet correcteur prévu dans cette disposition de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* ne touche que la désignation fautive de l'acte publié *immédiatement avant* la rénovation cadastrale et qu'elle exclut, par conséquent, les erreurs contenues dans les actes plus anciens? La désignation insuffisante contenue dans l'un des actes d'une chaîne de titres peut, à notre avis, être couverte par l'article 19.2 dans la mesure où l'erreur ne donne pas ouverture à une possible contestation de la présomption simple de concordance dont bénéficie le propriétaire. Les examinateurs de titres doivent continuer de contrôler les désignations contenues dans les actes publiés antérieurement à la rénovation cadastrale. Cet exercice permet d'obtenir l'assurance que les acquéreurs successifs d'une parcelle ayant donné naissance à un lot rénové ont constamment été titulaires d'un droit de propriété sur celle-ci. En cas de doute sur la validité de la chaîne de titres, des actes de correction doivent être préparés de manière à empêcher toute tentative future de renversement, par un tiers, de la présomption de concordance édictée à l'article 19.2.

Malgré les apparences, l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* ne fait pas double emploi avec l'article 3027 C.c.Q. La présomption de l'article 19.2 ne vaut qu'à l'égard du « plan de rénovation », c'est-à-dire du plan de cadastre déposé par le rénovateur à la fin de son mandat<sup>58</sup>. Les modifications apportées subséquemment au plan cadastral de rénovation, au moyen de plans de cadastre parcellaires, ne bénéficient d'aucun préjugé favorable sur la base de cet article. Les plans de cadastre parcellaires et le plan cadastral global qui en découle tirent plutôt leur force de l'article 3027 C.c.Q. Cet article dispose que le « plan cadastral » – et non pas le *plan de rénovation* – est présumé exact.

En résumé, lorsque les titres d'un vendeur ne correspondent pas à ce que montre le plan de cadastre rénové, il faut s'assurer que le vendeur a exercé une possession utile lui permettant de confirmer ou d'acquérir, par prescription, le droit qu'il veut céder à un tiers. La présomption de l'article 19.2 sera alors difficile à renverser et l'acquéreur bénéficiera de l'effet correcteur que lui procure cet article. Dans le cas contraire, il faudrait obtenir une renonciation de la part de toute personne susceptible de s'opposer à la présomption simple de l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*. Quant à la présomption d'exactitude prévue à l'article 3027 C.c.Q., elle vise essentiellement à régler le sort des discordances entre des titres de propriété et des lots qui ont subi des modifications depuis leur rénovation.

## 2. LA REPRÉSENTATION DES IMMEUBLES DANS LEURS TROIS DIMENSIONS

Si la projection bidimensionnelle (longueur et largeur) d'un immeuble sur un plan cadastral horizontal est souvent suffisante pour assurer la publicité des droits, il existe des circonstances dans lesquelles la représentation de la hauteur ou de la profondeur d'un lot peut s'avérer nécessaire<sup>59</sup>. C'est notamment le cas pour traduire la volonté des parties à un contrat portant sur un appartement assujéti à une déclaration de copropriété divise (A) ou sur une propriété superficielle (B). Alors que plusieurs pays s'interrogent sur l'opportunité et la manière d'introduire

58. Le « plan global » est un plan *à jour* du morcellement foncier, contrairement au « plan de rénovation » qui représente le territoire à la date où un mandat de rénovation cadastrale a été complété.

59. A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 7, 521.

un cadastre en trois dimensions<sup>60</sup>, nous verrons comment le Québec a choisi de procéder<sup>61</sup>.

## A. La représentation tridimensionnelle des immeubles assujettis à une déclaration de copropriété divisée

Les dispositions relatives à la copropriété divisée ont été introduites au *Code civil du Bas-Canada* en 1969<sup>62</sup>, soit une dizaine d'années après la publication, en 1959, d'un texte dans lequel M<sup>e</sup> Jean-Guy Cardinal dénonçait le silence du législateur québécois à l'égard de la « vente des immeubles par étages » pourtant déjà populaire ailleurs au Canada et dans le monde<sup>63</sup>. Il fallut attendre le 11 mars 1971 pour l'officialisation du premier plan de cadastre vertical au Québec. Ce plan, déposé par l'arpenteur-géomètre Fernand Lemay, portait sur deux bâtiments érigés sur un fonds situé à Longueuil<sup>64</sup>.

La question des modalités de représentation des immeubles que l'on souhaitait pouvoir assujettir à la copropriété divisée fut longuement débattue lors de l'étude, en 1969, du projet de loi concernant la copropriété des immeubles<sup>65</sup>.

- 
60. Jantien E. STOTER et Hendrik D. PLOEGER, « Property in 3D – registration of multiple use of space: current practice in Holland and the need for a 3D cadastre », (2003) 27 *Computers, Environment and Urban Systems* 553; Jantien STOTER et Peter van OOSTEROM, « Cadastral Registration of Real Estate Objects in Three Dimension », (2003) 15 *URISA Journal*, n° 2, 47; Jantien STOTER et Martin SALZMANN, « Towards a 3D cadastre: where do cadastral needs and technical possibilities meet? », (2003) 27 *Computers, Environment and Urban Systems* 395; Paul van der MOLEN, « Institutional aspects of 3D cadastres », (2003) 27 *Computers, Environment and Urban Systems* 383; Jantien STOTER et Jaap ZEVENBERGEN, « Changes in the definition of property: a consideration for a 3D cadastral registration system », dans *Conference Proceedings FIG working week "New Technology for a New Century"*, Seoul, mai 2001, session 27, p. 1; Haim SANDBERG, « Three-dimensional partition and registration of subsurface space », (2003) 37 *Israel law Review* 119; Moshe BENHAMU et Yerach DOYTSHER, « Toward a spatial 3D cadastre in Israel », (2003) 27 *Computers, Environment and Urban Systems* 359; Helge ONSRUD, « Making a Cadastre law for 3D properties in Norway », (2003) 27 *Computers, Environment and Urban Systems* 375.
61. Pour un exposé de la situation en France, voir: Pierre WALET et Pierre CHAMBELLAND, *La construction en volumes*, coll. « Pratique de l'immobilier », Paris, Masson, 1989; Claude DESTAME et Raymond BOMBREAULT, *Pratique de l'état descriptif en volumes*, Paris, Litec, 1995.
62. *Loi concernant la copropriété des immeubles*, L.Q. 1969, c. 76; Pierre BEAUDOIN et Benoît MORIN, « La copropriété des immeubles au Québec », (1970) 30 *R. du B.* 4.
63. Jean-Guy CARDINAL, « La propriété par étage », (1959) 61 *R. du N.* 471.
64. Les lots suivants furent alors créés: 352-1, 352-2, 352-3, 352-2-1, 352-2-101 à 352-2-104, 352-2-201 à 352-2-204, 352-2-301 à 352-2-304, 352-2-401 à 352-2-404, 352-3-1, 352-3-101 à 352-3-104, 352-3-201 à 352-3-204, 352-3-301 à 352-3-304, 352-3-401 à 352-3-404 du cadastre de la Paroisse Saint-Antoine-de-Longueuil.
65. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 28<sup>e</sup> législature, 4<sup>e</sup> session, Comité spécial pour l'étude du bill 29 (Loi concernant la copropriété des immeubles), 8 et 15 janvier 1969, 3 juin 1969, 14 août 1969, 18 septembre 1969, 1<sup>er</sup> octobre 1969.

Si la nécessité de représenter les immeubles sur un plan cadastral s'est rapidement imposée<sup>66</sup>, les parlementaires se sont interrogés à propos du moment où ce plan devrait être confectionné. Était-il préférable d'attendre l'achèvement de la construction de la bâtisse pour créer une copropriété verticale? Pouvait-on, au contraire, dessiner le plan cadastral vertical en s'appuyant sur les seuls plans de construction? Alors que certains membres du comité spécial sur la copropriété étaient, au départ, favorables à ce qu'un plan cadastral puisse être confectionné « même si l'immeuble n'est pas bâti<sup>67</sup> », cette solution fut finalement rejetée. En effet, la contribution des copropriétaires aux charges communes tient compte de la valeur relative de leur fraction<sup>68</sup>. Puisque cette valeur est, entre autres, établie en fonction des dimensions de la partie privative<sup>69</sup>, toute divergence entre les mesures théoriques, indiquées sur un plan de construction, et les mesures d'un appartement réellement construit, serait une source d'iniquité entre les copropriétaires. Le *Code civil du Québec* a conservé cette règle aux articles 3030, al. 2 et 3041 : le législateur subordonne l'immatriculation des parties privatives et des parties communes à l'achèvement du gros œuvre de la bâtisse qui sera assujettie à la copropriété divise verticale. Il est possible, en revanche, d'établir une copropriété divise horizontale sur un terrain non bâti. Le fonds de terre est alors morcelé de manière à créer, à la fois, des parties privatives, sur lesquelles des constructions seront éventuellement érigées, et des parties communes, par exemple des sentiers ou des jardins<sup>70</sup>. Il n'est aucunement utile ou nécessaire de représenter de manière tridimensionnelle une copropriété divise horizontale. En effet, il n'en résulte, à l'inverse de ce qui se produit pour la copropriété divise verticale, aucun voisinage dans une direction ascendante ou descendante. La représentation volumétrique des lots qui constituent des parties privatives ou des parties communes n'est pas nécessaire dans le contexte de la copropriété horizontale puisque le principe, énoncé à l'article 951 C.c.Q.,

66. *Id.*, séance du 15 janvier 1969, p. 252 : « Oui, je pense qu'il faut qu'il y ait au moins un plan de l'immeuble. Pour qu'il y ait déclaration, il faut qu'il y ait plan. Alors, dès qu'il y a un plan, même si l'immeuble n'est pas bâti, il peut être soumis au régime de la copropriété, mais pas avant qu'il y ait un plan ».

67. *Id.*

68. C.c.Q., art. 1064.

69. C.c.Q., art. 1041 ; Serge ALLARD, « La valeur relative des fractions en copropriété », (1990) 2 *C.P. du N.* 1, par. 46 à 104.

70. Bernard J. LANDRY, « Copropriété horizontale : les immeubles non bâtis peuvent faire l'objet de la répartition prévue à l'article 441b du *Code civil* », (1988) 4 *C.P. du N.* 141 ; Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 55 et *sq.* ; Serge ALLARD, « La copropriété divise », *Répertoire de droit (nouvelle série)*, biens, doctrine, document 2, 2002, par. 15.

voulant que la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, ne subit alors aucune contradiction.

La question de la forme du plan montrant un immeuble assujetti à la copropriété divise verticale a occupé une bonne partie des débats du Comité spécial sur la copropriété. Avec un recul de près de quarante ans, la teneur des propos échangés en 1969 peut faire sourire. Ils sont toutefois révélateurs des problèmes conceptuels que pose la représentation spatiale des immeubles comme en témoignent les extraits suivants<sup>71</sup> :

– « Si vous vous mettez à faire des subdivisions des appartements au cadastre, vous faussez le jeu parce que [le cadastre] s'applique à la terre. Est-ce que le numéro 40, du moment où il fera l'objet d'une subdivision, se trouve à être sorti, ni plus ni moins, du terrain ? Est-ce que nous devons le considérer, ni plus ni moins, comme un terrain ?<sup>72</sup> »

– « Il ne faudrait absolument pas identifier le numéro d'un appartement à une subdivision, parce que là, vous n'en sortirez pas. Vous allez avoir deux terrains, l'un au-dessus de l'autre.<sup>73</sup> »

[...]

– « alors, comme nous le disions, nous pourrions avoir le cadastre aérien et le cadastre terrien. »

– « Oui. La seule chose que je peux vous répondre c'est que je n'ai aucune objection, mais j'ignore comment le faire.<sup>74</sup> »

L'intervention de l'arpenteur-géomètre Paul Lachance, alors professeur à la Faculté de foresterie et de géodésie de l'Université Laval, contribua largement à éclairer le débat, d'autant qu'il avait pu profiter d'un séjour de recherche de quelques mois en Europe pour se familiariser avec la copropriété divise :

Ce qui est important aujourd'hui, c'est d'immatriculer les parties privatives et les parties communes. [...] On a appelé cela en Suisse, en Hollande, en Suède, le cadastre des bâtiments. [...] Anciennement ce qui était important c'était le sol. Le sol était l'essentiel et la construction était l'accessoire. Aujourd'hui, la situation est complètement inversée. Le sol sert de support et, ce qui est important, c'est l'utilisation d'un volume, soit dans l'espace aérien ou dans l'espace souterrain. C'est cette utilisation de volume-là qu'il s'agit d'identifier en l'immatriculant. [...] Il faudrait que l'immatriculation puisse être positive au cadastre de manière à permettre une entrée à l'index des immeubles pour toutes transactions immobilières qui se font tant sur les parties communes que sur les parties privatives. [...] Une législation qui possède un cadastre va demander au géomètre de faire un levé de la bâtisse une fois qu'elle est terminée de façon que le géomètre prenne la responsabilité de donner exactement le volume utilisé tel qu'il est construit [...]. On donne une planche par étage, à chaque étage,

71. Nous omettons volontairement le nom des intervenants pour alléger le texte.

72. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, précités, note 65, 15 janvier 1969, p. 276.

73. *Id.*

74. *Id.*, p. 282.

un plan est déposé et on donne également le métrage, parce que du rez-de-chaussée vous pouvez avoir trois ou quatre mètres de haut, vous pouvez avoir seulement deux mètres cinquante au troisième [...]]. Chaque planche par étage donne exactement la surface de cet étage-là. Lorsqu'on lui ajoute le volume qui est utilisé, vous avez des renseignements complets.<sup>75</sup>

Les travaux du Comité spécial sur la copropriété permirent l'adoption d'amendements aux articles 2166 et 2167 C.c.B.C. afin d'enlever les mots « de terre » qui suivaient systématiquement le mot « lot ». Comme l'exprimait un membre du comité, « dorénavant au Québec, il y aura des lots cadastraux qui ne seront pas des lots de terre. Ils seront des lots dans les airs<sup>76</sup> ». Ces lots « aériens » se présentent, aujourd'hui, en territoire rénové, de façon à peu près semblable à la situation qui prévalait lorsque la copropriété divise verticale en était à ses premiers balbutiements au Québec<sup>77</sup>. La troisième dimension des lots constituant les parties privatives et les parties communes est représentée sur des figures montrant une vue en coupe de la bâtisse (voir figure 1)<sup>78</sup>. Cette vue indique l'altitude géodésique à laquelle se trouve la limite inférieure de chacun des immeubles superposés ainsi que leur hauteur. Chacun des étages est, par ailleurs, montré sur une vue en plan qui met notamment en évidence la longueur et la largeur des appartements, des escaliers et des murs porteurs (voir figure 2)<sup>79</sup>. Une vue de localisation complète le tout (voir figure 3)<sup>80</sup>.

Les plans de cadastre d'une copropriété divise comportent tous une vue en coupe et une vue en plan des lots superposés qui y sont représentés. L'idée de confier à des architectes la responsabilité de confectionner ces plans fut écartée en 1969, par le Comité spécial sur la copropriété, à la suite de longues discussions<sup>81</sup>. Spécialiste de la mesure, l'arpenteur-géomètre était et demeure aujourd'hui le seul professionnel compétent pour représenter fidèlement un immeuble en trois dimensions, le situer dans l'espace et procéder au calcul de sa superficie et de sa contenance en volume<sup>82</sup>.

75. *Id.*, 3 juin 1969, p. 2437 et 2438.

76. *Id.*, p. 3430. Voir également p. 3655 (1<sup>er</sup> octobre 1969).

77. Au sujet du cadastre vertical, voir : Ted T. KATZ, « Opérations cadastrales et copropriété divise », (1989) 91 *R. du N.* 532 ; Gérard BÉGIS, « Le point de vue de l'arpenteur-géomètre », (1988) 4 *C.P. du N.* 123.

78. DIRECTION GÉNÉRALE DU CADASTRE, *Instructions pour la présentation des documents cadastraux dans le cadastre du Québec*, Québec, ministère des Ressources naturelles, version 1, mars 1996, p. 124.

79. *Id.*, p. 123.

80. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ARPENTAGE ET DU CADASTRE, *Instructions pour la présentation des documents cadastraux relatifs à la mise à jour du cadastre du Québec*, version 2, Québec, ministère des Ressources naturelles, février 2003, p. 19.9.

81. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, précités, note 65, séance du 8 janvier 1969, p. 248 et 249 ; séance du 15 janvier 1969, p. 275 et 279 ; séance du 3 juin 1969, p. 2432 et 2438 ; séance du 18 septembre 1969, p. 3431 et 3432.

82. *Loi sur les arpenteurs-géomètres*, L.R.Q., c. A-23, art. 34, 35 et 42.

FIGURE 1

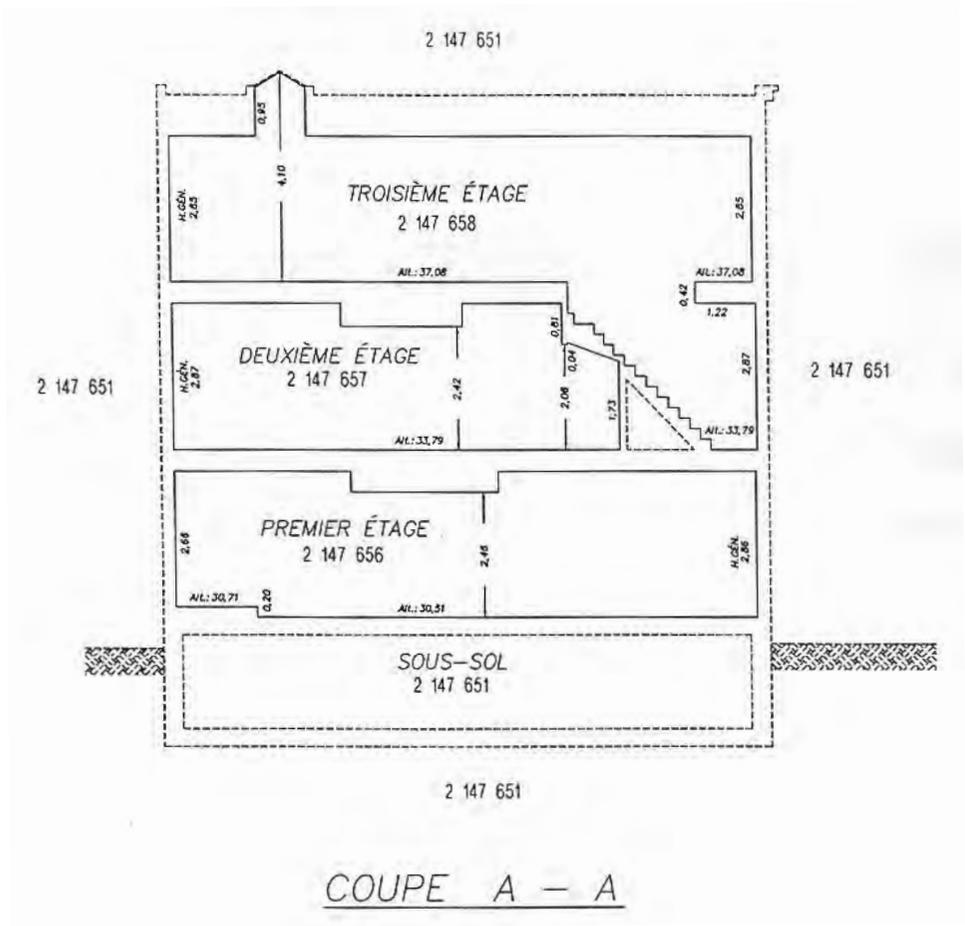
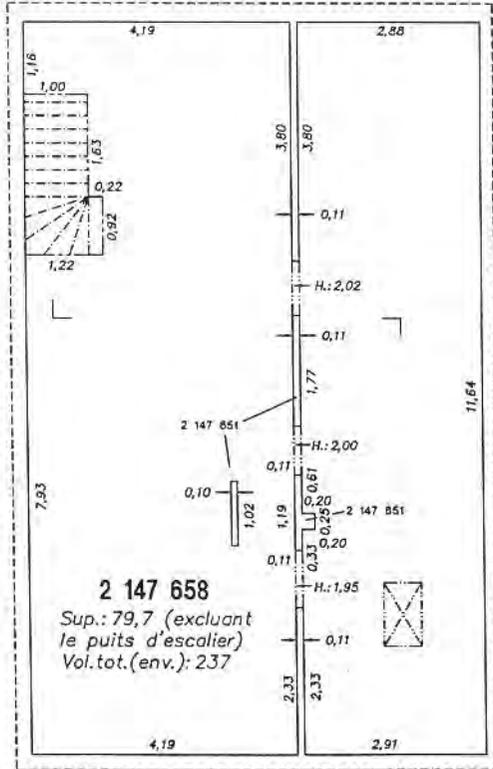


FIGURE 2

A

2 147 651

2 147 651



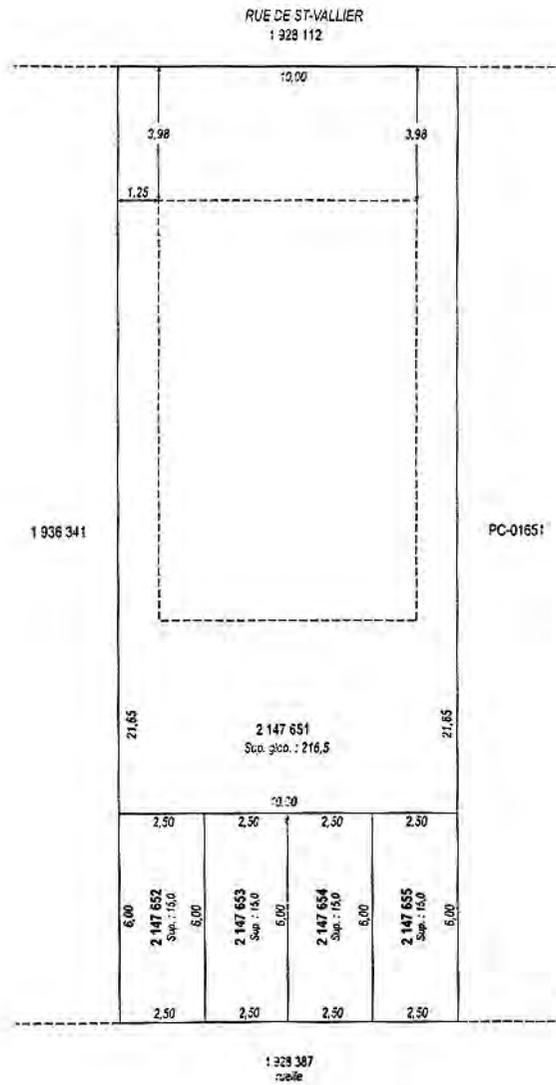
2 147 651

A

2 147 651

TROISIÈME ÉTAGE

**FIGURE 3**



VUE DE LOCALISATION

Les travaux d'arpentage gagnent souvent en complexité lorsqu'il s'agit de convertir en copropriété divise de vieux édifices comportant des caractéristiques architecturales difficiles à mesurer et à représenter sur un plan. L'arpenteur-géomètre doit-il prendre les mesures de chacune des poutres apparentes qui se trouvent au plafond des parties privatives ou, encore, du chapiteau de colonnes dont les dimensions peuvent être variables? La collaboration entre l'arpenteur-géomètre et le notaire chargé de rédiger la déclaration de copropriété est essentielle et peut conduire, comme le proposent M<sup>e</sup> Serge Allard et M<sup>e</sup> Christine Gagnon, à des solutions originales :

Afin d'accélérer ou de simplifier la préparation du plan cadastral, l'arpenteur-géomètre peut, dans certains cas, omettre de montrer certains accessoires communs. On voit parfois, à titre d'exemple, une hauteur théorique à six (6) pieds dans les parties privatives. La déclaration de copropriété peut alors prévoir que l'espace situé entre cette borne supérieure et le plafond est une partie commune à usage restreint. Évidemment, ces omissions devront être discutées avec le notaire afin qu'il puisse rédiger adéquatement la déclaration de copropriété en y incluant les stipulations appropriées.<sup>83</sup>

Le notaire et l'arpenteur-géomètre doivent travailler de concert pour éviter des incohérences ou éliminer de possibles ambiguïtés entre la déclaration de copropriété et le plan de cadastre vertical. Par exemple, les parties de l'immeuble qualifiées de « privatives » dans la déclaration de copropriété, comme c'est parfois le cas des stationnements, doivent nécessairement comporter un numéro cadastral distinct. Il est donc essentiel que l'arpenteur-géomètre ne s' imagine pas que les cases de stationnement seront, dans le contexte particulier d'un projet de copropriété, des parties communes à usage restreint ne nécessitant aucune numérotation individuelle<sup>84</sup>. De même, la manière suivant laquelle l'arpenteur-géomètre a déterminé les limites horizontales et verticales des parties privatives par rapport aux parties communes doit être signalée dans la déclaration de copropriété<sup>85</sup>. Le plan de cadastre vertical n'indiquera pas forcément, par exemple, que la frontière entre les parties communes et les parties privatives se trouve à l'endroit où le revêtement de plancher touche la structure de béton. Des échanges entre l'arpenteur-géomètre et le notaire sont donc indispensables pour garantir une correspondance parfaite entre, d'une part, les mesures des parties privatives et des parties communes inscrites sur le plan cadastral et, d'autre part, les bornes indiquées dans la déclaration de copropriété<sup>86</sup>.

83. Christine GAGNON, « La création d'une copropriété divise: le point de vue du notaire », (2005) 32 *Géomatique*, printemps 2005, 8, p. 9; S. ALLARD, *loc. cit.*, note 70, par. 39.

84. C. GAGNON, *op. cit.*, note 70, par. 68; S. ALLARD, *loc. cit.*, note 70, par. 77 à 81.

85. C. GAGNON, *op. cit.*, note 70, par. 69; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 83, 10.

86. Voir: Christine GAGNON, « Déclaration de copropriété divise d'un immeuble », *Répertoire de droit (nouvelle série)*, formulaire, biens, document 1.1, novembre 2004, art. 8.



Alors que la création d'un plan cadastral vertical suppose la prise de mesures d'un bâtiment ou, à tout le moins, de son gros œuvre<sup>88</sup>, l'arpenteur-géomètre qui procède à la rénovation cadastrale d'une copropriété divise n'a pas à entreprendre une visite des appartements et des parties communes superposés pour contrôler l'exactitude des mesures indiquées sur les plans de cadastre vertical originaux. Le rénovateur se contente de délimiter le fonds de terre sur lequel a été établie la copropriété divise. Il ajoute ensuite, de manière arbitraire sur le plan cadastral complémentaire, une «table de correspondance entre les anciens et les nouveaux numéros de lot». Des discordances entre, d'une part, les mesures réelles des parties communes et des parties privatives et, d'autre part, les dimensions montrées sur le plan de cadastre vertical, risquent donc de ne jamais être mises en lumière par la rénovation cadastrale<sup>89</sup>. Seul un certificat de localisation permettra de constater l'existence d'écarts d'implantation et pourra conduire à l'adoption du correctif approprié<sup>90</sup>.

Une fiche immobilière, communément appelée «feuille d'index des immeubles», est ouverte au registre foncier pour chacune des parties communes et des parties privatives montrées sur un plan cadastral complémentaire. La date d'établissement de la fiche immobilière détermine le moment où le plan cadastral complémentaire entre en vigueur<sup>91</sup> alors que la copropriété divise prend, pour sa part, naissance lors de la publication de la déclaration de copropriété<sup>92</sup>. Pour des raisons pratiques, il n'est pas nécessaire pour l'officier de la publicité des droits de reproduire, sur les fiches immobilières des parties communes, les inscriptions concernant les parties privatives qui y sont afférentes<sup>93</sup>. L'absence d'inscription ne signifie évidemment donc pas que les parties communes sont libres de tout droit.

Les examens de titres effectués préalablement à la vente ou à l'hypothèque d'une fraction de copropriété représentent souvent un cauchemar pour les praticiens soucieux de respecter les règles de l'art. La somme de travail à accomplir pour garantir un bon titre à l'acquéreur ou au créancier

---

88. C.c.Q., art. 3041.

89. Sur l'existence de tels écarts ainsi que sur les moyens de les prévenir et de les corriger, voir: Serge ALLARD, «De certains problèmes soulevés par le certificat de localisation en copropriété divise», (2005) 1 *C.P. du N.* 195, p. 209 à 215; Serge ALLARD et Christine GAGNON, «De certaines problématiques nouvelles en droit et pratique de la copropriété divise», (2005) 1 *C.P. du N.* 253, p. 259 à 261; *Gestion Goineau inc. c. Ross*, [1997] R.D.I. 33, 35 (C.S.).

90. S. ALLARD, *loc. cit.*, note 89, 202 à 207; Serge ALLARD, «La copropriété divise: un domaine de collaboration étroite entre l'arpenteur-géomètre et le notaire», (2005) 32 *Géomatique*, printemps 2005, 6, p. 7.

91. C.c.Q., art. 3028.

92. C.c.Q., art. 1038 et 3030, al. 2.

93. C.c.Q., art. 1061.

hypothécaire est décuplée, par rapport à ce que représente la vente d'une simple maison, en raison de l'historique cadastral particulier du fonds sur lequel est érigée une copropriété divise. Ce fonds est habituellement le résultat du remplacement de plusieurs lots ou parties de lots par un lot unique<sup>94</sup>. L'examen de titres d'une copropriété doit donc porter non seulement sur la partie privative vendue ou hypothéquée et sur le fonds qui supporte le bâtiment<sup>95</sup>, mais également sur tous les lots ou parties de lots qui ont donné naissance à ce fonds. Ce travail doit être répété par tout notaire qui reçoit le mandat d'instrumenter l'acte de vente ou d'hypothèque d'une fraction de copropriété. Il y aurait lieu d'envisager de nouvelles façons de faire pour accélérer les recherches et garantir, à moindre coût, la validité d'une chaîne de titres.

Nous comprenons les raisons pour lesquelles la procédure de « report des droits », imaginée par le législateur lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, est morte dans l'œuf<sup>96</sup>. S'il existe toutefois une raison qui milite en faveur de l'introduction d'un mécanisme de report de droits au Québec, c'est bien le caractère absurde de l'obligation de procéder à de longs examens de titres en matière de copropriété divise. Les droits qui touchent des lots ou des parties de lots ayant fait l'objet d'un remplacement cadastral devraient pouvoir être inventoriés dans un rapport d'actualisation pour ensuite être reportés sur une fiche immobilière qui aurait la particularité de garantir leur exactitude. La force probante ainsi conférée, par le législateur, aux inscriptions reportées sur la fiche immobilière du lot sur lequel se trouve une copropriété rendrait inutile tout examen subséquent des feuillets d'index des immeubles se rapportant aux anciennes couches cadastrales. Nous croyons que cette façon de procéder serait particulièrement intéressante en matière de copropriété tout en étant facile à implanter.

Qu'advient-il des lots montrés sur le plan de cadastre d'une copropriété divise verticale en cas de destruction totale ou partielle du bâtiment à l'intérieur duquel ils se trouvent? Dans l'hypothèse où les copropriétaires voudraient reconstruire, doit-on considérer que la copropriété divise a tout de même pris fin en raison de la perte de son objet? M<sup>e</sup> Christine Gagnon, l'une des premières à s'être penchée sur cette question au Québec<sup>97</sup>, répond par la négative :

---

94. C. GAGNON, *op. cit.*, note 70, par. 61.

95. Ce fonds est en réalité un lot en trois dimensions qui enveloppe le bâtiment. Il est présumé être une partie commune tel que l'indique l'article 1044 C.c.Q.

96. François BROCHU, «Les nouveaux effets de la publicité foncière: du rêve à la réalité?», (1999) 40 *C. de D.* 267, p. 316 et sq.

97. C. GAGNON, *op. cit.*, note 70, par. 223.

Le législateur a indiqué, de façon claire, qu'il n'y a qu'une façon de mettre fin à la copropriété, soit la décision des trois quarts des copropriétaires représentant 90 % des voix [1108, 1101 et 1075, al. 2 C.c.Q.]. [...] Dans l'éventualité où la construction occupant le volume de la partie privative est détruite, le lot distinct qui démontre cette partie privative ne disparaît pas pour autant. Il ne change pas non plus de propriétaire. Même si la construction occupant le volume de la partie privative est détruite, l'immeuble, c'est-à-dire le volume montré au plan, continue d'exister et de faire l'objet d'une propriété superficière. On peut donc affirmer que, pendant la période entre le sinistre et la fin de la reconstruction, la modalité copropriété divise continue d'exister. Le droit de propriété de la fraction comprenant une partie privative sinistrée, donc réduite pendant cette période à un volume d'air identifié par un numéro de lot distinct, ne change pas de nature.<sup>98</sup>

Une partie de la doctrine est, en revanche, d'opinion que la destruction du bâtiment entraîne la fin de la copropriété divise faute d'objet sur lequel cette dernière pourrait alors porter<sup>99</sup>. Avec déférence, je partage plutôt l'avis de M<sup>e</sup> Gagnon.

Un plan cadastral vertical, comme tout autre plan de cadastre, demeure en vigueur tant qu'il n'a pas été annulé par le ministre des Ressources naturelles et de la Faune<sup>100</sup>. Dans le contexte de la destruction d'une bâtisse assujettie à la copropriété divise, le plan cadastral non annulé montre des lots devenus théoriques puisqu'ils sont inutilisables à des fins d'habitation. Même une reconstruction à l'identique, dans la mesure où ce serait possible, parviendrait difficilement à redonner aux lots tridimensionnels leurs limites et leur contenance d'origine. Il n'en demeure pas moins que ces lots existent car on peut les situer dans l'espace grâce à leur représentation sur un plan. Ils constituent une propriété superficière

98. Christine GAGNON, « Applications contemporaines de la propriété superficière et questions pratiques incidentes », (2002) 1 *C.P. du N.* 25, p. 49 et 50 (références omises). Dans le même sens : Gilles GOUBEAUX, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, 279, p. 289 : « Si la propriété a pour objet une portion d'espace délimitée par des plans horizontaux et verticaux repérés au moyen de cotes, selon une méthode géométrique, cet objet sans existence matérielle a une durée infinie. À ce volume abstrait s'applique ce que M. le doyen Savatier disait de l'immeuble ramené à une surface dématérialisée : "Il durera autant que notre globe à la même place". Le découpage de la propriété est définitif et subsisterait même après la destruction des ouvrages en vue desquels il a été opéré. En revanche, si la propriété ne porte que sur des choses, les "volumes" sont en réalité des ouvrages ou des parties d'ouvrages construits ou à édifier. Ces objets matériels sont sans doute durables, mais toujours menacés de destruction. À l'échelle de la durée de la planète, "au caractère immuable et perpétuel des parcelles planifiées s'oppose le caractère instable et éphémère des superstructures et infrastructures du sol approprié" ».

99. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 418 et 419 ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 644 ; Pierre de BESOMBES-SINGLA, « Droit de superficie et construction en volumes », dans *Pratique et évolution de la copropriété*, 73<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Strasbourg, mai 1976, 539, p. 609 : « Le propriétaire d'un appartement ne pourra, une fois l'immeuble abattu, prétendre rester maître de l'espace qu'enveloppaient les parois appropriées. Il y a là une difficulté majeure à l'utilisation des volumes immobiliers ».

100. C.c.Q., art. 3043, al. 1.

parce qu'ils ont conservé des points de rattachement fixes qui ont survécu à la perte de la bâtisse.

Les lots régis par une déclaration de copropriété divise doivent être rattachés à des structures matérielles, c'est-à-dire au gros œuvre d'un bâtiment, pour pouvoir être créés<sup>101</sup>. La destruction du gros œuvre n'est pas fatale pour autant. Tout d'abord, la position des murs porteurs qui servaient à délimiter les parties communes et les parties privatives est montrée sur le plan de cadastre (voir le périmètre du bâtiment représenté par des traits pointillés sur la figure 3). Ensuite, le gros œuvre est, en principe, lui-même rattaché aux lots voisins<sup>102</sup> (voir la figure 3). En théorie, les lots continuent donc d'exister, tant que le plan de cadastre vertical n'est pas annulé, parce que les points de rattachement montrés sur le plan survivent à la destruction du bâtiment assujetti à une déclaration de copropriété divise.

Nous verrons, dans la section suivante, qu'il est tout à fait possible, comme l'indique d'ailleurs M<sup>e</sup> Gagnon, d'attribuer un numéro de lot distinct à un volume non construit qui deviendra alors l'objet d'une propriété superficière<sup>103</sup>. Pour pouvoir exister, ce volume doit nécessairement être rattaché à des repères fixes tels que les fonds voisins et des altitudes géodésiques. Les lots tridimensionnels créés spécifiquement pour l'établissement d'une copropriété divise verticale répondent à ces critères puisqu'ils sont généralement rattachés à des repères qui bénéficient de ce degré de permanence.

## **B. La représentation tridimensionnelle de la propriété superficière**

Dans un texte remarquable sur la propriété superficière, sans doute le plus complet rédigé sur ce sujet au Québec depuis la thèse publiée par Jean-Guy Cardinal<sup>104</sup>, le professeur Frenette exprime l'opinion, comme

---

101. C.c.Q., art. 3041.

102. Il est possible que ce rattachement aux lots voisins, parce qu'il n'a pas toujours été obligatoire dans certaines versions des *Instructions pour la présentation des documents cadastraux dans le cadastre du Québec*, n'existe pas et que les parties privatives soient rattachées uniquement au gros œuvre d'un bâtiment. Les lots de cadastre vertical ne pourront alors survivre, dans les faits, à la destruction des structures qui en constituaient les seules limites. L'annulation du plan de cadastre vertical sera tout de même nécessaire pour mettre officiellement fin à l'existence de ces lots.

103. C. GAGNON, *loc. cit.*, note 98, 33 et 50; voir également: S. NORMAND, *loc. cit.*, note 14, 320.

104. Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.

certains l'avaient fait avant lui<sup>105</sup>, que « le propriétaire d'un terrain peut donc, tout comme il peut le faire pour une partie du sous-sol, détacher au profit de quelqu'un d'autre un espace défini au-dessus du sol, un volume non construit mais néanmoins délimité par cotes altimétriques<sup>106</sup> ». Cette opinion, généralement partagée par la doctrine québécoise<sup>107</sup>, relève-t-elle de la fiction ? Peut-on réellement, au Québec, procéder à une « division de l'objet de la propriété<sup>108</sup> » en cadastrant un volume « non cerné de parois<sup>109</sup> » ?

Une recherche effectuée avec la collaboration de la Direction de l'enregistrement cadastral (ministère des Ressources naturelles et de la Faune) a permis de trouver quelques plans de cadastre vertical d'un espace aérien ou souterrain non aménagé. Les plans de cadastre que nous avons retenus se distinguent de ceux utilisés pour une copropriété divise verticale parce qu'ils ont été dressés dans un contexte où il n'existait aucune construction. Avant de montrer deux exemples de représentations cadastrales correctes d'une propriété superficielle portant sur un volume non construit, nous croyons pertinent de présenter, à titre comparatif, un plan cadastral qui témoigne d'une mauvaise compréhension de ce qu'est la propriété superficielle.

En 2005, une municipalité a cédé à un organisme de loisirs « la propriété superficielle d'une partie du parc [X] afin de permettre la construction d'un complexe sportif ». L'acte notarié définit la propriété superficielle comme étant le lot 8 888 888 du cadastre du Québec et le tréfonds comme le lot 9 999 999<sup>110</sup>. L'acte stipule, de plus, que « le tréfoncier cède, au superficielle qui accepte, la propriété superficielle afin d'y construire un complexe sportif. La propriété superficielle est située au-dessus du tréfonds ». En somme, la municipalité, après avoir divisé l'objet de son droit de propriété (le parc) pour créer deux lots superposés, a cédé le lot situé au-dessus, soit le lot 8 888 888, à l'organisme de loisirs. Ces lots,

105. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959, par. 444 et *sq.*; René SAVATIER, « La propriété de l'espace », *D.* 1965, chron. XXXV, p. 213; René SAVATIER, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *D.* 1976, chron. XVIII, p. 103; S. NORMAND, *loc. cit.*, note 14, 320.

106. François FRENETTE, « La propriété superficielle », *Répertoire de droit (nouvelle série)*, biens, doctrine, document 5, 1997 (mis à jour en 2005), par. 10.

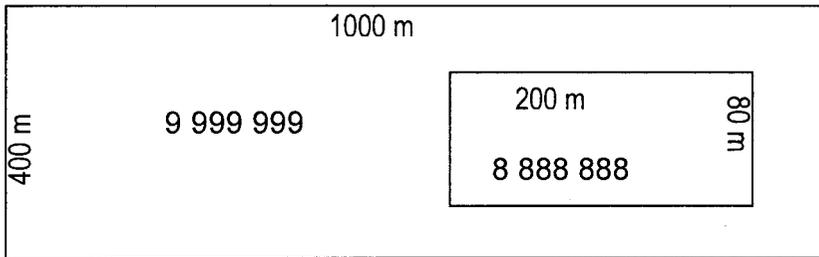
107. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 188; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 98, 33.

108. C.c.Q., art. 1110.

109. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 106, par. 11; des auteurs sont plutôt d'avis qu'on ne peut cadastrer un volume autre que les parties privatives et les parties communes d'une copropriété divise: D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, *op. cit.*, note 29, par. 142.2.

110. Les numéros de lots sont fictifs afin de préserver l'anonymat de l'arpenteur-géomètre et du notaire responsables de ce dossier. Tous les autres faits sont véridiques.

supposément superposés, sont représentés à peu près comme suit au cadastre :



Cette représentation bidimensionnelle est inadéquate et trompeuse. Elle ne permet pas, en l'absence de vue en coupe, de montrer que le volume cédé par la municipalité est restreint quant à sa profondeur. Le plan cadastral donne l'impression que le lot 8 888 888 se prolonge jusqu'au nadir, c'est-à-dire que la règle générale de l'article 951 C.c.Q. s'applique et que la propriété du sol emporte celle du dessous. Ce n'était manifestement pas l'intention des cocontractants. Au lieu d'inscrire le numéro de lot 8 888 888 sur ce plan cadastral bidimensionnel, il aurait fallu indiquer le numéro d'un plan de cadastre complémentaire (voir figure 4). Tel que nous l'avons vu précédemment en matière de copropriété divise, le plan complémentaire aurait montré le lot 8 888 888 sous deux angles, soit une vue du dessus et une vue en coupe. Aucun problème d'interprétation ne se serait alors posé en ce qui concerne le volume cédé par la municipalité.

En plus de s'appuyer sur un plan cadastral déficient, l'acte conclu entre la municipalité et l'organisme de loisirs contient deux erreurs. Il stipule, d'abord, que la « cession de la propriété superficière est consentie par le tréfoncier au superficière pour une période de trente-cinq ans à compter de la date des présentes ». C'est oublier que le droit de propriété superficière créé à la suite de la vente d'un lot distinct du tréfonds ne peut être temporaire<sup>111</sup>. Par ailleurs, le rédacteur de l'acte fait jouer concurremment deux des trois modes d'établissement de la propriété superficière prévus à l'article 1110 C.c.Q. En effet, il ajoute à la division de l'objet du droit de propriété une clause de renonciation au bénéfice de l'accession. C'est méconnaître que les modes d'établissement de la propriété superficière ne peuvent jouer en parallèle, qu'ils s'excluent l'un l'autre. Chacun

111. J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, note 104, p. 110; François FRENETTE, « La propriété superficière », *Répertoire de droit (nouvelle série)*, biens, doctrine, document 5, juin 2005, par. 54 à 56.

a un effet différent quant à la naissance, à la durée et à l'extinction de la propriété superficière. La clause par laquelle le tréfoncier renonce, en faveur du superficière, au bénéfice de l'accession pour toute construction qui sera ajoutée sur la propriété superficière est donc inutile dans le contexte du contrat conclu entre la municipalité et l'organisme de loisirs. Elle représente une source de confusion. En définitive, la cession d'un droit d'emphytéose aurait sans doute été préférable à la création d'une propriété superficière compte tenu des attentes des cocontractants dans cette affaire.

Le deuxième cas présenté ci-dessous illustre parfaitement la façon de définir un volume aérien sur un plan cadastral. Le contexte est sensiblement le même que celui exposé dans l'affaire précédente<sup>112</sup>. Une municipalité était propriétaire d'une esplanade, que nous appellerons place François-Frenette<sup>113</sup>, adjacente à la rue Racine et qui formait, avec cette dernière, le lot 2 000 001. En 2004, la municipalité entreprit de céder la propriété superficière de l'esplanade à une société immobilière qui acceptait de la réaménager et d'en faire profiter l'ensemble de la population. La municipalité procéda à une division du lot 2 000 001 pour créer, d'une part, le lot 3 880 145 qui correspondait à la place François-Frenette et, d'autre part, le lot 3 880 144 qui était composé de la rue Racine et du sous-sol de la place François-Frenette. Les lots 3 880 144 et 3 880 145 ont été représentés dans toutes leurs dimensions sur un plan cadastral complémentaire qui contenait les vues en plan et les vues en coupe reproduites ci-dessous.

Les vues en plan représentent deux strates de la rue Racine et de la place François-Frenette, soit la couche partant du nadir jusqu'à l'altitude 32 mètres et la couche partant de l'altitude 32 mètres jusqu'au zénith<sup>114</sup>. Ces plans contiennent des détails intéressants. En premier lieu, des traits montrent à quel endroit la coupe AA' et la coupe BB' de la place François-Frenette ont été effectuées. Ces coupes sont nécessaires pour montrer la position verticale du lot 3 880 145 par rapport au sol et aux lots voisins. Elles permettent de constater que ce lot est en partie aérien et en partie souterrain puisque sa limite inférieure se trouve à environ un mètre sous le niveau du sol. Cela correspond, pour ce secteur de la municipalité, à

---

112. L'acte notarié est entaché des deux erreurs que nous avons signalées dans le cas présenté précédemment : la durée de la propriété superficière est limitée dans le temps, alors que la modalité a été établie par division de l'objet du droit de propriété, et le tréfoncier renonce au bénéfice de l'accession pour tout aménagement qui sera effectué sur la propriété superficière.

113. Le nom des rues et le numéro des lots ont été modifiés mais tous les autres faits sont réels.

114. Pour une définition des termes *nadir* et *zénith*, voir *supra*, note 16.

une altitude de 32 mètres par rapport au niveau de la mer. En second lieu, la vue en plan montre, à deux endroits, un numéro de lot écrit en caractères pâles (3 880 144). Cette convention sert à signaler que le lot 3 880 144 se trouve sous le lot 3 880 145 représenté sur le plan.

FIGURE 5

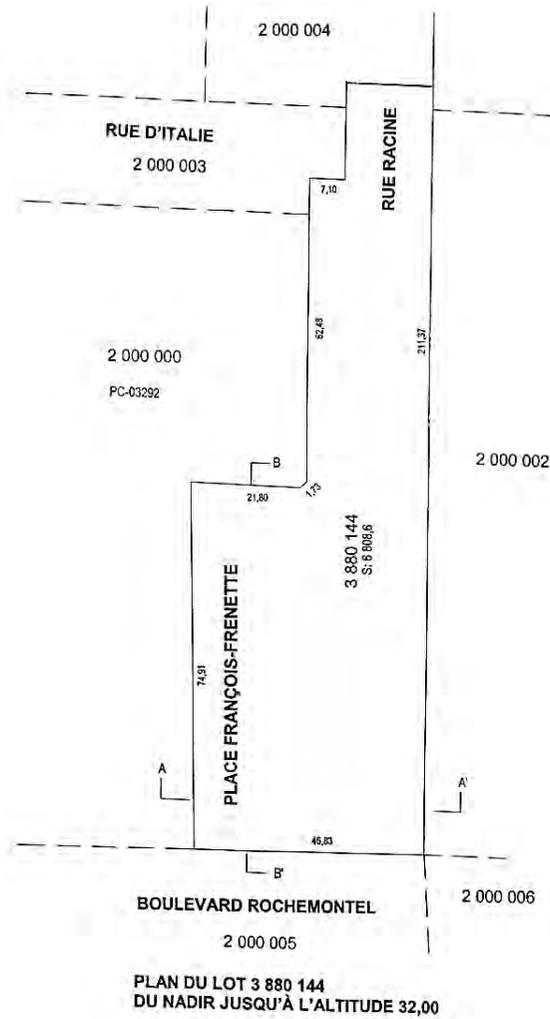


FIGURE 6

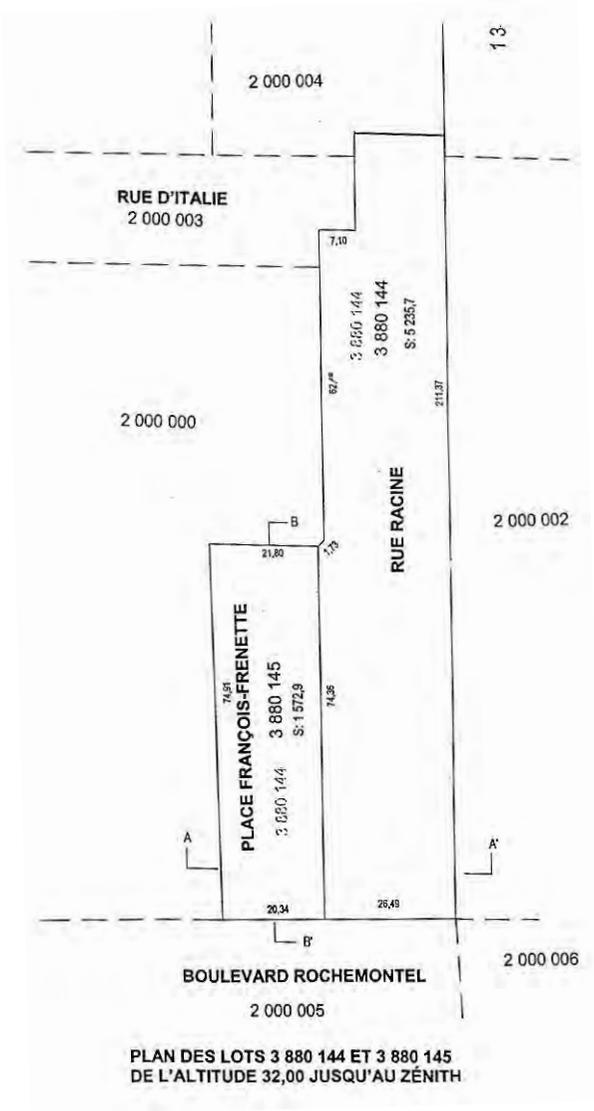


FIGURE 7

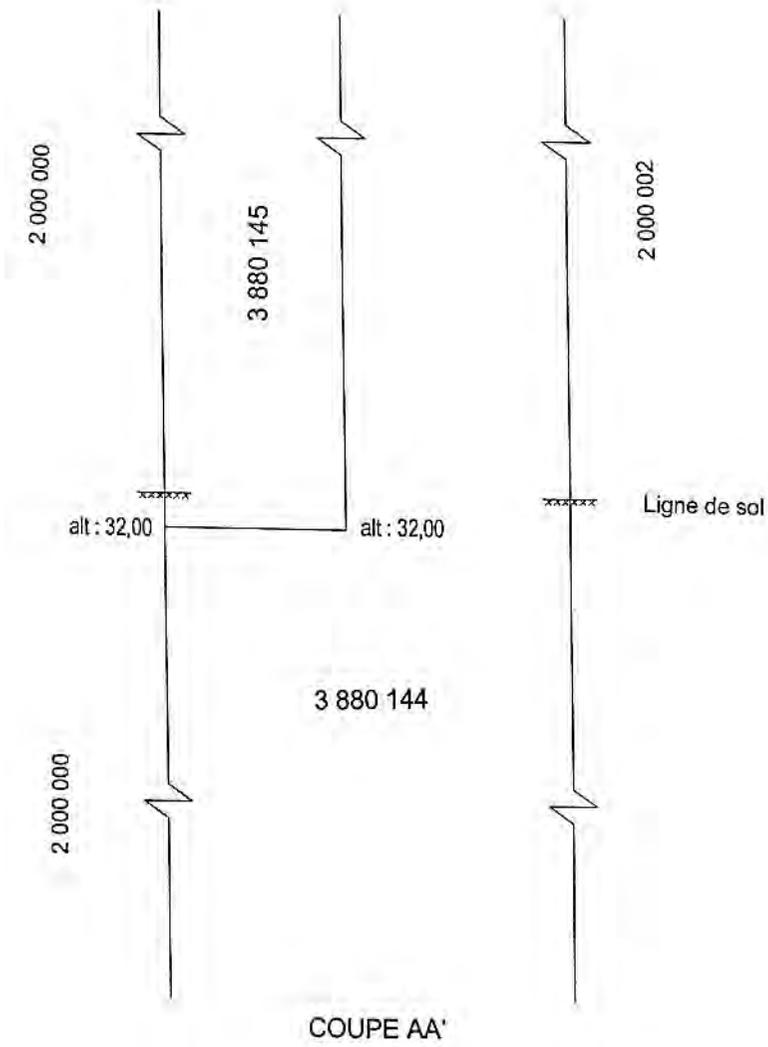
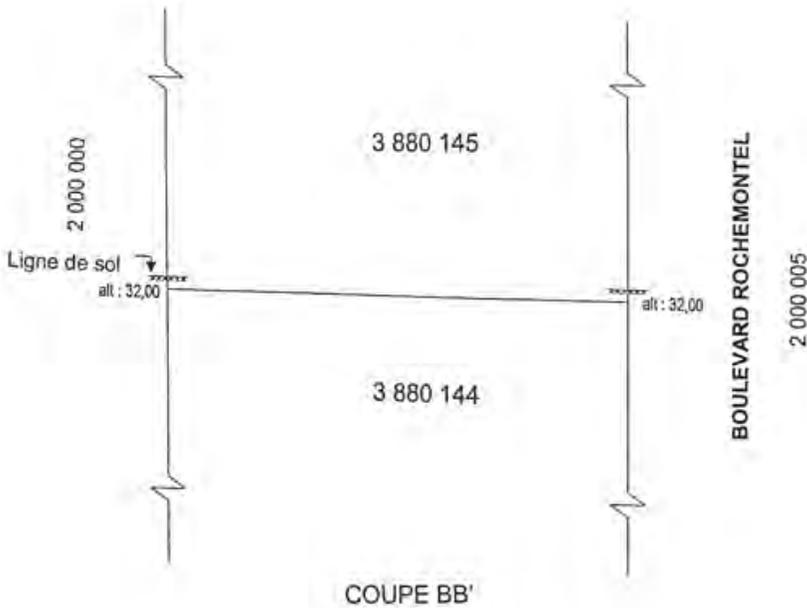


FIGURE 8



En définitive, le fait que ni le sous-sol ni le volume aérien occupés par la place François-Frenette ne soient cernés par des parois n'empêche aucunement un arpenteur-géomètre d'en fixer les limites grâce à des rattachements cadastraux et à la référence à l'altitude. Il aurait même été possible de restreindre la hauteur du lot 3 880 145 et de faire en sorte, par exemple, qu'une autre partie du lot 3 880 144 soit positionnée au-dessus de lui à partir d'une certaine altitude. C'est ce qui s'est produit dans le prochain exemple qui porte, cette fois, sur un volume entièrement souterrain.

Une municipalité était propriétaire d'un terrain vague, sur lequel elle souhaitait aménager un parc, et de la rue qui le bordait. Comme les besoins en matière de stationnement étaient criants dans ce secteur, la municipalité décida de morceler la rue et le terrain afin de créer un lot souterrain, soit le lot 2 125 495, qu'elle céda ensuite à une personne morale<sup>115</sup>. Le morcellement eut lieu avant même le début des travaux de construction du stationnement souterrain. La ville conserva les aires situées au-dessus et en-dessous du lot 2 125 495 comme le montrent les vues en plan et en coupe reproduites ci-dessous.

115. Le nom des rues et le numéro des lots ont été modifiés mais tous les autres faits sont réels.

FIGURE 9

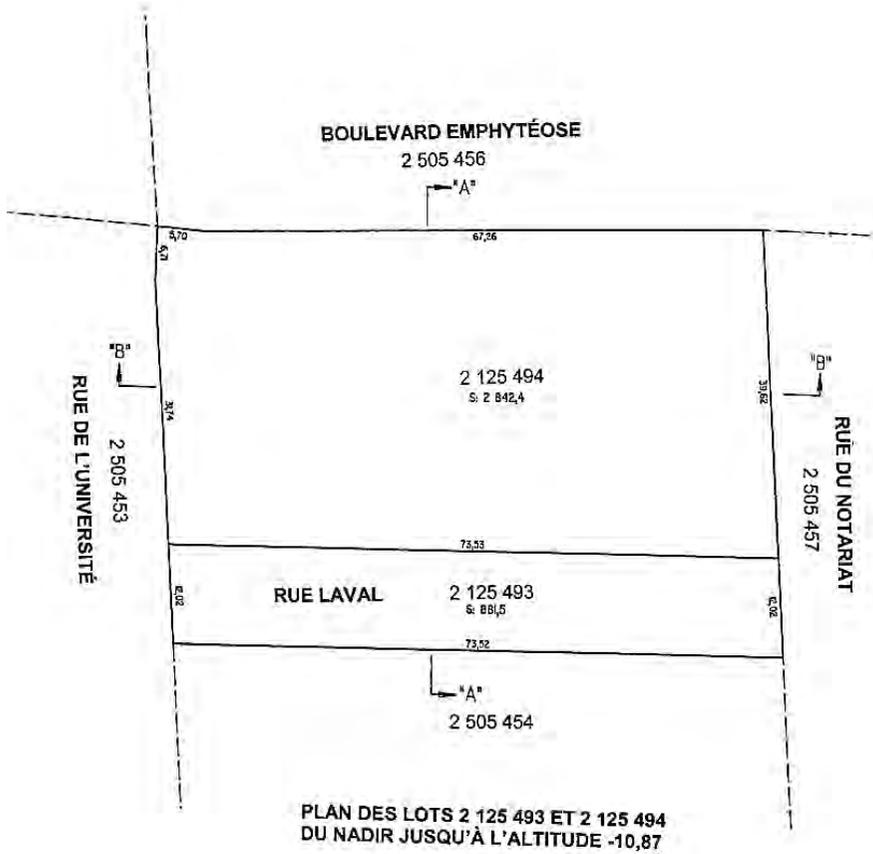
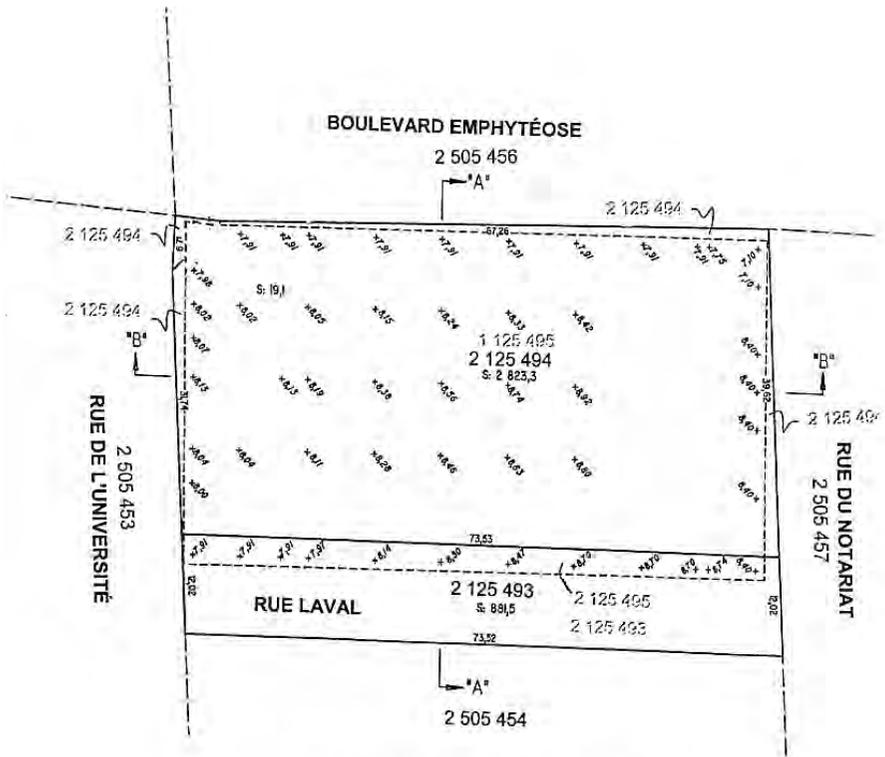




FIGURE 11



PLAN DES LOTS 2 125 494 ET 2 125 495  
DES ALTITUDES INDIQUÉES AU PLAN JUSQU'AU ZÉNITH

FIGURE 12

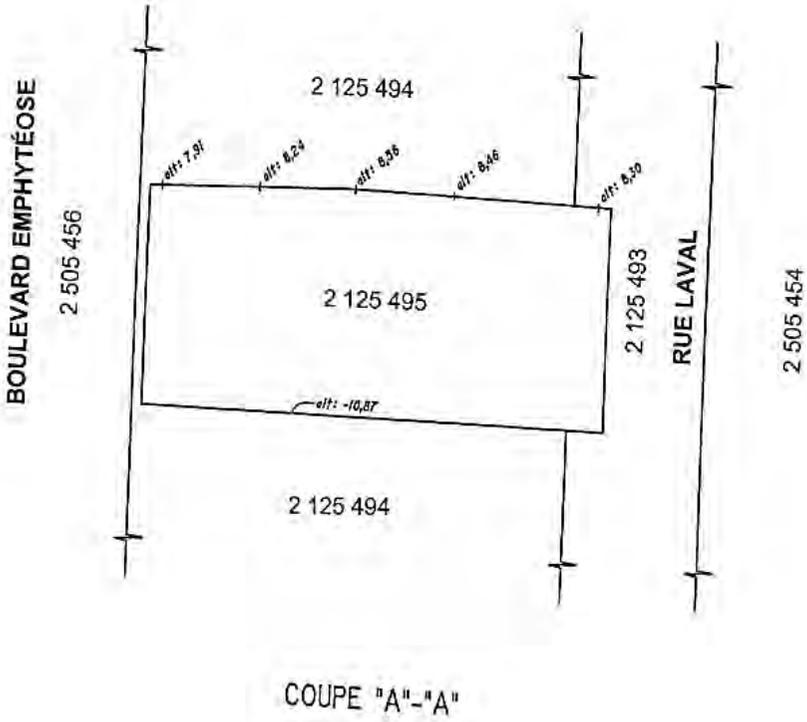
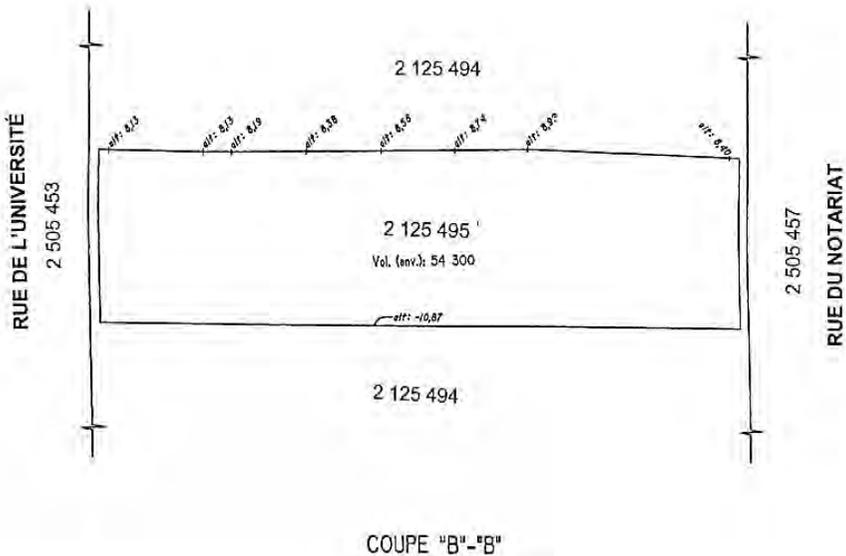


FIGURE 13



La cession par la municipalité d'un droit de propriété superficière sur le lot 2 125 495 permet, par la suite, à la municipalité d'aménager un parc sans que l'accession ne puisse jouer en faveur de la personne morale devenue propriétaire de l'aire souterraine. Contrairement à l'exemple précédent (figures 5 à 8), les plans montrent que l'immeuble sur lequel porte la propriété superficière a une hauteur variable et que chacune de ses six faces est bornée par un autre lot. L'arpenteur-géomètre a parfaitement réussi à créer et à représenter des lots dans l'espace, lots sur lesquels des droits pourront ensuite être publiés.

L'article 3030 C.c.Q. a pour effet d'interdire la publication d'un droit de propriété superficière créé par division de l'objet du droit de propriété tant et aussi longtemps que l'espace sur lequel porte ce droit n'a pas été identifié par un numéro de lot distinct au cadastre. Cet article a été conçu pour éviter que les actes touchant une propriété superficière destinée à changer régulièrement de main soient publiés au feuillet de l'index des immeubles se rapportant au tréfonds. En somme, le législateur voulait éviter que plusieurs chaînes de titres s'entrecroisent sur le feuillet de l'index des immeubles se rapportant à un seul fonds. Cette intention est louable mais fort peu adaptée, à titre d'exemple, au contexte d'une propriété superficière créée pour régulariser un empiètement mineur<sup>116</sup>.

116. C. GAGNON, *loc. cit.*, note 98, 39, 42 et 45; François BROCHU, « Régularisation des empiètements: les servitudes de tolérance ne sont pas tolérables », (2005) 107 *R. du N.* 229.

Est-il opportun, comme l'exige l'article 3030, al. 1 C.c.Q.<sup>117</sup>, de procéder à la création d'un lot pour identifier, sur le plan cadastral, la partie d'une bâtisse vouée à la démolition dans quelques années? Les techniques d'arpentage rendent bien sûr possible l'identification d'espaces aériens ou souterrains comme le démontrent les exemples qui précèdent. Les coûts peuvent toutefois être hors de proportion, dans certaines circonstances, avec le bénéfice escompté. Il y aurait lieu, de l'avis de plusieurs auxquels nous joignons notre voix, d'assouplir l'article 3030 C.c.Q. Puisque le législateur autorise déjà la publication de droits portant sur des réseaux de services publics sans qu'il ne soit nécessaire de les cadastrer<sup>118</sup>, pourquoi ne pas aménager une nouvelle exception pour des propriétés superficielles temporaires ou qui ne sont pas appelées à changer de main? Le ministère de la Justice a été sensibilisé à l'importance de procéder à une modification de l'article 3030 C.c.Q. Reste à voir quelle sera sa réponse.

## CONCLUSION

Aucune représentation graphique de l'objet d'un droit réel immobilier n'est parfaite. Les immeubles ont longtemps été montrés dans deux de leurs dimensions sur les plans de cadastre. Cette fiction, qui occultait la hauteur et la profondeur des lots, était suffisante à des fins de publicité foncière à une époque où le Québec ne connaissait ni la copropriété divisée verticale ni le concept de propriété superficielle. L'absence de plan cadastral global entraînait, par ailleurs, des distorsions. En effet, les opérations cadastrales effectuées sur des plans parcellaires n'étaient pas compilées, ce qui pouvait donner lieu à des problèmes de cohérence entre les différentes subdivisions créées. La rénovation cadastrale est en voie de corriger ce problème sauf qu'elle s'appuie, elle aussi, sur des fictions qui laissent une marge de manœuvre aux rénovateurs relativement à la qualité métrique de représentation. Les rénovateurs disposent, en effet, d'une «tolérance graphique» leur permettant, lorsque la mesure d'un segment prise sur le terrain diffère de quelques centimètres avec la mesure indiquée dans les titres, de reporter l'une ou l'autre de ces mesures sur le plan cadastral<sup>119</sup>.

117. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 111, par. 53; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 98, 38 et sq.; le professeur Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE (*op. cit.*, note 29, par. 142.2) interprète l'article 3030 C.c.Q. différemment parce que, selon lui, l'interprétation que nous privilégions et qui est partagée par la mission de la publicité des droits, «conduirait occasionnellement à des absurdités (notamment, dans le cas des plantations superficielles), entraînerait des coûts prohibitifs (frais d'arpentage et de cadastre) et risquerait ainsi de vider la propriété superficielle de son contenu (en obligeant les praticiens à recourir à des alternatives boiteuses, telle la servitude de tolérance, pour éviter les frais)».

118. C.c.Q., art. 3038.

119. DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ARPENTAGE ET DU CADASTRE, *supra*, note 26.





# ACCORDS RELATIFS À LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE EN VERTU DES PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT : ORIGINALITÉ ET AMBIGUÏTÉ

*Sylvette Guillemard\**

## 1. LES PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT

## 2. LE RÉGIME DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

### 2.1 Selon les Principes européens

### 2.2 Selon le *Code civil du Québec*

## 3. PRESCRIPTION ET AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

### 3.1 Renonciations à la prescription *a posteriori* et *a priori*

### 3.2 Influence sur le délai

## 4. CONSÉQUENCES DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN MATIÈRE DE DÉLAIS

\* \* \*

La diversité des centres d'intérêt de François Frenette n'est plus à démontrer. Peu de thèmes, liés de près ou de loin à l'univers notarial, lui échappèrent, en particulier ceux tournant autour de la notion de propriété, qu'elle soit « superficière<sup>1</sup> », « fiduciaire<sup>2</sup> » ou « superposée<sup>3</sup> ». Bien

\* Je tiens à remercier mes collègues les professeurs André Bélanger, Michelle Cumyn et Alain Prujiner d'avoir accepté de lire l'ébauche de ce texte et de m'avoir fait part de leurs judicieuses remarques.

1. « L'illusion de propriété superficière », (1976) 17 *C. de D.* 229-233, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, PUL, 1993, p. 669, « La propriété superficière », dans : *Répertoire de droit - Biens - Doctrine*, document 5, 1997.
2. « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *C. de D.* 727-737.
3. « La propriété superposée : aspects nouveaux », BARREAU DU QUÉBEC – SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit immobilier*, vol. 135, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 143.

sûr, l'un des modes d'acquisition de la propriété est l'écoulement du temps. Les noces, en droit québécois, de la prescription acquisitive en matière immobilière et de la rétroactivité n'ont pas manqué d'inspirer un texte à François Frenette, texte où il s'étonne de l'unanimité des juristes face à « un point extrêmement délicat, [...] un point d'exception à une règle de justice élémentaire et de logique profondément inscrite dans notre droit<sup>4</sup> ».

Même si François Frenette fut, durant mes études en droit à l'Université Laval, mon « maître *es* successions », les lignes que je lui dédie ici traiteront justement de prescription. Une mise en garde s'impose : les propos qui suivent constituent une simple réflexion qui n'interfère en rien avec l'ordre juridique québécois dans la mesure où ils se penchent sur un corps de normes qui n'a pas vocation à s'appliquer en dehors de l'Europe. Mais découvrir ce qui se fait ailleurs est toujours enrichissant, ne serait-ce que sur le plan de la comparaison, et d'un point de vue théorique, le thème retenu risque, lui aussi, d'ébranler un principe inscrit dans la mentalité juridique québécoise actuelle puisqu'il présente un couple surprenant, formé des délais de prescription extinctive et de la liberté contractuelle.

On le sait, la prescription présente une « double face<sup>5</sup> », le terme désignant aussi bien « un mode d'acquisition des droits réels [qu'] un mode d'extinction de droits personnels et réels<sup>6</sup> ». Le point commun entre les deux notions est le passage du temps. C'est d'ailleurs par ce biais que le codificateur québécois présente en une seule disposition les deux types de prescriptions : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps [...] »<sup>7</sup>. Le mécanisme dont il s'agira ici est celui par lequel le temps qui s'écoule permet « d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action<sup>8</sup> » que l'on désigne soit comme « prescription extinctive », expression retenue par le *Code civil du Québec*, soit comme « prescription libératoire ».

Par ailleurs, la prescription extinctive peut toucher tous les droits du patrimoine puisqu'elle « éteint aussi bien les droits personnels (droit de créance) que les droits réels (droit de propriété, d'usufruit, hypothèque,

4. François FRENETTE, « Prescription acquisitive et rétroactivité », (1985-1986) 88 *R. du N.* 367.

5. Maurice TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 729.

6. François FRENETTE, « De la prescription », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, PUL, 1993, p. 567.

7. Article 2875 C.c.Q. La formule utilisée dans l'article 2183 du *Code civil du Bas Canada* était pratiquement identique, comme l'est également celle de l'article 2219 du Code civil en France. Maurice Tancelin précise d'ailleurs qu'il s'agit d'« une seule institution ». (M. TANCELIN, *op. cit.*, note 5, p. 729.)

8. Art. 2921 C.c.Q.

etc.)<sup>9</sup>». C'est du premier type dont il sera question, celui dont on apprend aux étudiants qu'il est l'un des modes d'extinction des obligations<sup>10</sup> et dont un auteur a écrit que les « droits de créance [...] constituent [le] domaine d'application par excellence<sup>11</sup> ». Il s'agira principalement de la prescription extinctive en matière contractuelle, puisque l'élément déclencheur de cette réflexion est la disposition des Principes du droit européen du contrat<sup>12</sup> autorisant les parties à passer des « accords relatifs à la prescription ».

Avant de s'attarder à cet exercice de la liberté contractuelle, il convient d'en rappeler le contexte en présentant d'abord brièvement le corps de normes que constituent les Principes européens, sa fonction et ses effets (1). Par la suite, les règles de la prescription extinctives seront exposées, tant selon les Principes européens que selon le droit québécois, ce qui permettra de les comparer (2), puis une courte étude sera consacrée à l'autonomie de la volonté en la matière (3). Pour terminer, il faudra s'interroger sur les conséquences de cet exercice par les parties (4).

## 1. LES PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT

Le traité instituant la Communauté économique européenne, le traité de Rome, prévoyait que les États membres s'engagent à simplifier les formalités de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires et arbitrales<sup>13</sup>. Cet objectif fut atteint par la Convention de Bruxelles, entrée

9. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 792.

10. Art. 1671 C.c.Q.

11. Jean-Jacques TAISNE, *Prescription et possession. Prescription : domaine d'application*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. 30, par. 32.

12. Art. 14:601. Les Principes du droit européen du contrat seront par la suite désignés « Principes européens ».

En réalité, ils font plus que régir les contrats : « Les Principes se limitent *a priori* à la théorie générale des obligations contractuelles. Cependant la plupart des sujets traités dans les chapitres 10 à 17 touchent non seulement aux obligations contractuelles, mais aux obligations en général. Ainsi, le terme « créance » fréquemment employé dans ces chapitres dénote un droit à l'exécution, contrepartie d'une obligation d'exécuter, quelle que soit la source, contractuelle ou extra-contractuelle, de l'obligation.

Le fait que des portions appréciables de cette III<sup>ème</sup> partie relève de la partie générale des obligations plutôt que du seul droit des obligations contractuelles a posé à la Commission un problème d'adéquation avec l'intitulé de « Principes du droit européen du contrat ». Il a été décidé en définitive de conserver l'intitulé tout en reconnaissant que certains principes s'appliquent aussi à des obligations non contractuelles [...] ». (Georges ROUHETTE (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 24) [Les italiques sont dans le texte original.]

13. 25 mars 1957, art. 220.

en vigueur en 1968<sup>14</sup>. Au cours des négociations entourant cet instrument conventionnel, il est apparu qu'une uniformisation des règles de conflits de lois en matière civile et commerciale allait naturellement de pair avec celle des conflits de juridictions, ce qui a donné lieu à l'adoption de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>15</sup>.

Si ces deux textes unifiaient les règles de droit international privé au sein de l'espace européen, il n'en subsistait pas moins des disparités des règles de fond entre les droits nationaux. Dès 1974, le professeur danois Ole Lando a envisagé une solution plus radicale pour parvenir à une réelle harmonie en la matière : créer un corps de règles substantielles uniformes. Selon lui, à marché unique, à monnaie unique doit correspondre au moins partiellement un droit unique. Pour des raisons peut-être stratégiques, plutôt que d'envisager immédiatement un Code civil européen ou même des règles uniformes en matière d'obligations, le groupe de travail qu'il dirigea, surnommé la « Commission Lando » et formé majoritairement de professeurs d'université, se concentra sur l'élaboration de principes applicables aux contrats<sup>16</sup>.

Les Principes européens sont destinés aux seuls pays européens<sup>17</sup> et ont vocation à s'insérer dans la structure juridique de l'Union européenne. Ils sont « adossés » au droit communautaire et constituent en quelque sorte un code de commerce uniforme pour l'Europe, sans avoir de valeur normative, formant plutôt des « modèles privés ». Leur article premier indique la façon dont ils peuvent être utilisés. Sa substance se résume ainsi : les parties peuvent les choisir pour régir leur contrat, en particulier lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre sur l'application d'un droit national ; ils peuvent être appliqués lorsque les contractants ont souhaité voir leur relation régie par les principes généraux du droit ou en cas d'absence de désignation de loi applicable ; et finalement, ils servent à combler les lacunes éventuelles du droit applicable au contrat<sup>18</sup>.

14. *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, Bruxelles, 27 septembre 1968, transformée depuis en un Règlement européen (Règlement [CE] N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, [en ligne ] [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr\\_500PC0689.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf) (14 janvier 2005).

15. *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Rome, 1980.

16. En fait, l'objectif fondamental des Principes européens est de servir de base à un Code européen des contrats : « Les Principes fournissent le fondement juridique nécessaire aux mesures prises et à prendre par les organes de l'Union européenne ». (G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 22.)

17. Art. 1:101 (1) : « Les présents Principes sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne ».

18. Sur les difficultés posées par l'application des Principes européens, voir Jacques MESTRE, « Objet des Principes », dans Catherine PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 103.

Le principe universel de la liberté contractuelle trouve évidemment son plein épanouissement dans les Principes européens<sup>19</sup>. Il est à la base même de leur utilisation par les parties. En d'autres termes, les parties peuvent choisir de les utiliser ou non mais, au-delà de cela, si elles les utilisent, elles peuvent également convenir de les modifier ou d'en écarter des dispositions, sauf celles qui sont impératives, comme l'indique l'article 1:102(2): les parties « peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement ». Et comment en disposent-ils? Lorsqu'ils prévoient que telle règle ne peut être exclue, cela ne pose pas de difficulté<sup>20</sup>. Le fait également qu'une disposition s'applique « nonobstant toute stipulation contraire » en révèle bien le caractère impératif<sup>21</sup>.

Les Principes européens sont proches d'un Restatement, puisant leurs sources dans les « systèmes juridiques de tous les États membres<sup>22</sup> ». En tant que principes généraux du droit des contrats, l'un de leurs objectifs est d'être une « formulation moderne de la *lex mercatoria*<sup>23</sup> ». Ils entendent régir tous les contrats en général<sup>24</sup> et ne se limitent donc pas aux relations commerciales. Leur champ d'application s'étend ainsi aux contrats de consommation.

Les Principes européens, qui comptent 200 articles, ont été élaborés en trois phases dont l'ordre répond à une logique de *common law* où « *remedies precede rights* »: exécution et inexécution du contrat, en 1995, formation, validité et interprétation en 1999 puis, en 2001, pluralité de débiteurs, cession de créance, substitution, compensation, prescription et illicéité.

Leur présentation est particulièrement intéressante et riche non seulement pour « les usagers du droit<sup>25</sup> » mais également pour les chercheurs car chaque article est accompagné d'un commentaire et, au besoin, d'illustrations de son application. De plus, sont exposées ses sources ainsi que la position des droits nationaux européens en la matière.

---

19. Art. 1:102

20. Art. 1:201 sur la bonne foi, art. 2:105 (2) et (3) sur les clauses d'intégralité, art. 4:118 sur l'exclusion ou la limitation des moyens en cas d'invalidité du contrat.

21. Art. 6:105 sur la détermination unilatérale par une partie d'un élément du contrat, art. 9:509 (2) sur le pouvoir discrétionnaire du juge de réduire les pénalités manifestement excessives.

22. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 24. Ils ont également comme source la Convention de Vienne de 1980.

Ce corpus de règles est donc un droit savant, œuvre d'universitaires principalement, qui recherchaient « l'élaboration d'un nouveau droit commun par la voie comparatiste ». (Catherine PRIETO, « Préface » dans Catherine PRIETO, *op. cit.*, note 18, 9, p. 11.)

23. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 23.

24. Et même plus, voir *supra*, note 12.

25. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 26.

Les Principes européens sont présentés en français et en anglais. Exercice bien connu des juristes québécois, le « principe herméneutique posé par la Cour de Justice des Communautés européennes [...] exige qu'en cas de doute [un article] soit interprété à la lumière de la version établie dans l'autre langue<sup>26</sup> ».

## 2. LE RÉGIME DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

Traiter de la prescription incite, évidemment, à en évoquer les délais mais oblige en outre à se pencher sur sa nature. Dans les lignes qui suivent, ces questions seront abordées tant en vertu des Principes européens (2.1) qu'en vertu du droit québécois (2.2), ce qui permettra d'en faire ressortir éventuellement les similitudes et les divergences.

### 2.1 Selon les Principes européens

Dans le cadre des Principes européens, seule est prise en compte la prescription extinctive ou plus exactement « libératoire » car « selon la solution retenue, le droit n'est pas éteint. Il continue d'exister mais le débiteur a le droit de refuser d'exécuter<sup>27</sup> ». Ces propos semblent donner, au passage, une réponse à la question classique : la prescription constitue-t-elle une règle de procédure ou de fond ? La qualification est importante, en particulier en droit international privé, car c'est d'elle que dépend la loi applicable. Une qualification procédurale déclenchera l'application de la loi du tribunal saisi (*lex fori*) alors qu'une qualification substantielle entraînera celle de la loi qui régit le contrat<sup>28</sup>.

Les deux grandes familles de droit occidentales ne voient pas toujours la nature de la prescription du même œil. Les commentateurs des Principes européens résument ainsi la situation : « [l]a doctrine dominante dans la plupart des pays de l'Europe continentale est aujourd'hui que la prescription relève du droit substantiel et que c'est le droit lui-même qui est éteint. [En revanche, en *common law*], la prescription libératoire [...] est la limitation des actions, donc de nature procédurale<sup>29</sup> ». L'analyse manque de nuances et omet un renversement de tendance au sein du monde anglo-saxon. Presque vingt ans avant l'adoption des dispositions des Principes européens sur la prescription, la Grande-Bretagne s'est dotée

26. *Id.*, p. 49.

27. *Id.*, p. 517.

28. Sur la question de la qualification, de ses fondements « [d]ans toute action où il est question d'appliquer une loi étrangère » et de ses conséquences, voir les motifs du juge LaForest dans *Tolofson*, où il estime que la qualification « revêt une importance cruciale ». (*Tolofson c. Jensen; Lucas [Tutrice à l'instance de] c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, en particulier par. 74 à 89).

29. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 517.

d'une loi établissant la nature substantielle des délais de prescription étrangers<sup>30</sup>.

La solution retenue par les Principes européens serait-elle plus de nature procédurale que substantielle? À première vue, la réponse n'est pas évidente. En effet, ce qui fait la différence entre l'optique civiliste et la « position initiale de la *common law*<sup>31</sup> » est le sort réservé au droit après l'expiration du délai. Dans le premier cas, on dit généralement qu'il n'existe plus, qu'il est en quelque sorte mort juridiquement, alors que dans le second, on pourrait le qualifier de virtuel puisque c'est « l'aptitude à en demander l'exécution en justice<sup>32</sup> » qui disparaît. Maurice Tancelin fait remarquer qu'en droit civil, en réalité, la prescription extinctive « éteint l'action en justice mais non la créance elle-même (ce qui laisse subsister une obligation naturelle, dépourvue de sanction juridique)<sup>33</sup> ». Le temps qui s'écoule transforme donc la nature de l'obligation. Alors qu'elle était au départ de nature juridique, au-delà d'un certain délai, elle « dégénère », comme disait le doyen Carbonnier, elle change de genre, le droit n'intervenant alors que si la morale l'y oblige. C'est donc vers le chapitre des effets de la prescription qu'il faut se tourner dans l'espoir d'y trouver une réponse. L'article 14:101 (1) des Principes européens dispose : « Au terme du délai de prescription, le débiteur est fondé à refuser d'exécuter l'obligation ». La formulation vague ne dit pas, en réalité, ce qu'il advient de l'obligation. Est-elle anéantie ou non? Il semble que les rédacteurs eux-mêmes ne soient pas fixés si l'on en croit les propos généraux de Georges Rouhette<sup>34</sup> sur la prescription, propos qui perpétuent le mystère

30. *Foreign Limitation Periods Act*, 1984, (R.U.) 1984, ch. 16. Voir *Tolofson*, précité, note 28, par. 83-84.

Depuis 1994, en raison de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Tolofson*, en provenance de Colombie-Britannique et où le fond du litige était régi par la loi de la Saskatchewan, il est clair que la *common law* canadienne attribuée à la prescription, au moins en droit international privé, une qualification substantielle. Rappelant que depuis quelques années, « [l]es tribunaux canadiens ont [...] commencé à démythifier la [...] raison qui tient à l'idée que les lois en matière de prescription visent les recours et non les droits », le juge LaForest écrit : « Quant à la distinction technique entre droits et recours, les tribunaux canadiens en ont, pendant quelque temps, peu à peu réduit la portée pour des considérations de principe pertinentes. J'estime que notre Cour devrait suivre cette tendance. Il me semble particulièrement approprié de le faire en matière de droit international privé où [...] la classification "règle de fond – règle de procédure" vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des deux parties ». (*Id.*, par. 83, 85. [Le souligné se trouve dans le texte original.]) Il conclut donc à l'application en matière de prescription de la loi régissant le fond du litige.

31. *Id.*, par. 79.

32. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 519.

33. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 5, p. 732. Ou, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, « de l'obligation civile éteinte s'échappe une obligation naturelle ». (Jean CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctive », (1952) 51 *R.T.D. civ.*, 171, 176.)

34. Georges Rouhette a fait partie, dès 1987, des différentes commissions œuvrant sur les Principes européens.

de la qualification : « Selon le chapitre 14, l'effet de la prescription est que le débiteur est fondé à refuser l'exécution. Ce n'est ni une simple restriction à l'action, opérant sur le plan procédural au cours d'un procès, ni une complète prescription extinctive, qui éteint automatiquement les droits et obligations<sup>35</sup> ».

Heureusement, le commentaire sous l'article présentant la prescription nous sort de l'obscurité et il ne reste qu'à prendre la réponse qu'il donne comme telle : « La prescription est ainsi conçue comme une institution de droit substantiel<sup>36</sup>... même s'il est précisé ailleurs que « l'obligation continue d'exister<sup>37</sup> ».

Le délai de droit commun retenu par les Principes européens peut paraître très court puisqu'il est de trois ans<sup>38</sup>. Alain Bénabent évoque en la matière le « capharnaüm<sup>39</sup> » du droit des divers ordres juridiques européens, où les délais varient, selon les pays et les matières visées, de deux mois à trente ans<sup>40</sup>. Si l'on ne s'en tient qu'aux délais de droit commun, ils sont généralement longs mais tout aussi variables. Pour n'en donner que quelques exemples, trente ans en France, en Autriche et au Luxembourg, vingt ans en Grèce, au Portugal, au Danemark et aux Pays-Bas, quinze ans en Espagne, dix ans en Suède et en Finlande. Au chapitre des exceptions à ces longueurs traditionnelles, il faut citer le cas de l'Allemagne dont la réforme récente<sup>41</sup> a choisi un délai de droit commun de trois ans.

Les régimes de la prescription étant fort complexes, en dehors du délai de droit commun, coexiste une très grande variété de délais applicables à des domaines donnés. Pour ce qui est des seules créances contractuelles, cela va de cinq ans aux Pays-Bas<sup>42</sup>, en France<sup>43</sup>, au Danemark<sup>44</sup> et

35. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 43.

36. *Id.*, p. 517.

37. *Id.*, p. 533. Les commentaires indiquent que lorsque, selon certaines théories, au terme du délai, la créance cesse d'exister, il s'agit d'un « effet renforcé » de la prescription alors que lorsque, à l'expiration du terme, « le débiteur acquiert seulement le droit de refuser d'exécuter », il s'agit d'un « effet atténué ». Dans ce cas, « la prescription est alors un moyen de défense au fond » (*Ibid.*).

38. Art. 14:201. Il est assorti d'une seule exception, pour les créances constatées en justice, dont le délai de prescription est fixé à dix ans (art. 14:202).

39. Alain BÉNABENT, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 123, p. 124.

40. Voir *ibid.*

41. Loi portant réforme du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB, publié au JO [BGBl. 2001 I S. 3138]), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

42. Pour les dettes contractuelles et pour les dettes périodiques (art. 3:307 et 3:308 BW).

43. Pour les dettes périodiques (art. 2277 C.c.).

44. Pour les créances résultant d'une vente (Loi n° 274 du 22 décembre 1908).

en Écosse<sup>45</sup>, voire six ans, comme c'est le cas en Angleterre<sup>46</sup> et en Irlande<sup>47</sup>, à dix ans en Belgique<sup>48</sup> et en France en matière commerciale<sup>49</sup>.

Il n'est pas question ici d'expliquer ou de justifier ces variations, ces « incohérences de régime<sup>50</sup> », mais simplement de constater à la fois le raccourcissement et l'unité de délais retenus par les Principes européens, justifiés ainsi : « Le régime de la prescription doit être autant que possible simple et uniforme. C'est pourquoi les Principes ont choisi un délai de droit commun qui couvre normalement l'ensemble des créances qui découlent du droit des obligations<sup>51</sup> ». Le raccourcissement reflète les tendances internationales et la période de trois ans correspond en quelque sorte à une moyenne<sup>52</sup>; quant à l'unité, elle évite des problèmes, éventuellement même des litiges, de qualification et d'interprétation de la créance ou du contrat lui-même.

## 2.2 Selon le *Code civil du Québec*

Comparant en 1993 ce qui allait alors devenir les nouvelles règles du *Code civil du Québec* à celles prévues par son prédécesseur le *Code civil du Bas Canada*, François Frenette faisait remarquer que

[s]implicité et clarté sont les deux épithètes qui conviennent le mieux pour décrire le Titre III<sup>e</sup> du Livre VIII<sup>e</sup> sur la prescription. [...] la première disposition du titre vient définir la prescription extinctive d'une manière plus ramassée qu'au *Code civil du Bas Canada* [...].

Les autres dispositions du Titre III<sup>e</sup> témoignent de l'effort d'uniformisation et de systématisation poursuivi par le législateur en la matière. Les six délais de prescription extinctive présentement reconnus au Code de 1866 sont en effet réduits à trois seulement et la distinction actuellement faite entre le contractuel et l'extra-contractuel disparaît tout simplement<sup>53</sup>.

45. Pour la plupart des obligations (*Prescription and Limitation [Scotland] Act 1973*, art. 6.)

46. *Limitation Act*, 1980, c. 58, art. 5.

47. *Statute of Limitations Act 1957*, sect. 11.

48. Art. 2262 bis § 1 C.c.

49. L. 110-4 *Nouveau Code de commerce*.

50. A. BÉNABENT, *loc. cit.*, note 39, 124. Pour des explications, voir J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 33.

51. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 521.

52. « [D]ans un nombre croissant de pays, la plupart des délais varient entre deux ans et six ans et l'opinion prévaut que le délai de droit commun doit se situer entre ces pôles. » (*Id.*, p. 522.) En outre, « [l]e délai de trois ans a été retenu par un texte important du droit communautaire, la directive sur la responsabilité du fait des produits (85/374), art. 10, et il semble qu'il soit de plus en plus reconnu comme modèle au sein de l'Union européenne ». (*Id.*, p. 523.)

Sur le plan international, le délai imposé par la Convention de la CNUDCI sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York 1974) est de quatre ans (art. 8).

53. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 6, p. 581.

Le délai général de la prescription extinctive est maintenant de dix ans<sup>54</sup>, le délai applicable aux obligations contractuelles ramené à trois ans<sup>55</sup>.

Quel est l'effet de la prescription extinctive en droit québécois actuel? Autrement dit, la prescription est-elle de nature substantielle ou procédurale?

Le *Code civil du Bas Canada* faisait clairement la distinction entre deux types d'effets. Alors qu'aux termes de son article 2183, « [l]a prescription extinctive ou libératoire repousse ou en certains cas exclut la demande en accomplissement d'une obligation ou en reconnaissance d'un droit, lorsque le créancier n'a pas réclamé pendant le temps fixé par la loi », l'article 2267 prévoyait qu'en certaines matières, « [...] la créance est absolument éteinte, et nulle action ne peut être reçue après l'expiration du temps fixé pour la prescription<sup>56</sup> ». Pour Maurice Tancelin, le premier concernait la sanction du droit, donc relevait de la procédure, tandis que le second annonçait l'anéantissement du droit lui-même, et par conséquent touchait à la substance<sup>57</sup>.

Plus synthétique, l'article 2921 du *Code civil du Québec* n'en ressemble pas moins à Janus : « La prescription extinctive est un moyen d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action ». Insistant sur la conjonction « ou », Maurice Tancelin en conclut que la prescription est « soit un moyen de droit substantif, soit un moyen de droit procédural<sup>58</sup> ». Pour certains, en droit civil, seule la notion de déchéance emporte extinction du droit lui-même : « En principe, la prescription ne fait qu'éteindre le droit d'action, c'est-à-dire la possibilité pour le créancier de l'obligation de demander le paiement en justice. Par contre, dans le cas des délais de déchéance, ce n'est pas seulement le droit à l'action en justice qui est perdu. Le délai de déchéance s'attaque au droit lui-même et l'éteint<sup>59</sup> ». D'ailleurs, le rôle du juge est différent dans un cas ou dans l'autre :

54. Art. 2922 C.c.Q. Comme dans les Principes européens, le droit résultant d'un jugement est assorti d'une prescription décennale (art. 2924 C.c.Q.).

55. Art. 2925 C.c.Q. Il existe un autre délai, auquel les propos rapportés de François Frenette font allusion mais nous ne nous y attarderons pas puisqu'ils n'ont pas de lien avec nos propos. Il s'agit de la prescription annuelle en matière de demande de prestation compensatoire par le conjoint survivant (art. 2928 C.c.Q.) et en matière d'atteinte à la réputation (art. 2929 C.c.Q.).

56. Il s'agissait des arrérages de rentes (art. 2250 C.c.B.C.), et de quelques courtes prescriptions dans des matières variées (art. 2260 à 2262 C.c.B.C.).

57. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 5, p. 732-735.

58. *Id.*, p. 735-736.

59. *Baudouin et Jobin. Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1118. Même si ces auteurs écrivaient quelques pages auparavant : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit patrimonial par non-exercice pendant une certaine période de temps fixée par la loi ». (*Id.*, p. 1090.)

Le tribunal ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Toutefois, le tribunal doit déclarer d'office la déchéance du recours, lorsque celle-ci est prévue par la loi. Cette déchéance ne se présume pas; elle résulte d'un texte exprès<sup>60</sup>.

Alors que la déchéance affecte la substance, la prescription serait donc essentiellement de nature procédurale<sup>61</sup>.

Toujours est-il qu'en droit international privé, puisque c'est là que la qualification révèle toute son importance, l'article 3131 du *Code civil du Québec*, à l'instar du droit international privé européen<sup>62</sup>, rattache de façon éloquente la prescription au fond du litige<sup>63</sup>. Sur ce plan, la parenté est forte entre les Principes européens et le droit québécois.

### 3. PRESCRIPTION ET AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Réfléchissant au fonctionnement de la prescription extinctive, le doyen Carbonnier estime que « [l]a question de principe est de savoir si ce fonctionnement est sous l'influence de l'autonomie de la volonté<sup>64</sup> ». Si les parties ne peuvent évidemment rien contre le temps qui court, peuvent-elles décider de son effet? La question peut se poser de diverses façons. Les unes touchent aux effets mêmes de l'écoulement du temps. Que peuvent les parties contre le temps qui va courir, peuvent-elles choisir de l'ignorer totalement, c'est-à-dire renoncer *a priori* à ses effets? Que peuvent-elles contre le temps qui a couru, peuvent-elles convenir de ne pas en tenir compte, soit de renoncer *a posteriori* à ses effets (3.1)?

60. Art. 2878 C.c.Q. Comme le fait remarquer Maurice Tancelin, cet article « qui parle de déchéance est une disposition isolée dans le livre même *Des prescriptions* [...]. [Les auteurs de la Refonte] ont fait un amalgame dans la définition de la prescription extinctive, 2921 C.c.Q., devenue dans le même souffle moyen de fond et fin de non-recevoir, sans qu'on sache comment démêler l'écheveau ». Il parle alors de « définition en forme de fourre-tout ». (M. TANCELIN, *op. cit.*, note 5, p. 735.)

61. Les discussions sur la nature de la prescription extinctive sont nombreuses. Isabelle Pétel-Teyssié rappelle que « [a]rguments de texte à l'appui, partisans d'une thèse substantialiste [...] et tenants d'une conception processualiste [...] se sont déchirés ». (Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, *Prescription et possession. Prescription: généralités*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. A, par. 19.) Outre cet auteur (*id.*, par. 19 à 24), voir, entre autres, M. TANCELIN, *op. cit.*, note 5, p. 734-736 et Monique BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Économica, 1986, en particulier p. 22 à 52.

62. *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE), art. 10(1)(d). La qualification est identique aux termes de l'art. 148 du droit international privé helvétique (*Loi fédérale sur le droit international privé* de la Confédération suisse, loi du 18 décembre 1987).

63. Par conséquent, la prescription est régie par la loi applicable au contrat. La procédure, elle, est régie par la *lex fori*, la loi du tribunal saisi (art. 3132 C.c.Q.).

64. J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 33, p. 175.

Les autres questions concernent plus la quantité de temps au bout duquel il produira un effet. Les parties peuvent-elles décider, dès la naissance de leur relation, qu'elles arrêteront le chronomètre là où bon leur semble, en d'autres termes peuvent-elles avoir une influence sur le délai de prescription (3.2)?

### 3.1 Renonciations à la prescription *a posteriori* et *a priori*

Le *Code civil du Québec*, en termes presque identiques à ceux du Code civil français, interdit de « renoncer d'avance à la prescription, mais [permet de] renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée<sup>65</sup> ». Même si, en la matière, l'organisation des dispositions du Code civil de 1994 diffère de celle du Code de 1866, « [l]a matière de la renonciation à la prescription n'est toutefois pas nouvelle<sup>66</sup> » et, comme sous l'empire de l'ancien code, « la renonciation anticipée à la prescription est toujours interdite et sanctionnée d'une nullité d'ordre public, alors que la renonciation en cours de délai demeure permise parce qu'elle constitue une cause d'interruption de la prescription<sup>67</sup> ».

Pour rappeler le pourquoi de l'interdiction dans une situation et de la permission dans l'autre, il faut se replonger dans les fondements mêmes de l'institution, dont l'un des pères du Code civil français, Bigot de Préameneu, a dit que « étant nécessaire pour le maintien de l'ordre social, elle fait partie du droit public auquel il n'est pas libre de déroger<sup>68</sup> ».

La prescription extinctive répond à un double objectif, sanction et protection. D'une part, elle sanctionne « l'inaction prolongée du titulaire du droit<sup>69</sup> », le créancier, qu'elle soit due à la « négligence, [au] désintéressement, [à l']opportunité, [à la] charité<sup>70</sup> », en faisant disparaître son droit<sup>71</sup>. D'autre part, elle protège le débiteur, principalement sur le terrain

65. Art. 2883 C.c.Q. En droit français, art. 2220 C.c. qui, littéralement, ne traite pas de la renonciation au bénéfice du délai en cours. Tant la jurisprudence que la doctrine ont estimé que « la prohibition de l'article 2220 devait s'étendre à ce cas précis. Cependant une conciliation s'est avérée nécessaire entre la règle qui interdit la renonciation anticipée et celle qui permet de reconnaître à tout moment le droit du créancier [...]. Or, en renonçant à la prescription en cours, le débiteur [...] reconnaît implicitement les droits de son adversaire. Sa renonciation constitue ainsi une cause d'interruption de la prescription commencée ». (Jean-Jacques TAISNE, *Prescription et possession. Prescription: mode de fonctionnement*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. 20, par. 14.)

66. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 6, p. 570.

67. *Ibid.*

68. Pierre-Antoine FENET, Recueil des travaux préparatoires du Code civil, t. XV, p. 577, dans J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 12.

69. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 10.

70. Baudouin et Jobin, *Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1090.

71. Et, comme le précise Isabelle Pétel-Teyssié, « non l'obligation – qu'il n'a pas – d'exercer ce droit ». (I. PÉTEL-TEYSSIÉ, *loc. cit.*, note 61, par. 10.)

probatoire, l'écoulement du temps pouvant faire disparaître les preuves de son paiement. Ainsi, « il est possible que le débiteur se soit déjà acquitté de son obligation, mais que le créancier la lui réclame de nouveau. Plusieurs années après le paiement, le premier risque d'être démuné ou dans une position embarrassante, s'il ne peut rapporter la preuve du paiement. Peut-être, par exemple, a-t-il détruit la quittance<sup>72</sup> ». La prescription extinctive a donc une fonction protectrice importante et permettre au débiteur – car, par définition, lui seul pourrait le faire – d'y renoncer à l'avance ferait pendre sur sa tête une épée de Damoclès dont il ne serait jamais débarrassé, étant ainsi éternellement obligé. De plus, il y aurait quelque chose de fondamentalement illogique à admettre la renonciation anticipée: « Permettre, en effet, de faire totalement disparaître la possibilité de voir un droit se prescrire irait à l'encontre du but même pour lequel l'institution est créée<sup>73</sup> ».

Au-delà de l'intérêt des parties en cause, la prescription favorise « une meilleure administration de la justice par l'élimination des procès les plus poussiéreux<sup>74</sup> ». De même, de façon générale, « il n'est pas sain que certaines situations juridiques restent floues ou incertaines trop longtemps<sup>75</sup> ».

Ordre public et ordre privé participent donc de la prescription. Cela fait dire à Jean-Jacques Taisne que si elles avaient été autorisées, les renonciations anticipées « [p]réjudiciables à l'intérêt de celui que la loi entendait protéger, [...] auraient également été contraires à l'intérêt général, encourageant la négligence et l'incurie des propriétaires ou des créanciers<sup>76</sup> ».

En revanche, tant en droit québécois qu'en droit français, l'autonomie de la volonté peut avoir une influence une fois le délai entamé ou totalement expiré, en permettant de renoncer au bénéfice du temps alors écoulé. Pour Jean-Jacques Taisne, le fondement de la règle est ici d'ordre psychologique, voire moral: « À ce stade, l'ordre public cède le pas à l'intérêt privé, le législateur voulant ménager les scrupules [...] du débiteur à qui sa conscience dicterait de ne point spolier son adversaire<sup>77</sup> ».

72. *Baudouin et Jobin, Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1092. Pour le doyen Carbonnier, les délais de prescriptions répondent à deux réalités, l'une matérielle, l'autre psychologique: « [...] la vitesse de la prescription doit être, pour partie, fonction de la vitesse de dépérissement des preuves [...]. La prescription n'est pas tant un délai pour agir et exercer ses droits qu'un délai pour ne pas agir et pour les négliger. Elle doit convertir en situation juridique une attitude de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique. C'est donc moins du progrès des communications que d'une donnée psychologique que doit dépendre sa durée ». (J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 33, p. 172.)

73. *Baudouin et Jobin, Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1121.

74. J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 33, p. 175.

75. *Baudouin et Jobin, Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1094.

76. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 7.

77. *Id.*, par. 28.

En premier lieu, la liberté fondamentale consiste à se prévaloir ou non de la prescription. Il faut « pour invoquer la prescription, faire acte de volonté<sup>78</sup> ». L'option repose évidemment sur le bénéficiaire, qui peut opposer la prescription « en tout état de cause<sup>79</sup> » et le juge ne peut l'imposer, comme en font foi les articles 2878 al. 1 du *Code civil du Québec* et 2223 du Code civil français.

En second lieu, outre la renonciation au bénéfice de la prescription acquise, soit lorsque le délai est échu, ces codes autorisent la renonciation au bénéfice du temps passé, avant même que le délai ne se soit complètement écoulé<sup>80</sup>. Cette renonciation constitue, en ce qui concerne la prescription extinctive, « un simple acte abdicatif<sup>81</sup> », soit « un aveu par [le débiteur] que la dette est effectivement due<sup>82</sup> ». D'ailleurs, la reconnaissance de dette est une cause d'interruption de la prescription<sup>83</sup>.

Que le débiteur puisse choisir de ne pas invoquer la prescription ou qu'il ait la liberté de refuser de bénéficier du temps déjà passé s'explique aisément si l'on considère que l'intérêt privé l'emporte sur l'ordre public : il semble alors normal de ne pas pouvoir imposer à quelqu'un de se prévaloir d'un bénéfice qui lui est consenti.

La renonciation à la prescription extinctive en matière d'obligations peut être expresse ou tacite, la liberté de forme étant de mise<sup>84</sup>. Dans le second cas, bien sûr, le renonçant doit manifester « de façon non équivoque l'intention d'abandonner le secours de cette institution<sup>85</sup> ».

Les Principes européens ne contiennent aucune disposition équivalente aux articles 2883 du code québécois et 2220 du code français relatifs à la renonciation à la prescription acquise. La seule qui aborde en termes très généraux la question de l'influence des parties sur la prescription est l'article 14:601 dont le premier paragraphe prévoit : « Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties [...] ». La suite de l'article indique que les parties peuvent « en particulier » aménager conventionnellement les délais, sujet qui sera abordé plus bas.

78. *Id.*, par. 79.

79. Art. 2881 C.c.Q. et art. 2224 C.c.f.

80. Art. 2883 C.c.Q. En droit français, art. 2220 C.c.

81. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 45.

82. Baudouin et Jobin, *Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1103.

83. Art. 2898 C.c.Q. qui amalgame dans une même disposition, comme cause d'interruption de la prescription, reconnaissance de droit et renonciation au temps écoulé. En France, l'article 2248 C.c., lui, ne parle que de reconnaissance de droit par le débiteur.

84. Art. 2885 C.c.Q.

85. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 62. Les tribunaux français ont ainsi admis à titre de renonciation tacite à la prescription le paiement d'acomptes répétés après acquisition de la prescription (CA Rennes, 6 oct. 1989 : Juris-Data n° 1989-047689).

La lettre du texte laisse entendre que les Principes autorisent tout en matière de prescription. D'un commun accord, les contractants peuvent en modifier le régime, « changer le point de départ [du] délai, augmenter ou diminuer le nombre des causes de suspension, etc.<sup>86</sup> ». Les termes du premier paragraphe de l'article 14:601 permettent de croire que les parties peuvent, entre autres, renoncer au bénéfice du temps écoulé. C'est d'ailleurs ce que confirment les commentaires : « L'intérêt général n'est pas affecté [...] par la renonciation conventionnelle à se prévaloir de la prescription<sup>87</sup> ». Renonciation *a priori*, *a posteriori*? À première lecture, ni les dispositions ni les commentaires n'apportent de réponse évidente.

Pour ce qui est de la renonciation *a posteriori*, en assimilant la reconnaissance de dette qui interrompt la prescription à la renonciation au bénéfice du temps écoulé, il faut en conclure que les contractants soumis aux Principes européens jouissent de cette option. En ce qui concerne la forme de la reconnaissance de dette, « [l]a tendance générale du droit du contrat va dans le sens de l'absence de formalisme et bien qu'ici il ne s'agisse pas d'un document contractuel, aucune raison n'impose d'introduire une condition de forme<sup>88</sup> ».

Le principe général énoncé au premier paragraphe laisse croire que les parties peuvent également opter pour une renonciation *a priori*, ce que ne contredisent absolument pas les commentaires spécifiques sur la prescription. Toutefois, en jonglant avec la suite de l'article et avec d'autres commentaires et dispositions, on peut en arriver à une conclusion opposée.

### 3.2 Influence sur le délai

En vertu du premier paragraphe de l'article 14:601, les parties peuvent donc, « en particulier », s'entendre sur la durée du délai de prescription<sup>89</sup>. Le principe est encadré par des limites : « (2) Le délai de prescription ne peut toutefois pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans [...] ». Les parties ont ainsi la liberté de rendre d'un commun accord la prescription plus ou moins difficile, en allongeant le délai ou en le diminuant.

En Europe, un tel exercice de la liberté contractuelle est reçu de façon diverse par les droits nationaux. Cela va de l'interdiction totale, en raison du caractère impératif des règles sur la prescription, à la validité générale, en passant par l'admission des seules clauses facilitant la prescription, soit

86. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 555.

87. *Id.*, p. 556.

88. *Id.*, p. 549.

89. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 14:201, le délai de droit commun pour les créances est de trois ans.

celles qui en abrègent le délai, comme c'est le cas en France, par l'effet d'une jurisprudence ancienne<sup>90</sup>.

Le raccourcissement du délai se conçoit particulièrement bien dans l'optique où le délai de droit commun est très long, comme le délai trentenaire français, qui favorise plus le créancier qu'il ne protège réellement le débiteur, ce qui, après tout, est quand même l'un des buts de la prescription. « Bien loin de contredire les soucis du législateur, [les clauses abrégeant le délai] favorisent ses desseins : incitant le créancier à plus de diligence, elles permettent au débiteur d'obtenir plus facilement sa libération<sup>91</sup> ».

Il ne faut cependant pas admettre un délai tellement court qu'il reviendrait à empêcher presque totalement le créancier d'agir. C'est pourquoi une limite inférieure est imposée, généralement établie au cas par cas par les tribunaux. À ce chapitre, la partie faible, celle que l'on entend protéger, n'est pas toujours celle que l'on pense. Ainsi, en France, dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, « le péril avait changé de camp et [...], dans des contrats d'adhésion, des débiteurs tout-puissants pouvaient imposer à leurs créanciers des prescriptions conventionnelles d'une brièveté captieuse. Le législateur a dû intervenir pour prohiber ces clauses abrégatives là où l'abus en avait été particulièrement criant, dans le contrat d'assurance<sup>92</sup> ».

En ce qui concerne les accords allongeant les délais, ils peuvent intervenir à différents stades de la relation contractuelle. Pour ceux qui sont initiaux, qui interviennent au moment de la conclusion du contrat, en France, par exemple, leur nullité « ne connaît aucune exception [...] »<sup>93</sup>. En effet, surtout si le délai de droit commun est de trente ans, aller au-delà reviendrait à supprimer totalement la possibilité de prescrire. D'un autre côté, les parties peuvent souhaiter, en cours de délai, le modifier pour en repousser le terme. La situation est admise en droit français dans la mesure où la jurisprudence a constaté que « le plus généralement l'accord en cause a pour objet, non pas de supprimer la possibilité de prescrire, mais seulement de suspendre le cours du délai<sup>94</sup> », ce qui est le cas, par exemple, lorsque les parties « attendent une décision juridictionnelle ou arbitrale vidant un litige [...] »<sup>95</sup> ou qu'elles octroient au débiteur un sursis pour l'exécution de ses obligations.

90. Civ. 4 déc. 1895, D.P. 1896. 1. 241 (2<sup>e</sup> esp.), note Sarrut. Sur la variété des solutions nationales, voir G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 556-557.

91. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 17.

92. J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 33, p. 176.

93. J.-J. TAISNE, *loc. cit.*, note 65, par. 23.

94. *Id.*, par. 26.

95. *Id.*, par. 27.

Actuellement, pour un juriste québécois, la question de l'influence de la volonté des parties sur les délais de prescription ne se pose même pas. L'article 2884 du Code civil ne souffre aucune interprétation possible : « On ne peut convenir d'un délai de prescription autre que celui prévu par la loi ». La disposition est d'ordre public. Selon François Frenette, « [p]our le législateur, allonger ou raccourcir un délai par convention constitue en fait une dérogation indirecte à l'article 2883 C.c.Q.<sup>96</sup> ».

La règle est généralement présentée comme de droit nouveau<sup>97</sup>. Commentant ce qui allait devenir l'article 2882 C.c.Q., l'Office de révision du Code civil indiquait :

Cet article est nouveau. Dans l'état actuel du droit, il n'est pas certain qu'il soit permis aux parties de convenir d'un délai plus court que celui qui est prévu par les dispositions du Code civil [...]. L'on a cru nécessaire d'énoncer, pour les fins d'uniformisation et de sécurité dans les transactions, que les délais de prescription soient considérés comme étant d'ordre public et qu'on ne puisse dès lors conventionnellement les modifier<sup>98</sup>.

Ces propos, tenus dans l'optique de la défense des intérêts du créancier, suivent en ligne directe une décision de 1973 de la Cour provinciale où le juge avait annulé une clause réduisant à un an le délai d'action en matière d'assurance. De façon générale, le juge s'était indigné contre les stipulations modifiant le délai légal de prescription : « L'on peut imaginer le chaos qui régnerait si, contrairement au vœu du législateur et à l'encontre de l'intérêt public, un justiciable pouvait imposer à ses adversaires le délai de prescription de leurs recours<sup>99</sup> ».

Si tout le monde s'entendait pour proscrire l'allongement du délai, le droit ne semblait pas réellement fixé en ce qui concernait son abrègement, comme le rapporte le ministre de la Justice, au moment de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* :

Dans le passé, il était généralement admis qu'on ne pouvait prolonger le délai requis pour prescrire, car c'eût été, d'une manière détournée, renoncer au bénéfice de la prescription. Il aurait suffi de fixer, par convention, le terme au-delà de la durée normale d'une vie humaine pour ôter toute utilité à la prescription et, ce faisant, nier l'intérêt général, fondement de la prohibition de l'article 2883. Il n'était cependant pas certain que les parties ne puissent pas convenir d'un délai de prescription plus court que celui qui était prévu par les dispositions du Code civil<sup>100</sup>.

96. F. FRETTE, *loc. cit.*, note 6, p. 571. Pour mémoire, l'article 2883 C.c.Q. est celui qui interdit la renonciation à l'avance de la prescription.

97. Voir *ibid.* et Baudouin et Jobin. *Les obligations, op. cit.*, note 59, p. 1121. Il faut rappeler que le *Code civil du Bas Canada* ne comportait aucune disposition sur le sujet.

98. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaires*, t. 2, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 924.

99. *Levis Woodoor c. Zurich, compagnie d'assurances*, [1973] R.P. 228 (C.P.), p. 229.

100. *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Montréal, Dacfo, 1993, p. 949. C'est également ce que constatait Pierre-Basile Mignault au début du siècle dernier (Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 340).

À l'heure actuelle, les termes du Code civil mettent définitivement fin au débat<sup>101</sup>.

Pour en revenir aux Principes européens, la lecture combinée du premier alinéa de l'article 14:601 et du deuxième, accompagnée de celle des commentaires, risque, dans un premier temps, de plonger le juriste – et que dire des destinataires premiers des Principes, les contractants? – dans des abîmes de perplexité. En effet, alors que les parties semblent autorisées à renoncer totalement à la prescription, même *a priori*, si elles ne le font pas, elles ne peuvent dépasser certaines limites, minimale et maximale. Autrement dit, ou bien elles excluent tout délai de prescription ou bien elles n'y renoncent pas, auquel cas leur liberté contractuelle ne peut s'exercer que dans un cadre contenu entre un an et trente ans. À la rigueur. Cependant, des exceptions ou des limites à un principe général se doivent d'être précises. Par définition, elles ne peuvent, elles aussi, être générales! Ainsi, des balises peuvent se justifier *ratione personae* ou *ratione materiae*. Encore faut-il que le texte ou le contexte le laisse entendre, ce qui n'est pas le cas ici. De prime abord, la logique semble présenter une faille entre le premier et le deuxième paragraphe de l'article 14:601.

La solution à cette énigme est apportée par une étude attentive des commentaires. Il faut revenir à la présentation introductive des Principes et en particulier à celle qui en expose une « vue d'ensemble » pour y apprendre que « l'article 14:601(2) sur les durées maximale et minimale du délai de prescription » fait partie des dispositions impératives<sup>102</sup>.

C'est donc dire qu'il faut lire l'article 14:601 de la façon suivante : les parties, en vertu des termes liminaires du premier paragraphe, jouissent d'une très grande liberté en matière de prescription, liberté qui leur permet d'en aménager conventionnellement le régime comme bon leur

101. La règle interdisant la modification du délai par les parties a peut-être été introduite à la fois en raison du raccourcissement du délai légal et du fait que cette relative brièveté convient, aux yeux du codificateur, à toutes les situations.

À l'occasion de la rédaction de cet article, j'ai mené une expérience, qui n'avait rien de scientifique, mais qui a peut-être démontré un clivage entre « les anciens et les modernes ». Sans réellement faire une enquête systématique, j'ai discuté avec plusieurs collègues de mon projet, en leur résumant la teneur de l'article des Principes européens autorisant l'aménagement contractuel des délais de prescription. Les uns n'ont rien trouvé à redire à la règle. (En revanche, j'ai pu noter une fraction en deux clans opposés, personne ne restant indifférent aux options offertes aux parties : les uns étaient choqués que les parties puissent augmenter le délai alors que les autres s'étonnaient de la possibilité de le réduire!). Les autres personnes rencontrées ont été surprises par cette liberté et ont immédiatement invoqué l'ordre public. Réfléchissant à ces diverses réactions, j'ai constaté que le deuxième groupe était constitué de jeunes juristes, qui, vraisemblablement, avaient été formés sous l'empire du Code de 1994.

102. Voir G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 27. L'utilisation du verbe pouvoir à la forme négative (« Le délai de prescription ne peut toutefois être réduit [...] ou étendu [...] ») n'est pas probante en soi quant au caractère impératif puisque d'autres articles l'utilisent parfois sans pour autant être taxés d'impératifs par les commentateurs.

semble. Une fois ce principe admis, en ce qui concerne spécifiquement son délai, soit les parties sont silencieuses, auquel cas le délai général de trois ans s'applique, soit elles l'établissent conventionnellement dans les limites impératives prescrites par le deuxième paragraphe. Puisqu'elles sont obligatoirement soumises à un délai, il faut en déduire que toute renonciation préalable à la prescription est interdite<sup>103</sup>.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'ensemble des propos – disposition et commentaires – relatifs à la liberté contractuelle en matière d'aménagement conventionnel du régime de la prescription et de délai manque de limpidité. Il serait peut-être souhaitable d'envisager une réécriture de l'article... et une révision de certains commentaires!

Deux options sont possibles. Ou bien on prive les parties de toute possibilité de renoncer *a priori* à la prescription :

- (1) Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties. Cependant, en aucun cas, les parties ne peuvent renoncer d'avance à la prescription.
- (2) Les parties peuvent en particulier abréger ou allonger les délais.
- (3) Le délai de prescription ne peut toutefois pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans.

Ou bien on privilégie l'exercice le plus complet de la liberté contractuelle puisque, après tout, comme l'admettent les créateurs des Principes européens, « il faut [...] se rappeler que la prescription libératoire doit surtout servir à protéger le débiteur et que si celui-ci renonce à cette protection, on peut faire prévaloir l'autonomie privée sur l'intérêt public<sup>104</sup> ». La disposition pourrait être ainsi conçue :

- (1) Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties qui peuvent en particulier abréger ou allonger les délais.
- (2) Dans la mesure où les parties décident de convenir d'un délai, il ne devrait pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans [...]

Ainsi, la liberté contractuelle pourrait s'exercer et au cas où les parties ne renonceraient pas d'avance à la prescription, le deuxième paragraphe donnerait un sens à leur choix, en empêchant par exemple le débiteur de se croire protégé par un délai qui, sous couvert d'une clause établissant un délai très long, ne permettrait pas dans les faits que le droit soit prescrit.

103. Cette lecture semble confirmée par une explication sur la limite supérieure du délai : il ne faut pas « que le débiteur puisse accepter une clause portant le délai à cinquante ou cent ans car cela reviendrait à exclure la prescription ». (G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 556.)

104. *Id.*, p. 555.

Pour terminer, on ne peut s'empêcher de comparer les Principes européens avec les Principes élaborés par Unidroit<sup>105</sup>, indiscutablement plus clairs sur la question du jeu accordé aux parties en matière de prescription. Aux termes de ces derniers, les parties ne peuvent absolument pas en aménager le régime à leur guise. La seule latitude qui leur est accordée porte sur les délais, dont elles peuvent déterminer la durée conventionnellement, mais uniquement entre deux extrêmes<sup>106</sup>.

#### 4. CONSÉQUENCES DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN MATIÈRE DE DÉLAIS

Même s'il était rédigé en des termes plus clairs, l'article 14:601 ne serait toutefois pas sans danger, notamment parce que, au chapitre de la prescription, « [l]es règles [...] reposent sur un équilibre délicat entre les intérêts en présence [...] »<sup>107</sup>. L'équilibre est parfois si délicat qu'il peut être rompu, en particulier par l'exercice de la liberté contractuelle. Or, en matière contractuelle, déséquilibre risque d'aller de pair avec abus.

La clause prévoyant le délai de prescription pourrait-elle constituer une clause abusive? Les propos qui vont suivre ne s'attacheront pas à la qualité des contractants, consommateurs ou professionnels. La question de la protection des seuls consommateurs aurait pu se poser puisque le grand texte européen en la matière, la Directive européenne sur les clauses abusives<sup>108</sup>, ne concerne qu'eux. Mais avant de la transposer,

de nombreux droits avaient développé un contrôle judiciaire des clauses abusives, qui n'était pas limité aux contrats passés avec les consommateurs et qui continue en grande partie à s'appliquer. D'autre part, de nombreux États ont une législation sur les clauses abusives, particulièrement celles qui figurent dans les conditions générales, qui s'applique même quand aucune des parties n'est un consommateur<sup>109</sup>.

L'article 4:110 des Principes européens, qui, il faut s'en souvenir, révisent *tous* les contrats<sup>110</sup>, prévoit une protection contre les clauses abusives mais ne la limite pas à un seul type de contractant. D'ailleurs, il ne fait aucunement référence à la qualité des parties, s'attachant uniquement au

105. Les Principes Unidroit (*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, [en ligne] (<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>) [10 janvier 2005]), sont de la même nature que les Principes européens, c'est-à-dire qu'ils constituent eux aussi une sorte de codification privée dans le domaine des contrats mais les deux différences majeures avec les Principes européens sont qu'ils ne sont applicables que dans les relations entre professionnels et qu'ils ne sont pas limités aux relations européennes.

106. Art. 10.3. Le délai minimal est d'un an, le maximal de quinze.

107. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 538.

108. Directive 93/13 du 5 avril 1993, JOCE 21 avril, L. 95/29. [Ci-après « Directive européenne »]

109. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 430.

110. Donc entre professionnels (ce que dans le commerce électronique, on appelle *B to B*), entre professionnels et particuliers (*B to C*), voire entre particuliers uniquement (*C to C*).

mode de conclusion du contrat ou, du moins, aux conditions dans lesquelles une clause a été insérée dans le contrat, comme le révèle clairement son intitulé : « Article 4:110 : Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle ». En cela, la disposition rappelle l'article 1437 C.c.Q. qui protège non seulement le consommateur mais également l'adhérent contre les clauses abusives.

Il ne s'agit pas non plus ici de discuter du fait que la clause a ou non été négociée<sup>111</sup> sauf pour signaler que, contrairement au *Code civil du Québec*, le texte de l'article 4:110 ne prévoit pas que l'ensemble du contrat soit d'adhésion.

Les Principes européens définissent la clause abusive de façon très classique, reprenant d'ailleurs « à l'identique la notion de clause abusive telle que définie par la directive [européenne]<sup>112</sup> ». Il s'agit de la clause qui, « contrairement aux exigences de la bonne foi », crée au détriment d'une partie « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion ». Alors que la Directive européenne donne, en annexe, une liste non exhaustive de clauses pouvant être considérées comme abusives et que le *Code civil du Québec*, à l'alinéa 2 de l'article 1437, en fournit un « exemple », au dire du ministre de la Justice<sup>113</sup>, les Principes européens ne comportent que des indications négatives qui équivalent à exclure des clauses éventuellement abusives celles qui sont essentielles<sup>114</sup>.

Un auteur français déplore que les Principes européens aient repris, sans les éclaircir, les expressions de la Directive européenne « contrairement aux exigences de la bonne foi » et « déséquilibre significatif ». Évoquant leur articulation, il conclut : « [...] une superposition de flous ne fait pas une image nette. Il est regrettable que les Principes Lando n'aient pas jugé nécessaire de procéder à une mise au point<sup>115</sup> ». La notion de

111. Sur les difficultés de preuve de la négociation, voir Philippe STOFFEL-MUNCK, « Article 4:100 – Clauses abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle », dans Catherine PRIETO (dir.), *op. cit.*, note 18, 273, p. 276-277.

112. *Id.*, p. 274.

113. *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, *op. cit.*, note 100, p. 479. En réalité, il s'agit plus d'un critère permettant d'évaluer le caractère abusif de la clause que d'une illustration en tant que telle.

114. « Le présent article ne s'applique pas

(a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible,

(b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties. »

La précision est nécessaire afin de faire la différence entre clause abusive et lésion, qui, elle, semble envisagée à l'article 4:109.

115. P. STOFFEL-MUNCK, *loc. cit.*, note 111, p. 279. [Comme le professeur de Copenhague est en quelque sorte le « père » des Principes, plusieurs les appellent les Principes Lando.]

clause abusive et, plus largement d'abus contractuel, fourmille tant de difficultés que ce même auteur leur a consacré sa thèse de doctorat<sup>116</sup>. Il y fait notamment ressortir deux séries de problèmes, liés à l'abus de la liberté contractuelle, particulièrement pertinentes ici.

En premier lieu, comment comparer ce qui est difficilement comparable, les droits de l'une des parties et les obligations de l'autre de façon à déterminer s'ils présentent un déséquilibre significatif? Pour Philippe Stoffel-Munck,

[é]valuer, même approximativement, l'équilibre entre deux choses suppose qu'existe au moins entre ces objets un étalon de comparaison. Autrement dit, l'existence d'une unité commune de mesure est indispensable: on compare ainsi des kilos avec des kilos, des mètres avec des mètres, etc.

Concernant les droits et obligations des parties, on ne voit pas qu'existe d'autre étalon de mesure que la monnaie<sup>117</sup>.

Le déséquilibre peut cependant se situer sur un autre terrain, purement juridique: « la clause confère des droits à une partie et non à l'autre<sup>118</sup> ». La comparaison, ici, ne relève ni de l'impossibilité ni de la prouesse. Ainsi, il semble évident que rien ne s'oppose à ce qu'une renonciation préalable à la prescription puisse être tenue pour abusive. Le déséquilibre entre le créancier pouvant éternellement faire valoir son droit et le débiteur, par voie de conséquence, ne pouvant jamais être libéré est patent. De même, le délai choisi par les parties, bien que contenu dans les limites prévues par le deuxième alinéa de l'article 14:601, pourrait, dans certaines circonstances, s'avérer abusif, qu'il soit très long ou très bref.

C'est ici qu'apparaît la seconde série de difficultés, évoquée par Philippe Stoffel-Munck.

Il existe deux manières de proscrire une clause abusive. La qualification peut être abstraite et générale, et vise alors à extraire du champ de la liberté contractuelle la clause jugée trop excessive pour jamais être juste. [...] Mais la qualification peut aussi se faire concrète et relative, ne plus raisonner à partir de « modèles de convention » mais sur la convention particulière à l'occasion de laquelle le litige s'est noué<sup>119</sup>.

Autrement dit, ou bien telle catégorie ou tel type de clause sera systématiquement considéré comme abusif – et c'est le cas envisagé, par exemple, par la liste de clauses contenue à l'annexe de la Directive

116. Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.

117. *Id.*, p. 340. Ainsi, il se demande comment évaluer, comment « chiffrer, avec un minimum d'objectivité, l'avantage que [procure une clause] permettant la modification unilatérale des horaires d'ouverture d'un club sportif ». (*Ibid.*)

118. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 229.

119. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 116, p. 375.

européenne – ou bien une clause, en soi, n'est pas *a priori* répréhensible mais risque de le devenir « au regard de l'équilibre particulier d'un contrat particulier<sup>120</sup> ».

La première hypothèse est partiellement exclue de la présente analyse puisque les Principes européens, accordant aux parties la liberté de convenir d'un délai, considèrent, cela va sans dire, la clause comme « juste<sup>121</sup> ».

La seconde hypothèse nécessite une « qualification concrète » de la clause qui « dépend [...] des variables factuelles de la convention. L'appréciation de l'équilibre est individualisée, concrétisée par l'inclusion d'éléments de fait propres à l'espèce<sup>122</sup> ». Ce faisant, « [o]n ne réglemente plus, on n'arbitre plus le conflit d'intérêts entre des classes de contractants, on tranche un cas marginal qui n'est pas amené à se répéter. La solution ne découle plus d'une analyse abstraite d'une convention-type ou d'une clause-type, elle se justifie au regard de l'équilibre particulier d'un contrat particulier<sup>123</sup> ». Le problème vient ici de la personne sur qui repose l'appréciation. Habituellement, la tâche revient à l'autorité chargée de trancher le différend : « On entre dans le domaine naturel du juge qui, s'occupant d'un cas précis, va jauger l'équilibre particulier du contrat en cause et décider d'en supprimer telle ou telle stipulation, sans que cela préjuge pour l'avenir<sup>124</sup> ». Philippe Stoffel-Munck ajoute : « L'appréciation concrète de l'abus relève de l'équité au sens exact que lui donne une partie de la littérature juridique, qui renvoie non seulement à une idée d'équilibre et de modération, mais aussi d'appréciation individuelle et ponctuelle. [...] Il faut donc s'en remettre au sens individuel de la justice qui anime le magistrat<sup>125</sup> ». L'évaluation par un tiers, extérieur à la relation contractuelle, ne surprend pas, une partie pouvant difficilement... être juge et partie.

Or, dans le cadre des Principes européens, l'intervention judiciaire – ou arbitrale – est limitée au maximum. Ce sont les parties elles-mêmes, la victime, à vrai dire, qui ont droit de vie et de mort sur le contrat ou sur certaines de ses stipulations, et ce, par un processus très simple. Ainsi, en matière de validité, une partie peut « provoquer » la nullité du contrat pour les causes classiques<sup>126</sup>. Elle peut également le résoudre pour

120. *Id.*, p. 381.

121. En revanche, il semble, dans l'état actuel des choses, qu'ils considèrent la clause de renonciation préalable comme injuste.

122. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 116, p. 383. [Les italiques sont dans le texte original.]

123. *Id.*, p. 381.

124. *Id.*, p. 375.

125. *Id.*, p. 383.

126. Erreur, art. 4:103, dol, art. 4:107, contrainte, art. 4:108, profit excessif – proche parent de la lésion –, art. 4:109.

inexécution<sup>127</sup> ou résilier un contrat à durée indéterminée<sup>128</sup>. Et la victime d'une clause abusive peut annuler celle-ci<sup>129</sup>. Une simple communication au vis-à-vis, sous forme de notification, suffit : « L'annulation a lieu par voie de notification au cocontractant<sup>130</sup> ».

Là encore, le principe peut dérouter un civiliste puisque tant le droit québécois que le droit français, par exemple, « subordonnent [...] l'annulation du contrat à une action en justice<sup>131</sup> ». Au contraire, ici, tout se passe en vase clos : point n'est besoin d'avoir recours à une autorité extérieure, étatique ou privée, afin qu'elle se prononce ou qu'elle officialise la rupture entre les contractants. La victime indique son mécontentement à son cocontractant qui, évidemment, peut réagir et prendre les moyens nécessaires pour sauver le contrat ou la partie du contrat en danger<sup>132</sup>. S'il ne le fait pas, le contrat ou la clause litigieuse sont anéantis... sans autre forme de procès, pourrait-on dire. On peut cependant accepter qu'il en soit ainsi dans les matières couvertes par les Principes européens où il est certainement nécessaire de prévoir des « règles souples et efficaces pour faciliter la vie des affaires<sup>133</sup> ».

Aux yeux d'un juriste québécois, les clauses abusives et leur sanction présentent d'ailleurs une particularité en droit européen en raison de la Directive et de sa transposition dans les législations nationales. En droit français, par exemple, étant « réputées non écrites<sup>134</sup> », ces clauses font l'objet de nullité de plein droit ou nullité péremptoire. Dans ce cas, si nécessaire, « le juge n'a théoriquement pas de pouvoir d'appréciation car

127. Art. 9:301 et art. 9:302.

128. Art. 6:109.

129. Art. 4:110.

130. Art. 4:112. La notification n'a pas à être faite dans une forme particulière et la théorie de la réception prévaut en la matière (voir art. 1:303.)

131. Emmanuel PUTMAN, « Article 4:112. Annulation par notification », dans C. PRIETO, *op. cit.*, note 18, 288.

Bien sûr, en vertu des Principes européens, les actes unilatéraux et non judiciaires anéantissant le contrat en partie ou en entier n'excluent pas tout recours aux tribunaux, judiciaires ou arbitraux, ne serait-ce que pour obtenir des dommages et intérêts, soit en plus de l'annulation, soit « au lieu et place d'une telle mesure » (Marie-Ève PANCRAZI, « Article 4:117-Dommages et intérêts », dans C. PRIETO, *op. cit.*, note 18, 300, 301). Voir art. 4:117 et 9:501 et *sq.*

Il faut remarquer au passage que si le tribunal est appelé à intervenir moins souvent que cela n'est habituel, lorsqu'il le fait, il a un pouvoir généralement ignoré par le droit, du moins par le droit québécois et par le droit français. En effet, en cas de « profit excessif ou avantage déloyal », l'art. 4:109 (3) autorise le juge à « adapter le contrat ».

132. Voir, par exemple, l'article 4:105.

133. Jocelyne CAIRON, « Article 4:105. Adaptation du contrat », dans C. PRIETO, *op. cit.*, note 18, 254, p. 255.

134. Art. L. 132-1 Code de la consommation français. En droit québécois, en vertu de l'art. 1437 C.c.Q., la clause abusive est « nulle ».

il est censé se borner à les constater [...]»<sup>135</sup>. Se penchant sur la technique d'annulation par notification prévue à l'article 4:112 des Principes européens, un auteur estime que cet article ne devrait pas jouer dans les cas de nullité péremptoire et déplore justement que les clauses abusives ne soient pas exclues de son champ d'application<sup>136</sup>.

Ceci amène à s'interroger plus globalement sur les sanctions des clauses abusives lorsque l'évaluation du caractère abusif est laissé à l'appréciation des parties.

La difficulté provient du fait qu'il est justement extrêmement difficile d'établir de façon tranchée ce qui constitue un abus et que – ou parce que – l'appréciation en est particulièrement subjective. Le sentiment d'abus ayant par définition «une charge symbolique, passionnelle et moralisatrice<sup>137</sup>», le recours à la notion servant à «exprimer une révolte et non point un jugement<sup>138</sup>», comment s'attendre à ce que celui qui s'en estime victime juge lucidement de la situation et comment lui permettre de se faire justice soi-même? Il y a incompatibilité fondamentale entre le mal et le moyen pour y remédier.

Permettre aux parties d'annuler elles-mêmes des stipulations ou des termes abusifs ne peut se concevoir que dans la mesure où elles ont à leur disposition un guide leur permettant d'évaluer ou de vérifier s'il y a abus, comme c'est le cas de la liste d'exemples contenue à l'annexe de la Directive européenne. Formellement, les Principes européens ne prévoient rien de tel, notamment parce que «[d]ans les contrats entre professionnels, une liste de clauses abusives *per se* est généralement considérée comme étant impossible en raison de la diversité des contrats commerciaux<sup>139</sup>». Les commentaires indiquent que l'on peut cependant «s'inspirer<sup>140</sup>» de la liste fournie par la Directive européenne. L'incitation n'est pas bien vigoureuse ni très contraignante!

De façon générale, les Principes européens tendent à exclure le recours à l'autorité judiciaire ou arbitrale pour laisser les parties régler leurs différends entre elles, au mieux de leurs intérêts. Toutefois, on peut craindre qu'au lieu de réduire le nombre de débats judiciaires ou arbitraux, la possibilité laissée à la victime d'annuler unilatéralement une clause qu'elle juge abusive n'engendre une prolifération de recours<sup>141</sup>.

\* \* \*

135. E. PUTMAN, *loc. cit.*, note 131, p. 289.

136. Voir *ibid.* Plutôt que d'être «annulables», ce qui nécessite une notification au cocontractant, l'auteur aurait préféré qu'elles soient réputées non écrites, donc sans effet.

137. P. GODÉ, «Observations sous le décret n° 78-464 du 24 mars», *R.T.D. civ.* 1978, 744, 746.

138. *Ibid.*

139. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 226-227.

140. *Id.*, p. 227.

141. Et ce, même dans les cas où la partie qui annule la clause est de bonne foi.

Originalité et ambiguïté sont les deux termes qui viennent à l'esprit à la lecture de l'article des Principes européens portant sur la liberté des parties en matière de délais de prescription extinctive. Originalité, au moins pour un juriste québécois, dont le droit interdit tout aménagement contractuel dans ce domaine. Originalité également – et risque de confusion – en ce qui a trait à l'anéantissement d'une clause établissant un délai de prescription que l'une des parties estimerait abusive, la victime jugeant elle-même du caractère abusif et notifiant simplement à son cocontractant le biffage de la clause qui lui aurait été imposée.

Quant à l'ambiguïté, elle est souvent provoquée par les commentaires qui se contredisent ou contredisent les dispositions. La question de la nature de la prescription en est un bon exemple. En ce qui concerne les accords relatifs à la prescription, l'ambivalence règne également, en raison de la formulation vague de l'article 14:601 et des propos incertains des rédacteurs. L'ensemble paraît, de façon générale, accorder aux parties une très grande liberté puisque le tout laisse sous-entendre qu'elles peuvent renoncer *a priori* à la prescription – une autre originalité! – mais dans le même souffle, le texte impose des limites au délai de prescription. Il faut presque mener un travail de détective pour donner un sens à la règle et finalement conclure que toute renonciation préalable est proscrite. Il est dommage qu'un tel décryptage soit nécessaire pour un texte dont la « formulation est de nature à procurer de nombreux avantages<sup>142</sup> ».

D'autres difficultés, non évoquées ici, semblent poindre à l'horizon, dans le domaine des relations transnationales. En particulier, on peut se demander comment serait reçu cet aménagement contractuel du délai de prescription par l'autorité d'un ordre juridique qui, comme c'est le cas au Québec, revêt le délai légal du caractère d'ordre public. Et, problème plus complexe, comment régler la question de l'opposition entre la liberté contractuelle accordée par les Principes européens et l'application éventuelle au contrat d'une loi qui l'interdirait? Ceci pourrait certainement faire l'objet d'une autre étude.

---

142. G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 12, p. 21.