



Revue 2011

Printemps 2011 - Tome 70

Le « bail en propriété » et le *Code civil du Québec* :
la quadrature du cercle
Claude Thomasset

The English Voice of the *Civil Code of Québec*:
An Unfinished History
Edmund Coates

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction,
un mariage heureux ?
Vincent de l'Étoile et Chantal Chatelain

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés
dans cet arrêt relativement au déménagement du parent
gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?
Valérie Laberge

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite
de propriété ?
Nathalie Massé et Marc Gervais

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile
entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile*
Raphaël Lescop

Chronique
Droit civil. Robert P. Godin

Barreau

du Québec



Le Fonds d'études juridiques du Barreau du Québec a contribué à la réalisation de cette publication

Publication du Barreau du Québec sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

avec la collaboration de Mme Jocelyne Major, du Service de recherche et législation, Barreau du Québec

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'abonnement annuel est gratuit pour les membres du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est prélevé à même le Fonds d'études juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicommissés des avocats. Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 67\$ (plus taxes), et de 56\$ (plus taxes) pour les étudiants.

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

Pour nous joindre :
Revue du Barreau,
445, boulevard Saint-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec
Service des communications
Édition: Les Éditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2011

Bibliothèque et Archives Canada, 2011



Revue 2011

Printemps 2011 - Tome 70

Le « bail en propriété » et le *Code civil du Québec* :
la quadrature du cercle

Claude Thomasset 1

The English Voice of the *Civil Code of Québec*:
An Unfinished History

Edmund Coates 43

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction,
un mariage heureux ?

Vincent de l'Étoile et Chantal Chatelain 63

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés
dans cet arrêt relativement au déménagement du parent
gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?

Valérie Laberge 97

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite
de propriété ?

Nathalie Massé et Marc Gervais 129

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile
entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile*

Raphaël Lescop 169

CHRONIQUE

Droit civil. Commentaire sur l'article 982 du *Code civil*
du Québec – Deuxième partie

Robert P. Godin 203

ERRATUM

Une erreur s'est glissée dans la préparation du dernier numéro de la Revue du Barreau (tome 69, Automne 2010).

Dans la Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptés en 2010, la thèse de doctorat de M. Hilmi Mohammad Zawati a été erronément classée parmi les maîtrises en droit avec mémoire de l'Université McGill (à la page 380).

En fait, le document intitulé *Symbolic judgments or judging symbols : fair labelling and the dilemma of prosecuting gender-based crimes under the statutes of the international criminal tribunals* a été accepté comme thèse de doctorat (D.C.L.).

Nous regrettons les inconvénients qui ont pu découler de cette erreur.

Le « bail en propriété » et le *Code civil du Québec* : la quadrature du cercle

Claude THOMASSET

Résumé

Le « bail en propriété » a été introduit au Québec en 1966, avant que la copropriété divise ne soit intégrée au *Code civil du Bas Canada* en 1969. Il donnait alors à l'actionnaire un droit d'usage d'un espace nouvellement construit et encore inoccupé, dans l'immeuble détenu par la société par actions. Le modèle juridique a été emprunté à la *cooperative property* et au *proprietary lease* utilisés à l'époque dans les grandes villes des États-Unis pour convertir des immeubles locatifs soumis au contrôle des loyers. Le « bail en propriété » est devenu aussi au Québec, depuis 1975 avec l'interdiction de convertir des immeubles locatifs en copropriété divise, un artifice pour transformer ces immeubles par une forme d'accession à la propriété qui, confrontée aux dispositions du *Code civil du Québec*, ne donne au détenteur d'actions ni le statut de locataire de logement, ni celui de copropriétaire, ni d'indivisaire, et encore moins de propriétaire. Le « bail en propriété » est un contrat innommé anachronique incompatible avec le *Code civil du Québec*.

Le « bail en propriété » et le *Code civil du Québec* : la quadrature du cercle

Claude THOMASSET*

INTRODUCTION 5

Première partie : Le « bail en propriété » confronté aux dispositions du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement 6

1. Le « bail en propriété » n’est pas un bail de logement 7

1.1 La forme du « bail en propriété » 8

1.2 La notion de loyer 10

1.3 Les obligations du « locataire » 14

1.4 Le pouvoir discrétionnaire du « bailleur » 16

2. Le détenteur d’un « bail en propriété » n’est pas un locataire de logement 19

2.1 Les actions ne donnent pas au détenteur d’un « bail en propriété » un droit de propriété sur l’immeuble ou une partie de l’immeuble 20

* Professeure honoraire de la Faculté de science politique et de droit de l’Université du Québec à Montréal, DES (droit public) Université de Montréal, Docteure en études urbaines, Université de Grenoble, Directrice émérite de la Revue Canadienne Droit et Société.
L’auteure désire remercier Madame Méliane Cotnaréanu pour ses recherches documentaires relatives au « bail en propriété » qui ont contribué à alimenter les sources d’information qui ont servi à la préparation de ce texte.

2.2	Le « bail en propriété » est un contrat innommé anachronique	22
Deuxième partie : Le « bail en propriété » et l'affaire <i>Delbuguet</i>		
1.	Les décisions rendues dans l'affaire <i>Delbuguet</i>	27
1.1	Les décisions rendues par la Régie du logement et la Cour du Québec	27
1.2	Les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec	29
2.	Les suites et les effets de ces décisions	33
2.1	Les décisions qui font référence aux décisions <i>Delbuguet</i> ou <i>Carrigan</i>	34
2.2	Les effets de la jurisprudence <i>Delbuguet</i>	36
CONCLUSION		38

INTRODUCTION

Le « bail en propriété » est apparu pour la première fois au Québec en 1966 lors de la construction d'un immeuble résidentiel, propriété des Appartements Port-Royal Inc., sur la rue Sherbrooke à Montréal. La copropriété divise était encore inconnue dans les dispositions du *Code civil du Bas Canada* relatives au droit de propriété. En dehors du Québec, les provinces de *common law* ou nos voisins du sud utilisaient alors la *cooperative property* et le *condominium* pour faciliter l'appropriation d'un appartement d'un immeuble résidentiel.

Le « bail en propriété » permettait à une société par actions, propriétaire de l'immeuble, de vendre des actions donnant à l'actionnaire le droit d'usage d'une « unité » correspondant à la valeur de ses actions, « unité » non encore occupée dans l'immeuble nouvellement construit. Cette solution contractuelle était mise de l'avant en attendant que la copropriété divise fasse l'objet d'une législation au Québec.

La copropriété divise a été introduite dans le *Code civil du Bas Canada* en 1969¹ et la conversion des immeubles locatifs en copropriété divise fut alors possible ; mais à partir de 1973², cette conversion devait être autorisée par la Commission des loyers³. Cependant, constatant le nombre important d'immeubles résidentiels dont les propriétaires changeaient le caractère locatif pour de la copropriété divise, une loi est venue imposer un moratoire sur ces transformations juridiques dès 1975⁴.

1. *Loi sur la copropriété par déclaration*, L.Q. 1969, c. 76.

2. *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1973, c. 75, a. 6.

3. Louise THIBAUT-ROBERT, « La Régie québécoise du logement », (1982) 2 *R.G.D.* 284-301. À la page 288, l'auteure rappelle les origines de la Commission des loyers : « Créée en 1951 pour opérer la transition entre le contrôle des loyers institué par le gouvernement fédéral lors de la 2^e guerre mondiale et une éventuelle suppression de toute forme de contrôle des loyers, la Commission, de 1951 à la fin 1977, voyait son existence prolongée d'année en année. Ce n'est qu'en 1977 que le gouvernement en fit un organisme permanent. Permanence d'ailleurs bien éphémère puisque la Régie du logement devait remplacer la Commission des loyers dès octobre 1980 ».

4. *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1975, c. 84, a. 16.

Depuis cette date, la conversion en copropriété divise est assujettie à des mesures de protection du parc immobilier résidentiel locatif, lesquelles ont conduit à l'apparition d'artifices juridiques⁵ pour les contourner, et le « bail en propriété » en est devenu une illustration.

À travers des litiges qui ont opposé un détenteur d'actions et la locataire qui occupait, en vertu d'un bail de logement, l'« unité » attribuée, le « bail en propriété » a fait l'objet de débats judiciaires importants qui se sont rendus jusqu'à la Cour d'appel du Québec. Celle-ci a conclu que le détenteur d'actions était locataire de son « unité », transformant ainsi la locataire, détentrice d'un bail de logement, en sous-locataire sans droit au maintien dans les lieux et pouvant donc être évincée par le détenteur d'actions.

Nous aborderons le « bail en propriété » dans deux parties distinctes, l'une consacrée à l'analyse de ce document juridique confronté aux dispositions du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement, et l'autre à l'analyse de l'affaire *Delbuguet* qui a soumis le « bail en propriété » à une série de décisions qui méritent notre attention⁶.

Première partie

Le « bail en propriété » confronté aux dispositions du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement

L'étude en parallèle des clauses du « bail en propriété » et des dispositions particulières du bail de logement contenues dans le *Code civil du Québec*, nous amène à deux constats que nous analyserons successivement. « Le bail en propriété » n'est pas un bail de logement et le détenteur d'actions n'est pas un locataire de logement.

5. On parle de titrisation, ou encore de conversion en copropriété horizontale, et même de vente de droits de superficie, sans oublier la copropriété indivise largement utilisée pour des petits immeubles de type « plex ».

6. *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, R.L. n° 31-020130-054G, 22 mai 2002, Johanne Gagnon Trudel, régisseuse ; *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, C.Q. n° 500-02-108470-027, 9 mai 2003, j. Daniel Dortéus ; *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, C.S. n° 500-17-015597-035, 29 juin 2004, j. Danielle Grenier ; *Carrigan c. Delbuguet et les Appartements Port Royal Inc.*, C.A.Q. n° 500-09-014756-043, 3 juin 2005, j. Joseph R. Nuss, Pierrette Rayle, Allan R. Hilton.

1. Le « bail en propriété » n'est pas un bail de logement

La lecture attentive de deux « baux en propriété » distincts⁷ nous permet de conclure qu'il ne s'agit pas de baux de logement. En effet, depuis 1973 au Québec, dès qu'un local d'habitation fait l'objet d'un contrat de louage, il s'agit d'un bail de logement soumis à des dispositions impératives destinées à protéger les locataires dans leurs relations avec leurs propriétaires. Cette législation sociale, qui a fait l'objet d'études préliminaires approfondies⁸ et de débats serrés à l'Assemblée nationale du Québec⁹, a d'abord été introduite dans le *Code civil du Bas Canada* en 1973¹⁰ ; elle fut consolidée en 1979¹¹ et confirmée dans le *Code civil du Québec*¹² en 1991.

7. Il s'agit des « baux en propriété » en usage dans l'immeuble appartenant aux Appartements Port-Royal Inc. et dans l'immeuble appartenant aux Appartements Linton Inc., tous deux situés à Montréal, dont nous avons eu connaissance en consultant les copies des dossiers déposés à la Régie du logement dans deux causes différentes : *Simard c. Les Appartements Port-Royal Inc. et Pierre Lemoine*, R.L. n° 31 02 02 25 253 G, 28 novembre 2003, Jean-Pierre Hurlet, régisseur ; *Les Appartements Linton Inc. c. George Patsalis*, R.L. n° 31 07 10 03 061 G, 30 novembre 2007, Linda Boucher, régisseuse.
8. *Rapport sur le louage* du Comité du droit du louage de choses de l'Office de révision du Code civil déposé en 1970 ; ce rapport a inspiré la rédaction de la *Loi sur le louage de choses* adoptée en 1973. *Rapport du groupe de travail sur l'habitation, Habiter au Québec*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976. *Livre blanc sur les relations entre locateurs et locataires*, Québec, Éditeur officiel du Québec, janvier 1978 ; ce rapport a inspiré les modifications apportées au *Code civil du Bas Canada* et l'adoption de la *Loi sur la Régie du logement* en 1979.
9. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 14, n° 1-17, 1973 : P.L. n° 2, *Loi concernant le louage de choses*, p. 614-651 ; 844-856, 977-978 ; P.L. n° 3, *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, p. 857-866, 978. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 20, 1978-1979, P.L. n° 113, *Loi prolongeant certaines dispositions de la Loi modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, le Code civil et d'autres dispositions législatives*, p. 5033-5040. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 21, 1979, P.L. n° 107, *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, p. 2673-2698, 2699-2721, 3343-3348, 3349-3362.
10. *Loi sur le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74, et *Loi prolongeant et modifiant la loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1973, c. 75.
11. *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48, devenue la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1.
12. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1851 à 2000.

Le caractère impératif¹³ des dispositions relatives au bail de logement est établi à l'article 1893 du *Code civil du Québec* :

Est sans effet la clause d'un bail portant sur un logement, qui déroge aux dispositions de la présente section, à celles du deuxième alinéa de l'article 1854 ou à celles des articles 1856 à 1858, 1860 à 1863, 1865, 1866, 1868 à 1872, 1875, 1876 et 1883.

1.1 La forme du « bail en propriété »

Le premier « bail en propriété »¹⁴ qui soit apparu sur le marché immobilier montréalais, rappelle les anciens baux en vigueur avant 1973, alors que le *Code civil du Bas Canada*¹⁵ ne contenait qu'une disposition relative au bail de maison¹⁶ parmi les articles sur le contrat de louage de choses. C'est justement contre l'usage abusif de ces baux que des mesures d'ordre public ont été adoptées en 1973¹⁷ pour assurer un meilleur équilibre entre les droits et obligations des parties à un bail résidentiel.

-
13. Le caractère impératif des dispositions relatives au bail de logement remonte au projet de loi n° 78, *Loi concernant le louage de choses*, déposé par le ministre de la Justice, Jérôme Choquette à l'Assemblée nationale en 1972, et qui deviendra le Projet de loi n° 2, *Loi sur le louage de choses*, en 1973. Lors du dépôt du Projet de loi n° 78, le ministre s'exprimait ainsi : « Quant aux dispositions particulières aux baux résidentiels, elles innovent en très grande partie sur le droit actuel. D'une part, pour assurer l'efficacité nécessaire à la protection des locataires et éviter les pratiques abusives des baux actuels, ces dispositions particulières aux baux résidentiels sont impératives en ce sens que les parties ne pourront y déroger sans que leur accord soit autorisé par le tribunal ». Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1972, vol. 12, p. 3417 (nos soulignés).
 14. « Bail en propriété » en usage dans l'immeuble appartenant aux Appartements Port-Royal Inc. Tous les termes entre guillemets cités dans l'analyse qui suit reproduisent intégralement l'écriture de ces termes dans le document examiné.
 15. *Code civil du Bas Canada*, Livre troisième : De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété, Titre septième : Du louage (Art. 1600-1665), Chapitre deuxième : Du louage de choses, Section IV : Règles particulières au bail de maison (art. 1642-1645).
 16. *Code civil du Bas Canada*, art. 1642 : « Le bail de maison ou de partie d'une maison, lorsque la durée n'en est pas fixée, est censé fait à l'année, finissant au premier jour du mois de mai de chaque année, lorsque le loyer est de tant par an, pour un mois, lorsque le loyer est de tant par mois, pour un jour, lorsque le loyer est de tant par jour. Si rien ne constate un montant de loyer pour un terme fixe, la durée du bail est réglée par l'usage du lieu ».
 17. Notamment l'adoption d'un « bail-type » dès 1973, contenu d'abord dans le *Code civil du Bas-Canada*, en annexe après l'article 1665 et mentionné aux art. 1664.n et 1664.o. Il est maintenant incorporé dans le *Règlement sur les formulaires de bail obligatoires et sur les mentions de l'avis au nouveau locataire*, L.R.Q., c. R-8.1, r. 1.02.

La *Loi sur la Régie du logement*¹⁸, adoptée six ans plus tard en 1979, crée un tribunal compétent en matière de bail de logement et prévoit, à son article 108 paragraphe 5, que le gouvernement peut par règlement :

[...] imposer l'inclusion de mentions obligatoires dans le bail, l'écrit ou l'avis visé dans les articles 1895 et 1896 du *Code civil du Québec* et dans le cas du bail ou de l'écrit visé au premier alinéa de l'article 1895 du *Code civil du Québec*, prescrire l'utilisation obligatoire du formulaire de bail de la Régie du logement ou de l'écrit produit par la Régie du logement et en fixer le prix de vente.

Un tel règlement a été adopté¹⁹ et il précise que :

[...] le locateur doit, pour la conclusion d'un bail régi par la section IV du chapitre 4 du titre deuxième du Livre cinquième du *Code civil du Québec*, utiliser le formulaire de la Régie du logement.

Or, le « bail en propriété » ne se présente pas, dans sa forme, comme le bail de logement obligatoire de la Régie du logement. En plus, il ne contient aucune des clauses prescrites pour correspondre à un bail de logement. Il ne peut donc servir à définir les relations d'un locateur avec un locataire portant sur un logement. En effet, l'article 1385 du *Code civil du Québec* précise, dans son premier paragraphe, que :

Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre les personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle (nos soulignés).

Le *Code civil du Québec* prescrit notamment à l'article 1895 : « Le bail ou l'écrit doit être fait sur le formulaire dont l'utilisation est rendue obligatoire par les règlements pris par le gouvernement ». Pour que le contrat soit un bail de logement il doit donc respecter cette forme impérative, et le « bail en propriété » ne suivant pas ce modèle ne peut être considéré comme un bail de logement. Cette obligation du locateur persiste, même si le locataire ne peut, selon le dernier paragraphe de cet article 1895, « demander la résiliation du bail si le locateur fait défaut de se conformer à

18. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1.

19. *Règlement sur les formulaires de bail obligatoires et sur les mentions de l'avis au nouveau locataire*, L.R.Q., c. R-8.1, r. 1.02.

ces prescriptions ». Ceci n'empêche pas le locataire de faire respecter cette obligation en demandant son exécution en nature en vertu de l'article 1863, qui est lui aussi d'ordre public selon l'article 1893 du *Code civil du Québec*.

Si nous poursuivons l'analyse des clauses de ce contrat, nous allons constater que d'autres éléments ne sont pas conformes aux dispositions impératives du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement.

1.2 La notion de loyer

La *Loi sur la Régie du logement*, dans son article 108, alinéa 3, donne au gouvernement le pouvoir d'adopter, pour l'application des articles 1952 et 1953 du *Code civil du Québec*, un règlement relatif aux critères de fixation ou de révision du loyer et à leurs règles de mise en application.

Le *Règlement sur les critères de fixation de loyer*²⁰, adopté en vertu de ces dispositions, définit à l'article 1 les dépenses admissibles pour le calcul du loyer. Il s'agit des dépenses d'exploitation et des dépenses d'immobilisation :

Les dépenses d'exploitation sont les dépenses reliées à l'immeuble, y compris la valeur du travail effectué par le locateur, s'il y a lieu, et qui sont formées des frais concernant les éléments suivants : les taxes foncières et de services ; l'assurance-incendie et l'assurance-responsabilité ; l'énergie ; l'entretien ; les services ; la gestion.

Les dépenses d'immobilisation de l'immeuble sont :

Les dépenses encourues pour des réparations majeures, des améliorations majeures ou la mise en place d'un nouveau service, déduction faite, le cas échéant : 1^o d'une subvention accordée en considération de ces dépenses par un ministère ou organisme du Gouvernement du Québec ou du Gouvernement du Canada, par une corporation municipale ou par une entreprise d'utilité publique ; 2^o d'une indemnité versée par un tiers ou qui doit l'être en considération de ces dépenses ou de la perte qui les a causées.

20. *Règlement sur les critères de fixation de loyer*, L.R.Q., c. R-8.1, r. 1.01.

La Régie du logement annonce²¹ par ailleurs, à chaque début d'année civile, les taux permettant de calculer l'augmentation du loyer permise et qui seront considérés lors d'une demande de fixation de loyer devant la Régie du logement.

Si nous examinons les clauses « du bail en propriété » relatives au loyer, nous constatons qu'elles ne correspondent pas aux dispositions qui encadrent la détermination du loyer et ses variations dans un bail de logement. Tout d'abord aucun montant, exprimé en dollars, n'est fixé pour le loyer. Tout au plus est-il précisé dans l'un des baux que :

The computation of the amount of the Rent payable by the Lessee is based upon the proportion of Class A Shares in the Capital stock of the Lessor owned by the Lessee at the time of execution of this lease [...] The common cost as referred to shall be in such amounts as the Board of Directors of the Lessor shall determine from time to time in their sole discretion.

Le « loyer » prévu dans ce « bail en propriété »²² est calculé en fonction du nombre d'actions attribuées à l'« unité » liée à ces actions, en pourcentage du total des actions de la société. En plus, il peut varier, « de temps en temps », en fonction des décisions du conseil d'administration de la corporation, propriétaire de l'immeuble. Cela signifie que le détenteur d'actions doit faire un calcul pour déterminer les sommes qu'il doit payer régulièrement en vertu de son « bail en propriété » et qu'il doit s'attendre à des variations qu'il ne peut pas prévoir. Il n'y a donc pas de versements égaux pour le loyer d'un « bail en propriété » comme l'exige, pour un bail de logement, le *Code civil du Québec* à l'article 1903 qui précise que « le loyer convenu doit être indiqué dans le bail [...] et qu'il est payable par versements égaux ».

21. Communiqué de presse de la Régie du logement en 2011 : « Montréal, le 25 janvier 2011 – La Régie du logement diffuse aujourd'hui les estimations moyennes d'augmentation de loyer établies en vertu du *Règlement sur les critères de fixation de loyer*. Ces estimations offrent aux locateurs et aux locataires une base de discussion ayant pour but de faciliter l'entente sur une augmentation de loyer que chacun considérera satisfaisante ».

22. « Bail en propriété » de l'immeuble appartenant à la corporation Les Appartements Linton Inc. Dans la suite du présent texte, les citations d'articles de bail en propriété en anglais sont tirées de ce document.

S'ajoutent à ce « loyer », des frais qui n'incombent pas à un locataire de logement, tels que²³ :

Les dépenses ou obligations encourues ou devant vraisemblablement être encourues par le « bailleur » en vertu ou à cause de ce « bail » ou d'autres baux octroyés par le « bailleur », l'intérêt sur les dettes hypothécaires ou autres, le paiement de tout autre privilège ou charge, le paiement de tout déficit subsistant d'une période antérieure, la création d'un fonds pour imprévus dans la mesure où le « conseil » du « bailleur » le jugera recommandable et les dépenses pour tout autre besoin corporatif du « bailleur ».

D'ailleurs, dans une décision récente²⁴ de la Régie du logement, la régisseuse s'interrogeait sur la validité de la clause de loyer contenue dans le « bail en propriété » qui lui était soumis.

Au sujet de la clause de loyer, cependant, il y aurait lieu de se pencher sur la validité d'une clause de loyer rédigée de la sorte. Nul doute que cette question sera soulevée un jour dans le cadre d'une demande de fixation, lorsque cette question sera soumise au Tribunal.

Elle poursuit en précisant que :

Cette somme [la cotisation spéciale votée par les actionnaires, précision de l'auteur] ne rencontre pas les caractéristiques du loyer tel qu'en traite l'article 1903 du C.c.Q. En effet il ne s'agit pas d'un montant récurrent, et payable par versements égaux [...] L'offre de financement qui accompagne l'avis de cotisation constitue un élément supplémentaire nous permettant de croire qu'il ne s'agit pas ici de loyer, mais d'une charge imposée aux actionnaires en vue d'une dépense capitale.

Elle conclut :

En l'occurrence le tribunal juge que la cotisation spéciale faisant l'objet du présent litige n'origine pas de la relation locataire/locateur existant entre les parties mais vise plutôt leur statut respectif d'actionnaire et de société par action (*sic*). Relation qui ne relève pas de la compétence de ce tribunal spécialisé dans le bail de logement locatif.

23. « Bail en propriété » de l'immeuble appartenant à la corporation Les Appartements Port-Royal Inc. Dans la suite du présent texte, les citations d'articles de bail en propriété en français sont tirées de ce document.

24. *Les Appartements Linton Inc. c. George Patsalis*, précitée, note 7.

Ce loyer ne s'exprime pas dans les mêmes termes que ceux convenus habituellement par un locataire et un locateur d'un bail de logement et qui respectent les éléments de dépenses déterminés par le *Règlement sur les critères de fixation du loyer*.

D'autres particularités des paiements exigés dans un « bail en propriété » touchent au caractère discrétionnaire de leur détermination et à la possibilité de les faire varier en cours de « bail ».

Notwithstanding anything to the contrary in this lease, the Board shall have the right, in its sole and absolute discretion, to increase or decrease the rent due hereunder at any time and from time to time to change the terms of payment of the Rent due hereunder including, without limiting the generality of the foregoing, the time that each instalment of the Rent shall be paid.

Ces dispositions ne correspondent pas aux prescriptions du *Code civil du Québec*, qui précisent dans l'article 1904 que le locateur « ne peut exiger une somme d'argent autre que le loyer, sous forme de dépôt ou autrement ou exiger, pour le paiement, la remise d'un chèque ou d'autres effets postdatés ». À noter que, dans l'un des « baux en propriété », tous les paiements doivent être effectués avec des chèques postdatés, comme condition du contrat.

On peut lire, dans l'un de ces « baux en propriété », que le « locataire » doit payer, en plus du loyer :

[...] des « frais mensuels » selon les termes, dans les délais et de la façon ci-stipulés, sans aucune déduction en raison de quelque contestation ou réclamation que le « locataire » pourrait avoir contre le « bailleur », et si le « locataire » omet de payer les « frais mensuels » lorsqu'ils sont dus, le « locataire » devra payer un intérêt au taux annuel de sept pour cent (7 %) sur ces « frais » à partir de la date à laquelle lesdits « frais » sont dus jusqu'à la date de la remise.

Or, dans le deuxième paragraphe de l'article 1906 du *Code civil du Québec*, il est précisé que :

Est également sans effet, dans un bail dont la durée excède 12 mois, la clause stipulant le réajustement du loyer au cours des 12 premiers mois du bail ou plus d'une fois au cours de chaque période de 12 mois.

Comme les « baux en propriété » analysés sont signés pour des périodes allant de 15 ans à 75 ans, donc d'une durée de plus de

12 mois, la variation des paiements qu'ils contiennent est contraire aux dispositions du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement.

Ce qui est appelé « loyer » dans les « baux en propriété » étudiés ne répond donc pas aux caractéristiques déterminées par les dispositions impératives du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement.

1.3 Les obligations du locataire

Parmi les obligations du locataire, nous retiendrons celles qui concernent les réparations et l'entretien du logement. C'est un domaine particulièrement sensible et qui a fait l'objet de mesures protectrices du locataire face aux obligations que le locateur lui imposait avant que le *Code civil du Bas Canada*²⁵ d'abord, puis le *Code civil du Québec*²⁶ ensuite, ne contiennent des dispositions correctrices impératives.

Une première obligation du locateur, selon l'article 1910 du *Code civil du Québec*, est « de délivrer le logement en bon état d'habitabilité et de le maintenir ainsi pendant toute la durée du bail ». Il est précisé dans le même article que « la stipulation par laquelle le locataire reconnaît que le logement est en bon état d'habitabilité est sans effet ». Dans les deux « baux en propriété » analysés, une telle clause est rédigée sous des formulations différentes :

Le locataire » déclare qu'il connaît bien « l'unité » et que celle-ci est en bon état et condition.

ou

25. Le ministre de la Justice Jérôme Choquette, lors de la 3^e lecture du Projet de loi n° 2, *Loi concernant le louage de choses*, s'exprimait ainsi : « Car, toujours à l'intérieur de cette philosophie de protection du consommateur, il nous a semblé qu'on ne devait pas laisser la liberté aux parties contractantes de fabriquer leur propre contrat de bail ou de louage de choses. Leur laisser cette liberté, c'est introduire le droit pour la partie la plus forte – c'est-à-dire le ou les propriétaires – d'imposer les conditions qu'elle désirait aux locataires qui sont véritablement le plus souvent démunis de force de négociation. C'est la raison pour laquelle, devant le fait que le bail, dans l'état actuel des choses, est le plus souvent un contrat d'adhésion, nous avons décidé d'imposer un certain nombre de clauses obligatoires aux propriétaires et aux locataires ». Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 14, n° 1-17, 1973, 23 décembre 1973, p. 977.

26. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1910 à 1921.

The Lessee declaring that it (*sic*) is familiar with the Apartment and that the same is in good order and condition.

Ces clauses seraient nulles et n'engageraient pas le locataire dans un bail de logement.

Par ailleurs selon l'article 1864 du *Code civil du Québec* :

[Le locateur] est tenu, au cours du bail, de faire toutes les réparations nécessaires au bien loué, à l'exception des menues réparations d'entretien ; celles-ci sont à la charge du locataire, à moins qu'elles ne résultent de la vétusté du bien ou d'une force majeure.

Un des « baux en propriété » analysés contient des clauses qui mettent sous la responsabilité du « locataire » toutes les réparations et l'entretien à l'intérieur de son « unité » :

The Lessee shall be responsible for the maintenance of the Apartment and for making all major and minor repairs thereto [...] Without limiting the generality of the foregoing, the Lessee shall maintain in a good state of repair or shall replace, to the extent necessary, all windows, entrance doors, water, gas, steam and sewer pipes and radiators, heating and plumbing equipment, electrical conduits and ventilation equipment located in the Apartment and used solely by the Lessee.

Il importe de citer ici la régisseuse qui, dans la décision *Patsalis*²⁷, remarquait :

Plus particulièrement, pour ce qui est des réparations majeures, il s'agit là selon nous d'un concept qui s'oppose à l'obligation faite au locateur d'entretenir les lieux loués et en procurer la jouissance paisible et constituerait sans doute des obligations excessives pour un locataire, si celui-ci ne bénéficiait pas d'un statut équivalent à celui d'un copropriétaire indivis.

À cet effet, lorsque le locateur doit faire des réparations dans l'appartement, le locataire doit les subir selon l'article 1865 du *Code civil du Québec*, et il doit donner accès au locateur ou à ses employés pour exécuter les travaux. Cependant, ce droit d'accès est encadré par des mesures qui protègent le locataire contre les abus du propriétaire. Le locateur doit donner un préavis de 24 heures avant d'effectuer les travaux selon l'article 1931 du

27. Précitée, note 7.

Code civil du Québec, et il ne peut exiger d'entrer avant 7 heures ou après 19 heures, sauf en cas de réparations urgentes, selon l'article 1933 du *Code civil du Québec*.

À la lecture de ces deux « baux en propriété », nous constatons que le droit d'accès prévu dans leurs clauses donne une grande discrétion au « bailleur » pour pénétrer chez le « locataire ». Nous pouvons voir en effet que :

Le « bailleur » et ses agents seront autorisés à visiter et inspecter « l'unité » à toute heure raisonnable du jour et les ouvriers pourront entrer dans « l'unité » n'importe quand, pourvu qu'ils soient autorisés par le « bailleur » ou par les agents du « bailleur » pour faire ou faciliter l'exécution des réparations de toute partie de l'« immeuble ».

On peut lire aussi que :

Si le « locataire » n'est pas personnellement présent pour permettre l'accès à « l'unité », lorsque, pour une raison quelconque, cet accès est jugé nécessaire ou permis en vertu des présentes, le « bailleur » ou les agents du « bailleur » peuvent pénétrer dans l'« unité » par la force sans pour cela encourir quelque responsabilité que ce soit pour les dommages ou autrement (pourvu que le « bailleur » prenne raisonnablement soin des biens du « locataire ») et ce sans affecter en aucune façon les obligations et les engagements de ce « bail ».

On constate donc, à l'examen de ces clauses, que la relation entre le « bailleur » et le « locataire » en matière de réparations et d'entretien du logement, ne répond pas aux dispositions impératives du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement.

1.4 Le pouvoir discrétionnaire du « bailleur »

Les « baux en propriété » réservent au « bailleur » un pouvoir discrétionnaire que ne reconnaissent pas au locateur les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement, notamment en matière d'exonération de responsabilité²⁸ et de résiliation du contrat.

28. Le ministre de la Justice, Jérôme Choquette, disait, lors de la première lecture du projet de loi n° 78, *Loi concernant le louage de choses*, déposé à l'Assemblée nationale en 1972 : « Ainsi sont déclarées sans effet les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité du locateur et celles visant à rendre le locataire responsable d'un dommage sans sa faute ». Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1972, vol. 12, p. 3417 (nos soulignés).

Le *Code civil du Québec* prévoit en effet, à l'article 1900, que :

Est sans effet la clause qui limite la responsabilité du locateur, l'en exonère ou rend le locataire responsable d'un préjudice causé sans sa faute.

Or, les « baux en propriété » analysés contiennent tous deux des clauses d'exonération en faveur du « bailleur », qui portent à la fois sur les services fournis et sur les dommages que pourraient causer les employés du « bailleur » dans l'exécution de leur mandat. On peut lire en effet que :

Le « bailleur » ne sera responsable d'aucun défaut de chauffage, d'air climatisé, de distribution d'eau, de courant électrique, de service d'ascenseurs, ou d'autres services devant être fournis par le « bailleur » en vertu des présentes, ni pour les blessures à la personne ou dommage à la propriété, causés par les éléments ou par d'autres locataires ou personnes dans l'« immeuble ». Le « bailleur » ne sera pas responsable des dommages qui pourraient survenir aux automobiles ou autres véhicules laissés par le « locataire » sous la garde de quelque employé du « bailleur ».

À l'énoncé de ces clauses, elles apparaissent incompatibles avec les dispositions du *Code civil du Québec*, en matière de bail de logement.

D'autres limites de responsabilité sont également incluses dans ces « baux en propriété », qui vont à l'encontre des dispositions relatives au bail de logement, notamment lorsque le « bailleur » fait des réparations dans l'appartement du « locataire ».

Le *Code civil du Québec* prévoit en effet, aux articles 1922 à 1928, des règles et une procédure à suivre lorsque le locateur veut entreprendre des réparations majeures ou des améliorations majeures dans le logement loué. Il doit prévenir le locataire dans des délais précis selon la nature des travaux, et le locataire a des recours devant la Régie du logement s'il juge que les conditions de réalisation de ces travaux sont abusives.

Or, dans le cas des « baux en propriété », le « bailleur » se réserve toute discrétion pour réaliser ces travaux, et en plus il exige une renonciation du locataire à tout recours ou réclamation

ou indemnisation pour les troubles occasionnés par ces travaux. On peut lire en effet que :

Aucune réduction ou diminution des « frais mensuels », ni aucun dédommagement ne pourra être réclamé ni alloué en raison d'incommodité ou de manque de confort résultant de l'exécution de réparations ou d'améliorations indispensables ou souhaitables à l'immeuble ou ses installations ou son équipement.

Mais le pouvoir discrétionnaire du « bailleur » est encore plus évident en cas de résiliation du « bail en propriété ». Selon le *Code civil du Québec*, en matière de bail de logement, la résiliation du bail n'est à la discrétion d'aucune des parties et elle doit toujours être demandée à la Régie du logement dans les cas qui le permettent. Toutefois, le locataire a la possibilité de résilier son bail en donnant un avis de trois mois au locateur, dans trois situations spécifiques prévues aux articles 1974 et 1974.1 du *Code civil du Québec* : s'il obtient un logement à loyer modique, s'il est admis dans un centre d'hébergement et de soins de longue durée ou dans un foyer d'hébergement, s'il [ou si elle] est victime de violence conjugale. En principe, le bail de logement est reconduit automatiquement d'année en année selon l'article 1941 du *Code civil du Québec*, sauf si le locataire met fin au bail en envoyant au locateur un avis à cet effet dans les délais prévus à l'article 1946 du *Code civil du Québec*.

Dans les « baux en propriété », un chapitre consacré à la résiliation énumère une longue série de cas permettant au « bailleur » de résilier le contrat dans des situations laissées à sa discrétion et qui n'ont rien à voir avec la situation d'un locataire de logement. Il suffit de lire la première clause de ce chapitre pour mesurer l'ampleur de cette discrétion :

Si, dans l'un des cas, ou après, mentionnés aux clauses (a) à (k) de la présente section 3.01, le « bailleur » envoie au « locataire » un avis stipulant que le terme du bail doit se terminer à une date qui sera arrêtée dans ledit avis, ce « bail » se terminera à la date ainsi arrêtée dans l'avis, avec le même effet que si c'était la date définitivement arrêtée dans ce « bail » pour l'échéance du terme, et tout droit, titre et intérêt du « locataire », cessera complètement et prendra fin, et le « locataire » devra à ce moment-là quitter et abandonner au « bailleur » l'« unité » et, à ce moment-là, le « bailleur » aura le droit de rentrer dans l'« unité » et d'en déménager toute personne et tout bien personnel, soit par des poursuites d'exécution sommaires (*sic*), soit par n'importe quelle action ou poursuite appropriée en loi ou en

justice, soit par force ou autrement, et de reprendre possession de l'« unité » dans son état premier, comme si ce « bail » n'avait jamais été fait, et le « bailleur » n'encourra aucune responsabilité en raison de l'exercice de son droit de rentrée, de reprise de possession et de déménagement tel que prévu aux présentes.

La liste des clauses (a) à (k) en question comprend entre autres les situations suivantes : le « locataire » cesse de posséder les actions concomitantes ; le « locataire » fait faillite ; le « locataire » cède ou sous-loue sans respecter les conditions prévues au contrat ; s'il y a défaut de paiement des « frais mensuels » ; s'il y a inobservance des autres engagements par le « locataire » ; s'il y a conduite répréhensible du « locataire » ou de toute autre personne habitant ou visitant habituellement l'« unité ».

À la lecture de ces clauses, nous constatons qu'elles ne concernent en rien un bail de logement et que le « locataire », détenteur d'actions, tire ses droits et obligations d'un contrat d'une toute autre nature que d'un bail de logement.

2. Le détenteur d'un « bail en propriété » n'est pas un locataire de logement

Si le « bail en propriété » n'est pas un bail de logement, son détenteur ne peut être un locataire de logement au sens du *Code civil du Québec*. Il ne peut donc pas prétendre bénéficier des droits du locataire d'un logement et les opposer à un locataire à qui il aurait consenti un bail de logement en bonne et due forme, qui fait ainsi bénéficier ce dernier du droit au maintien dans les lieux prévu à l'article 1936 du *Code civil du Québec*, lequel précise que :

Tout locataire a un droit personnel au maintien dans les lieux ; il ne peut être évincé du logement loué que dans les cas prévus par la loi.

Quelle est alors la nature des droits du détenteur d'un « bail en propriété » ?

2.1 Les actions ne donnent pas au détenteur d'un « bail en propriété » un droit de propriété sur l'immeuble ou une partie de l'immeuble

Le détenteur d'un « bail en propriété » possède un certain nombre d'actions correspondant à la valeur de l'« unité » comprise dans l'immeuble dont la société par actions est propriétaire. Il est d'ailleurs énoncé dans un des « baux en propriété » que « le « bailleur » est le propriétaire du terrain [...] et de l'immeuble qui y est érigé ».

Il a d'ailleurs été reconnu et confirmé d'une manière constante par la jurisprudence, depuis la décision *Les Appartements Berne d'Outremont Inc.*²⁹, que le détenteur d'actions n'est pas propriétaire de l'« unité » qui leur est rattachée. Les quatre décisions dans l'affaire *Delbuguet*³⁰, que nous analyserons plus loin, maintiennent ce constat.

Le détenteur a néanmoins, en lien avec ses actions, un droit d'usage de l'« unité » qui a fait l'objet du contrat. Dans l'un des « baux en propriété », on peut lire la description du droit de jouissance paisible attaché à la détention des actions :

Le « locataire » qui paie ses « frais mensuels », remplit ses obligations et se conforme aux conditions qu'il doit respecter en vertu de cet acte, aura le droit durant le terme du présent « bail », de détenir l'« unité » et d'en jouir paisiblement, aux conditions ci-énoncées, sans aucun empêchement, aucune poursuite, difficulté ou entrave de la part du « bailleur » ; ce droit est sujet, cependant, aux droits des locataires ou occupants de l'« unité » ou des autres occupants ou locataires de l'« immeuble ».

Cette clause utilise le terme « détenir », qui selon le dictionnaire *Le Petit Robert*³¹ signifie « garder, tenir en sa possession ». Ce terme « détenir » semble donner au détenteur d'un « bail en propriété » des droits particuliers par rapport à l'occupation de

29. *Les Appartements Berne d'Outremont Inc.*, [1988] J.L. 88-85 (R.L.). Dans cette décision, les régisseuses, Nicole Archambault et Hélène-F. Chicoyne, se réfèrent à une étude qui fait l'analyse des alternatives à la copropriété par déclaration dans laquelle « il y est discuté des modes alternatifs conférant à leurs utilisateurs un droit réel dans un immeuble (copropriété indivise, usufruit, droit de superficie) et de ceux où les utilisateurs ont recours à une entité morale distincte (coopérative, compagnie à capital-actions), ce dernier mode de détention ne leur conférant aucun droit réel dans l'immeuble » (nos soulignés).

30. Précitée, note 6.

31. Paul Robert, *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 2010, ci-après « Le Petit Robert ».

l'« unité » attribuée. Or, nous avons vu précédemment que le « bailleur » se réservait un pouvoir discrétionnaire pour évaluer la manière dont le détenteur du « bail en propriété » occupait son logement et respectait ses obligations. L'utilisation du terme « détenir » aurait-elle pour but de donner à l'acquéreur d'actions l'apparence d'une participation à la propriété de l'immeuble ?

Si le détenteur du « bail en propriété » a un droit d'usage de son « unité », il lui est aussi possible, selon son contrat, de le céder ou le sous-louer, mais à des conditions très restrictives. Les « baux en propriété » qui prévoient cette option contiennent des clauses limitatives sévères. En effet, il doit obtenir l'autorisation de la majorité des administrateurs de la corporation dans un document formaliste et il ne peut contrevenir à cette décision sans encourir la résiliation de son « bail en propriété », comme nous l'avons vu plus haut. Il n'a donc pas de liberté pour sous-louer ou céder son « unité ». On peut lire dans l'une de ces clauses relatives à la sous-location :

Le « locataire » ne pourra pas sous-louer l'« unité » ou une partie de l'« unité », pour quelque terme que ce soit et à qui que ce soit, sans le consentement de la majorité des administrateurs du « bailleur » alors en fonction, consentement qui ne pourra être refusé que pour des raisons valables et qui devra être attesté par un acte écrit ou par une résolution adoptée lors d'une assemblée et transcrite dans les livres du « bailleur » et le « locataire » s'engage expressément à accepter et à respecter la décision des administrateurs.

La procédure est encore plus stricte en matière de cession. La clause qui la concerne précise que :

Le « locataire » ne devra pas céder ce « bail » ou tout intérêt s'y rapportant et aucune cession n'aura d'effet envers le « bailleur » à quelque fin que ce soit, à moins que toutes les conditions suivantes ne soient remplies et observées. 1- Un acte de cession de ce « bail » et de transfert des actions affectées à l'« unité » devra être exécuté par le cédant, dans une forme acceptable par le « bailleur », et délivré au « bailleur ». 2- Le cessionnaire par acte écrit assumera et s'engagera à exécuter et observer les engagements et conditions de ce « bail » qu'il est tenu d'exécuter et d'observer à compter de la date de ladite cession, et une copie de cet acte exécuté par le cessionnaire devra être délivrée au « bailleur ». 3- Tous les arrérages concernant ce « bail » et autres sommes dues par le « locataire » au « bailleur », ainsi qu'une somme devant être fixée par le « conseil » pour couvrir les frais raisonnables du « bailleur » relatifs à la cession et au transfert des actions, y compris les taxes sur le transfert des actions

devront être payés au « bailleur ». 4- Le consentement de la majorité des administrateurs du « bailleur » alors en fonction devra être obtenu et ledit consentement devra être attesté par un acte écrit ou par une résolution adoptée lors d'une assemblée et transcrite dans les livres du « bailleur ». [...] Ledit consentement ne pourra être refusé que pour des raisons valables et le « locataire » s'engage expressément à accepter et à respecter la décision des administrateurs.

Le détenteur d'un « bail en propriété » a donc très peu de latitude par rapport aux droits qu'il détient sur l'« unité » rattachée à ses actions. On constate que le « bailleur » garde un contrôle très serré sur l'usage que le détenteur d'actions fait de son « unité » et veille à ce que les intérêts de la corporation soient protégés en tout temps.

2.2 Le « bail en propriété » est un contrat innommé anachronique

Le « bail en propriété » a été introduit au Québec avant que la copropriété divise ne soit ajoutée au *Code civil du Bas Canada*. Il donnait alors à l'actionnaire un droit d'usage d'un espace nouvellement construit et encore non occupé, dans l'immeuble détenu par la société par actions. Le premier immeuble comportant des « baux en propriété » et le plus connu, est la propriété des Appartements Port-Royal. Il a été construit entre 1961 et 1966, sur la rue Sherbrooke dans l'ouest de Montréal.

On sait que le modèle juridique qui consiste à attribuer des « unités » à des actionnaires a été emprunté à la *cooperative property*³², et que des études avaient été faites à l'époque pour analy-

32. La *cooperative property* a été développée aux États-Unis, surtout après la Première guerre mondiale en raison de la pénurie de logements et après la Deuxième guerre mondiale en raison du contrôle des loyers imposé dans les grandes villes nord-américaines. Voir à ce sujet : Richard J. KANE, « The Financing of Cooperatives and Condominiums : a Retrospective », (1999) 73 *St-John's Law Review* 101. L'auteur montre dans cet article, en p. 121-122, le phénomène des conversions des immeubles locatifs en condominium ou en *cooperative property* pour échapper au contrôle des loyers. « Properties subject to rent control or rent stabilization had, and still have, significantly depressed values because of these restrictive statutes. As a result, the supply of rental property deteriorated both in number and quality units. The general sense was, and still is, that in those cities with such rent control or rent stabilization statutes, no developer in his or her right mind would construct residential rental property that could be subject to rent restricting statutes. [...] During the same period of time, enterprising real estate players were buying under-valued residential apartment buildings that were subject to rental control and rent stabilization, converting those buildings into cooperatives and condominiums and selling the units, which ultimately will break the rent control or rent stabilization cycle ».

ser sa compatibilité avec le droit civil québécois³³. En aucune façon ne voulait-on qualifier le détenteur d'actions de simple « locataire », et les guillemets³⁴ employés dans toutes les clauses du contrat lorsque l'on parle de bailleur, de locataire, de bail, d'immeuble, etc. montrent bien qu'on ne voulait pas donner à ces termes le même sens que ceux énoncés au *Code civil du Bas-Canada* de l'époque. Et, comme nous l'avons démontré précédemment, ce « locataire » ne peut être considéré, du moins depuis 1973, comme un locataire de logement au sens du *Code civil du Québec*.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que le « bail en propriété » en usage dans l'immeuble des Appartements Port-Royal Inc., contient une clause³⁵ qui concerne la transformation éventuelle de cet immeuble en copropriété, et qui s'énonce de la manière suivante :

Si, à quelque moment que ce soit après qu'une loi réglementant la copropriété des immeubles aura été arrêtée dans la Province de Québec, le « bailleur », sur le vote affirmatif de locataires (représentant au minimum les deux-tiers (2/3) des locataires du « bailleur » et étant propriétaires d'au moins soixante-quinze pour cent (75 %) des actions du capital-actions du « bailleur »), donné lors d'une assemblée spéciale des actionnaires du « bailleur », dûment convoquée à cette fin, décide de terminer le « projet » dans le but d'établir un projet de copropriété avec la participation de tous les locataires et si les créanciers hypothécaires du « bailleur » approuvent ladite décision, auquel cas ce « bail » et tout droit ou intérêt de tout détenteur de ce « bail » se terminera à la date arrêtée, conformément à ladite décision, pour le commencement du projet de copropriété.

-
33. Jean-Guy CARDINAL, « La copropriété des immeubles », dans *Le droit dans la vie économique-sociale*, Jacques BOUCHER et André MOREL, Montréal, P.U.M., 1970, p. 21 et s. À la page 23, l'auteur précise, à propos de la « Cooperative Property » et du projet Port-Royal Inc. à Montréal : « Le système [la *Cooperative Property*] n'est donc pas fondé sur notre Code civil et il s'est créé en marge des dispositions des articles 415 et 521 du Code civil [...] Il en résulte des contrats rédigés suivant une loi étrangère établissant des pratiques qui ne sont pas illégales mais qui ne sont pas compatibles avec nos institutions juridiques traditionnelles ».
34. *Le Petit Robert*, sous guillemet : « Signe typographique qu'on emploie pour isoler un mot, un groupe de mots, etc., mentionnés ou cités, rapportés, pour indiquer un sens ou pour se distancer d'un emploi » (nos soulignés).
35. À ce propos, Jean-Guy Cardinal précise, dans l'article précité à la note 33, en page 30 : « Nous avons déjà parlé du projet de Port-Royal et il est remarquable de constater à ce sujet que les promoteurs, à la suite de la suggestion qui leur avait été faite par plusieurs clients canadiens-français, ont inclus dans leur dernier projet de contrat une clause qui permettrait aux co-actionnaires de s'en remettre à une loi québécoise sur le *condominium*, si une telle loi était adoptée par la législature ».

Or, on sait qu'une telle loi a été adoptée en 1969³⁶, et qu'elle a introduit dans le *Code civil du Bas Canada* une notion nouvelle, la copropriété par déclaration, qui était davantage inspirée du droit français sur la « propriété par étage » que du *condominium* de type anglo-saxon³⁷.

Malgré cette nouvelle possibilité, comment se fait-il que, plus de 40 ans après, le « bail en propriété » soit encore d'actualité ?

Il faut comprendre que, parallèlement à la mise à jour du droit de propriété contenu dans le *Code civil du Bas Canada* avec l'introduction de la copropriété, le contrat de louage de choses a été lui aussi profondément remanié par l'ajout de dispositions relatives au bail d'un logement³⁸, et qu'en conséquence le Code civil a établi une distinction claire entre le bail résidentiel, faisant l'objet de dispositions particulières d'ordre public, et le bail commercial ou autre, laissé à la volonté des parties.

Par ailleurs, dans les années 1970, la copropriété divise n'a pas eu le succès escompté, si l'on considère le nombre d'immeubles appartements neufs en copropriété divise recensé à l'époque³⁹, mais que par contre la transformation d'immeubles résidentiels locatifs en copropriété divise⁴⁰ fut une manière, pour certains pro-

36. *Loi sur la copropriété par déclaration*, L.Q. 1969, c. 76.

37. Lors de la deuxième lecture du Projet de loi n° 29, *Loi concernant la copropriété des immeubles*, le ministre de la Justice, Rémi Paul, précisait : « Le projet de loi 29 s'inspire donc à la fois d'une loi française de 1965 et de certaines solutions retenues ailleurs en Amérique du Nord en plus d'être original dans plusieurs de ses solutions ». Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 8, mardi 25 novembre 1969, p. 4220.

38. *Loi sur le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74, et *Loi prolongeant et modifiant la loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1973, c. 75.

39. Si on analyse les tableaux relatifs aux caractéristiques des prêts hypothécaires consentis dans tout le Canada à l'égard d'immeubles en copropriété aux termes de la *Loi nationale sur l'Habitation* (L.N.H.) contenus dans *Statistique du logement au Canada* de la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL), on constate qu'en 1972 (Tableau 88) à Montréal il y a 40 logements dans des immeubles d'appartements en copropriété contre 1641 à Toronto ; en 1973 ces chiffres sont, dans le Tableau 92, de 2 à Montréal et de 2590 à Toronto ; en 1974, dans le Tableau 88, ils sont respectivement de 78 à Montréal et de 1399 à Toronto, et en 1975, dans le Tableau 90, ils sont de 12 à Montréal et de 1900 à Toronto.

40. Il était possible depuis 1973 de convertir une maison d'habitation en copropriété par déclaration avec l'autorisation de la Commission des loyers, grâce aux modifications apportées à la *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1973, c. 75, qui dans son art. 2 crée la « Commission des loyers » « instituée par la présente loi pour en surveiller l'application et exercer les autres pouvoirs qui lui sont

priétaires immobiliers, d'échapper aux nouvelles obligations du locateur introduites dans le *Code civil du Bas Canada*. Il a donc fallu que le législateur québécois intervienne⁴¹ et décrète en 1975 un moratoire sur ces transformations qui menaçaient le parc résidentiel locatif, surtout à Montréal.

Et depuis lors, nous sommes témoins d'une situation où le parc immobilier résidentiel locatif est régi par des dispositions législatives qui garantissent aux locataires un droit au maintien dans les lieux, et où par ailleurs certaines corporations immobilières essaient d'éluder l'interdiction de convertir leurs immeubles résidentiels locatifs en copropriété, en empruntant toutes sortes de subterfuges pour pouvoir vendre à profit les logements tout en leur attribuant un statut juridique attrayant pour l'acheteur.

Le « bail en propriété » est devenu l'un de ces artifices, puisqu'il est actuellement largement utilisé pour transformer des immeubles résidentiels locatifs en une forme d'accession à un certain statut juridique qui ne donne au détenteur d'actions ni le statut de locataire de logement, ni celui d'indivisaire⁴², ni celui de copropriétaire et encore moins celui de propriétaire. Le détenteur

attribués », notamment par l'article 6 qui modifie l'article 27 de ladite loi « en remplaçant le premier alinéa par le suivant : Nul ne peut, sans l'autorisation de l'administrateur convertir une maison d'habitation en copropriété conformément à l'article 441b du Code civil, ou en établissement commercial ou industriel ». En 1974, la loi fut encore modifiée par la *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1974, c. 76, et l'article 16, paragraphe 1, insère après l'article 26a un article 26b : « Nul ne peut, sans l'autorisation de l'administrateur, enregistrer une déclaration de copropriété sur un immeuble d'habitation occupé par un locataire », et précise au paragraphe 8 que : « Toute personne qui contrevient aux paragraphes 1, 3, 4, 5 du présent article ou qui, dans le but d'empêcher la prolongation d'un bail, fait croire faussement qu'un local d'habitation a été vendu, commet une infraction » (nos soulignés).

41. *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, (L.Q. 1950-1951, c. 20), L.Q. 1975, c. 84, art. 16 : 1) « Le présent article s'applique à un immeuble comportant un ou plusieurs locaux d'habitation occupés par des locataires. Il a effet malgré toute loi ou entente à ce contraire ; 2) Nul ne peut, à compter du 26 novembre 1975, demander l'autorisation d'enregistrer une déclaration de copropriété sur un immeuble en vertu de la *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, ni enregistrer une telle déclaration sous réserve du paragraphe 3). La commission des loyers ou le registraire doivent rejeter d'office une demande d'autorisation ou d'enregistrement ; 4) Toute convention faite en contravention des paragraphes 4 ou 7 est nulle de plein droit ».
42. À la différence des indivisaires, qui ont la propriété d'une quote-part dans l'immeuble dont ils peuvent disposer (nos soulignés), étant ensemble propriétaires de l'immeuble, le détenteur d'actions n'a aucun droit réel sur l'immeuble, qui appartient à la corporation.

d'actions n'a la propriété que de ses actions et un droit d'usage d'une « unité » plus restreint que celui du locataire détenant un bail de logement. On constate donc qu'il s'agit d'un contrat innommé très circonstanciel et qui ne tient aucun compte des modifications législatives postérieures à son apparition en 1966.

Mais des débats judiciaires au cours de ces dix dernières années ont mis le « bail en propriété » en vedette, et nous analyserons dans la deuxième partie de ce texte, les décisions qui ont été rendues à son sujet, notamment dans l'affaire *Delbuguet*.

Deuxième Partie

Le « bail en propriété » et l'affaire *Delbuguet*

L'affaire *Delbuguet* concerne un logement situé dans un immeuble possédé par Les Appartements Port-Royal Inc. à Montréal. Ce logement fait l'objet d'un transfert des actions qui lui correspondent, qui passent des mains de Vivian German dans celles de Rémy Delbuguet, le 28 juin 2001. Madame German avait loué son appartement à Marie Carrigan en vertu d'un bail de logement, consenti le 15 avril 1996 et qui avait été reconduit année après année. Monsieur Delbuguet s'est engagé, dans l'acte de transfert d'actions, à respecter ce bail.

Le 18 décembre 2001, Monsieur Delbuguet envoie à Madame Carrigan un avis de reprise du logement pour l'habiter lui-même à compter du 1^{er} juillet 2002. Après réception du refus de Madame Carrigan de quitter le logement, Monsieur Delbuguet saisit la Régie du logement pour qu'elle statue sur sa demande de reprise. La Régie du logement rejette sa demande. Monsieur Delbuguet en appelle à la Cour du Québec qui confirme la décision de la Régie du logement.

Il présente alors une demande en révision judiciaire de cette décision à la Cour supérieure qui l'accueille et qui casse la décision de la Cour du Québec. Madame Carrigan saisit la Cour d'appel laquelle confirme la décision de la Cour supérieure. Deux conclusions importantes ressortent de ce dossier clos par la Cour d'appel.

D'abord, tous les niveaux de juridiction concluent que Monsieur Delbuguet n'est pas propriétaire de l'appartement et qu'il n'a donc pas droit à la reprise selon l'article 1957 du *Code civil du Québec*. Ensuite, la Cour supérieure et la Cour d'appel déclarent que le « bail en propriété » est compatible avec les dispositions du *Code civil du Québec* et que le détenteur d'actions est un locataire de son « unité », transformant ainsi le statut de Madame Carrigan en celui d'une sous-locataire n'ayant pas droit au maintien dans les lieux selon l'article 1940 du *Code civil du Québec*.

Nous allons successivement faire l'analyse de ces décisions avant d'en évaluer les effets sur l'interprétation et l'application des dispositions du *Code civil du Québec* en matière de logement.

1. Les décisions rendues dans l'affaire *Delbuguet*

Nous allons suivre la chronologie de ce dossier en regardant d'abord les décisions rendues par les tribunaux spécialisés en matière de bail de logement, et ensuite celles rendues par les tribunaux supérieurs dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance.

1.1 Les décisions rendues par la Régie du logement et la Cour du Québec

a) La décision de la Régie du logement

La régisseuse⁴³ conclut que Monsieur Delbuguet n'est pas propriétaire du logement, puisque celui-ci appartient aux Appartements Port-Royal Inc. et qu'en conséquence il n'a pas droit à la reprise du logement selon l'article 1957 du *Code civil du Québec*, qui réserve ce droit au seul propriétaire du logement. Elle considère qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur la demande subsidiaire relative à la question de sous-location.

La régisseuse avait bien perçu le stratagème derrière l'usage du « bail en propriété », et elle l'a exprimé en ces termes :

Par ailleurs, bien que le propriétaire de l'immeuble [Port-Royal Inc.] n'ait jamais converti l'immeuble en condominium alors qu'il pouvait le faire lors de l'établissement de son projet en 1966, accor-

43. *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, R.L. n° 31-020130-054G, 22 mai 2002, Johanne Gagnon Trudel, régisseuse.

der aujourd'hui la demande serait permettre indirectement ce que le propriétaire ne peut faire directement. La conversion en copropriété divise est interdite sur l'Île de Montréal à moins de dérogation de la Ville de Montréal ou à moins que tous les logements ne soient occupés par des propriétaires indivis (Article 51 de la *Loi sur la Régie du logement*). De plus, si la Régie du logement autorise la conversion en copropriété divise, le droit à la reprise de possession d'un logement ne peut être exercé à l'encontre des locataires titulaires d'un bail à la date où l'autorisation est accordée suivant l'article 54 de la *Loi sur la Régie du logement*. Par conséquent, permettre à des actionnaires, tel que dans le présent cas, de reprendre possession des logements sur lesquels leurs actions sont affectées, aurait pour conséquence de contourner la loi et ouvrir la porte à des pratiques abusives telles que réprimées par le ministre de la Justice dans son commentaire sur l'article 1957 du *Code civil du Québec*.

Nous reviendrons sur ces conclusions lorsque nous traiterons des effets des décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

b) La décision rendue par la Cour du Québec

L'appel de Monsieur Delbuguet ayant été autorisé, la Cour du Québec⁴⁴ confirme la décision de la Régie du logement le 9 mai 2003.

Le juge précise dans son jugement que :

Le bail en propriété liant l'appelant à la corporation lui confère un droit de « quasi-propriété » sur l'appartement, au sens du droit anglais tel que décrit dans « Cooperative Apartment Housing », (1948) 61 *Harvard Law Review* 1408, ce qui n'est pas applicable en droit civil au Québec selon le Tribunal. Le statut de locataire accordé à l'appelant en vertu du bail en propriété, qui est un accessoire au contrat principal de détenteur d'actions, ne lui confère pas le droit de locataire pour l'appartement au sens de l'article 1892 et suivants du Code civil du Québec qui traitent des règles particulières au bail de logement (nos soulignés).

La Cour du Québec conclut :

Après avoir pris connaissance du dossier de la Régie du logement [...] et après avoir également analysé avec attention la décision de la

44. *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, C.Q. n° 500-02-108470-027, 9 mai 2003, j. Daniel Dortélus.

Régie rendue par Me Gagnon Trudel, le Tribunal en arrive à la conclusion que celle-ci n'a commis aucune erreur pouvant justifier l'intervention du Tribunal. La décision de la Régie du logement est maintenue.

1.2 Les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec

Contrairement aux décisions rendues par la Régie du logement et la Cour du Québec, la Cour supérieure et la Cour d'appel reconnaissent à Monsieur Delbuguet le statut de locataire d'un logement ayant le droit d'évincer la sous-locataire.

a) La décision rendue par la Cour supérieure

La Cour supérieure⁴⁵ accepte de se prononcer sur la demande en révision judiciaire en ces termes :

Le Tribunal est d'avis que le bail en propriété est compatible avec les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de louage. Toutefois, comme la décision du juge Dortélus sur ce point de droit n'est pas motivée, il est partant impossible de comprendre le raisonnement qui le sous-tend.

Pourtant, en toute déférence, le juge de la Cour du Québec avait bien motivé son analyse du « bail en propriété ». Il avait en effet précisé dans son jugement que :

Le statut de locataire accordé à l'appelant en vertu du bail en propriété, qui est un accessoire au contrat principal de détenteur d'actions, ne lui confère pas le droit de locataire pour l'appartement au sens de l'article 1892 et suivants du *Code civil du Québec* qui traitent des règles particulières au bail de logement (nos soulignés).

La connaissance des règles particulières du bail de logement est donc essentielle ici pour comprendre le raisonnement de la Cour du Québec et constitue précisément la motivation de la décision sur ce point de droit. Faute de tenir compte de ces dispositions qui, rappelons-le, sont d'ordre public, la Cour supérieure en est arrivée à des conclusions contraires sur le fond du droit.

45. *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, C.S. n° 500-17-015597-035, 29 juin 2004, j. Danielle Grenier, ci-après la *décision Delbuguet*.

Plusieurs autres dimensions de la décision de la Cour supérieure méritent une attention particulière pour bien comprendre en quoi elle fait abstraction du droit en vigueur au Québec en matière de bail de logement, notamment, lorsqu'elle traite de la question de savoir si Monsieur Delbuguet est locataire au sens du *Code civil du Québec*.

1) L'analyse du « bail en propriété » contenue dans cette décision s'appuie sur des références qui montrent bien le caractère anachronique de ce contrat. Plusieurs textes sur lesquels s'appuie l'argumentation de la Cour supérieure furent publiés par M^e Jean-Guy Cardinal dans les années 1960⁴⁶ et même début 1970⁴⁷, et ne pouvaient tenir compte d'une législation qui n'existait pas encore, tant pour la copropriété divise que pour le bail de logement. Ils ne sont donc pas pertinents pour débattre de la nature des droits découlant du « bail en propriété » dans un contexte normatif qui a été bouleversé par l'introduction des dispositions impératives touchant le bail de logement. Ils ne pouvaient certainement pas contribuer, en 2004, à attribuer le statut de locataire de logement au détenteur d'un « bail en propriété ».

2) La comparaison faite dans la décision entre la *propriété coopérative de common law* et la *coopérative d'habitation* mérite aussi notre attention. Il y est écrit que :

Certaines similitudes permettent de conclure que si la doctrine se dit favorable à un encadrement juridique pour la coopérative d'habitation, il n'y a aucune raison de la nier à l'autre institution, à la condition toutefois que les dispositions applicables au bail de logement, dans le *Code civil*, ne s'opposent pas à son inclusion ? (*sic*).

Quelques précisions s'imposent ici. Il faut d'abord mentionner que la coopérative d'habitation est rigoureusement encadrée par la *Loi sur les coopératives*⁴⁸, qui met en place un système de contrôle des coopératives particulièrement efficace, mais qu'en plus, à part la fixation du loyer prévue à l'article 1955 du *Code civil du Québec*, le bail d'un membre de la coopérative d'habitation est

46. Jean-Guy CARDINAL, « La copropriété par étages », (1958-1959) 61 *R. du N.* 471 ; (1959-1960) 62 *R. du N.* 367 ; (1960-1961) 63 *R. du N.* 83 ; (1961-1962) 64 *R. du N.* 297.

47. Jean-Guy CARDINAL, « La copropriété des immeubles », précité, note 33, p. 21 et s.

48. *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. 67.1.

régi par les dispositions d'ordre public du *Code civil du Québec* en matière de bail de logement.

Nous avons démontré par ailleurs, en tout respect pour l'opinion contraire, que les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement s'opposent à l'importation de la *cooperative property* de *common law* et du « bail en propriété » qui en découle, dans le droit québécois relatif au logement.

3) Enfin, les conclusions qui apparaissent dans la décision soulèvent une question importante sur le sens des mots. Il faut les citer au long :

Donc en respectant le sens courant des mots locateur, locataire, loyer, force est de conclure que le *bail en propriété* correspond à la définition du louage consacrée à l'article 1851 du *Code civil*. Au-delà des mots utilisés par les contractants, ce n'est pas trahir l'esprit du contrat lui-même ou du *Code civil* que d'imposer une acception basée sur le sens ordinaire des mots. Les parties sont liées par une entente qu'elles ont faite. Peu importe la forme qu'elles ont utilisée ou les mots qu'elles ont employés, elles ont signé un bail en propriété qui rencontre les exigences du droit civil.

Par ailleurs, il faut noter que la propriété coopérative de *common law*, qui n'a pas d'assises particulières dans notre droit, est une institution légale qui, si elle ne rencontre pas les critères du *Code civil* pour conférer aux détenteurs d'actions le statut de *propriétaires*, n'empêche nullement de leur reconnaître le statut de locataire. Ni nommément ni par interprétation, l'article 1851 n'exclut cette possibilité. La loi prime, bien entendu, mais son interprétation fait appel à l'intelligence et à la créativité des décideurs. Concilier ne veut pas dire dénaturer.

Nous avons indiqué plus haut que le « bail en propriété » examiné mettait entre guillemets les mots « locataire », « bailleur », « bail », etc., précisément pour qu'ils échappent au sens commun qui en est donné dans le *Code civil du Québec* en matière de bail de logement, et pour qu'ils revêtent un sens particulier dans le contexte de cette forme juridique *sui generis*. C'est là une indication de l'intention des parties, que l'on est tenu de rechercher pour interpréter les contrats⁴⁹.

49. Voir : François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, Chapitre II : La règle des règles : l'intention, p. 43 et s.

On peut difficilement, par ailleurs, déduire du seul article 1851 du *Code civil du Québec*, article introductif qui décrit en termes très généraux le contrat de louage aussi appelé bail, que le « bail en propriété » sous examen est conforme aux dispositions particulières du bail de logement, lequel fait l'objet d'une section distincte du Chapitre quatrième sur le louage⁵⁰. En effet, pour définir la nature d'un contrat, on ne peut s'appuyer uniquement sur « le sens ordinaire des mots », tel qu'il se trouve au dictionnaire, lorsque la loi précise avec force détails les caractéristiques s'attachant obligatoirement à un contrat⁵¹. Ce sont précisément ces caractéristiques qui forment la base d'une définition⁵².

Le « bail en propriété » n'étant pas un bail de logement, il ne peut permettre de changer le statut d'une locataire, qui a dûment signé un bail de logement conformément aux dispositions du *Code civil du Québec*, en celui d'une sous-locataire, sans droit au maintien dans les lieux. C'est pourquoi nous ne pouvons souscrire, en tout respect, à la conclusion de la Cour supérieure, lorsqu'elle déclare :

Que le requérant, Rémy Delbuguet, est locataire/locateur au sens de l'article 1851 du *Code civil du Québec* et que la mise en cause, Marie Carrigan, en tant que sous-locataire, ne bénéficie pas du droit au maintien dans les lieux loués.

b) La décision de la Cour d'appel

Madame Carrigan porte ce dossier devant la Cour d'appel⁵³ qui entérine la décision de la Cour supérieure et rejette son appel

50. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, Section IV : Règles particulières au bail d'un logement, Chapitre quatrième : Du louage, Titre deuxième : Des contrats nommés, Livre cinquième : Des obligations.

51. Comme le fait remarquer pertinemment Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 354, # 1162 : « Le haut niveau d'abstraction généralement choisi pour l'expression du droit tend à accentuer la nécessité, pour l'interprétation de chaque disposition du Code civil, d'avoir à l'esprit les autres dispositions, l'économie générale et les principes généraux du droit ».

52. *Le Petit Robert*, sous définir : 1^o déterminer par une formule précise l'ensemble des caractères qui appartiennent à un concept. 2^o *par ext.* Caractériser (une chose, une personne particulière). « Définition » : 1^o *Philo.* Proposition dont le premier membre est le terme à définir, le second étant composé de termes connus qui permettent de déterminer les caractères du premier. 2^o Action de caractériser (nos soulignés).

53. *Carrigan c. Delbuguet et les Appartements Port Royal Inc.*, C.A.Q. n^o 500-09-014756-043, 3 juin 2005, j. Joseph R. Nuss, Pierrette Rayle, Allan R. Hilton, ci-après la *décision Carrigan*.

séance tenante, le 26 mai 2005. La Cour d'appel reconnaît d'abord que la Cour supérieure a exercé à bon droit son pouvoir de surveillance sur la décision de la Cour du Québec⁵⁴.

La Cour d'appel confirme ensuite la conclusion de la Cour supérieure à l'effet que Monsieur Delbuguet est un locataire et que Madame Carrigan est une sous-locataire :

La convention de bail en propriété donne à l'intimé la jouissance exclusive d'un logement dont il n'est pas le propriétaire pour un terme défini. Ce sont là les attributs essentiels d'un bail qui font de l'intimé un locataire au sens où l'entend le *Code civil du Québec*. Dès lors, la convention exécutée par son auteur avec l'appelante est une de sous-location. En cela, il importe peu que la convention de 1996 ait été constatée sur un document répondant aux exigences de la loi en matière de bail et qu'on y (*sic*) ait pas fait mention du fait qu'il s'agissait d'une sous-location. [...] Même si le bail en propriété lui est étranger, il constitue néanmoins pour l'appelante un fait juridique dont elle ne pouvait laisser de côté l'existence.

Pour les raisons exposées précédemment et en tout respect pour l'opinion contraire, nous ne pouvons souscrire à cette conclusion qui fait prévaloir une convention conclue selon les dispositions générales du louage du *Code civil du Québec* sur les règles impératives particulières qui régissent le contrat de location d'un logement⁵⁵.

2. Les suites et les effets de ces décisions

Les jugements *Delbuguet* (Cour supérieure) et *Carrigan* (Cour d'appel) ont fait jurisprudence, et un recensement des décisions qui s'y réfèrent nous montre qu'elles ont largement été suivies, aussi bien par la Régie du logement et la Cour du Québec, que par la Cour supérieure et la Cour d'appel. Les conséquences sont

54. Nous n'avons pas l'intention de discuter ici de la pertinence pour la Cour supérieure, dans les circonstances de cette cause, d'exercer son pouvoir de surveillance et de contrôle, mais bien de la motivation juridique sur laquelle s'est fondée la Cour pour exercer ce pouvoir.

55. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. 16, art. 41 : « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage. Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin » ; et art. 41.4 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ».

importantes, notamment pour le droit des locataires au maintien dans les lieux.

2.1 Les décisions qui font référence aux décisions *Delbuguet* et *Carrigan*

Les décisions de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel dans l'affaire *Delbuguet* sont invoquées, d'abord, pour justifier le contrôle effectué par la Cour supérieure sur les décisions de tribunaux spécialisés. En effet, non seulement servent-elles d'arguments pour contrôler les décisions de la Cour du Québec en appel d'une décision de la Régie du logement⁵⁶, mais aussi pour exercer un pouvoir de surveillance sur d'autres tribunaux administratifs (Commission d'accès à l'information)⁵⁷, ou permettre que ce contrôle soit réalisé par d'autres tribunaux spécialisés (Tribunal des professions, Tribunal administratif du Québec)⁵⁸.

Ensuite, quelques décisions se réfèrent au fond de la décision *Delbuguet* (C.S.) ou de la décision *Carrigan* (C.A.Q.) et appliquent sans discussion la conclusion selon laquelle le détenteur d'un « bail en propriété » est un locataire qui a le droit d'évincer la personne qui a signé un bail de logement avec le détenteur des actions pour l'« unité » qui y est rattachée, laquelle ne serait qu'une sous-locataire sans droit au maintien dans les lieux⁵⁹.

56. *Organisation internationale Nouvelle Acropole Canada c. Cour du Québec et Carole Dumas et Yvan Cousineau*, C.S. n° 500 17 044 45 24 083, le 23 octobre 2009, j. Robert Mongeon.

57. *Joseph Michael Lehman c. Pratt & Whitney Canada Corporation et Commission d'accès à l'information*, C.S. n° 500 17 03 15 93 067, 14 août 2007, j. Jean-François Buffoni.

58. *Dre Martine Landry c. S.B. et Me Christine Gauvin, ès qualité de Secrétaire du Comité de discipline du Collège des médecins du Québec*, Tribunal des professions, n° 200 07 000096 058, 27 avril 2007, j. Claude H. Chicoine, Danielle Côté et Serge Boisvert ; *Société en commandite Complexe d'habitation 67 c. Ville de Montréal*, T.A.Q., section des affaires immobilières, Dossier SAI-M-143264-0802, 19 mars 2010, j. Louis Bélanger et Claude de Champlain.

59. *Hélène Crener-Walpole c. Jean Durcak*, R.L. n° 31 04 05 31 138 G, 20 août 2004, Luce De Palma, régisseuse, laquelle conclut : « Conséquemment, puisqu'il découle du statut juridique de M^{me} Walpole qu'elle est en fait la locataire du logement et que forcément, M. Durcak en est le sous-locataire, ce dernier ne saurait se voir reconnu (*sic*) de droit au maintien dans les lieux après le 31 octobre 2004 ». Cette décision a été confirmée en appel par la Cour du Québec : *Jean Durcak c. Hélène Crener-Walpole et la Régie du logement*, C.Q. n° 500-80-003716-041, 25 novembre 2005, j. Gerald Locas, lequel conclut : « Bref, le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Carrigan* dispose clairement des questions en litige dans le présent dossier et cela de façon à confirmer la décision de la Régie du logement. Ces questions ne sont donc plus controversées, en conséquence, l'appel n'a aucune chance de succès ».

D'autres décisions encore s'y réfèrent avec autorité pour qualifier le statut d'une sous-locataire⁶⁰ ou pour confirmer le statut de locataire⁶¹ d'un détenteur d'actions d'une société par actions propriétaire d'un immeuble résidentiel, ou d'un détenteur de parts dans une société en commandite⁶², ou encore pour qualifier le locateur/propriétaire ayant droit à la reprise du logement⁶³, ou tout simplement pour la définition des mots loyer, locataire et locateur⁶⁴ qu'elles contiennent.

Cependant, certaines décisions abordent la jurisprudence *Delbuguet* avec quelques nuances. L'une d'entre elles⁶⁵ accorde des mesures de protection aux locataires d'un immeuble résidentiel locatif, en ordonnant à l'officier de la publicité des droits de la circonscription foncière de Montréal, la publication de la décision rendue par le régisseur et du bail concerné, pour prémunir ces locataires contre une éventuelle transformation du statut de l'immeuble locatif faisant l'objet du litige, en une propriété d'une société par actions laquelle vendrait des actions en contrepartie de l'usage d'un logement de l'immeuble, stratagème illustré par la décision *Delbuguet*. Une autre mentionne⁶⁶ plutôt la décision de la Cour du Québec dans le dossier *Delbuguet*, pour rappeler le caractère d'ordre public des dispositions relatives à la reprise du

-
60. *Giovanni (Gianni) Giancaspro c. Marie Lola St-Vil*, R.L. n° 31 070301 115 G, 28 mars 2007, Christine Bissonnette, régisseuse.
 61. *E. Léonard Klein et Michel Moreault c. Embassy Row Corp.*, R.L. n° 31 070327 081 G, 11 octobre 2007, Marie-Louisa Santirosi, régisseuse ; *Chantal Beauregard c. Georges Kovac et Anne Roy*, C.Q. n° 500-22-119811-068, 17 juin 2009, j. Christian M. Tremblay.
 62. *Marchand c. Bouchard, et Société en commandite Complexe d'Habitation 67*, C.Q., n° 500 22 151019 083, 17 juin 2009, j. Michèle Pauzé.
 63. *Milimir Matijasevic c. Emmanuel Lowi*, C.Q., n° 500 80 004532 058, 13 juillet 2005, j. Raoul Barbe.
 64. *Office municipal d'habitation de Montréal c. Shelley Ann Rice et Fariborz Nassiri et Zohreh Givfar, et Régie du logement, mise en cause*, C.Q. n° 500-80-012865-094, 8 avril 2010, j. François Bousquet ; *Gauthier c. Société d'habitation du Québec*, C.A.Q., n° 500-09-019551-092 (500-06-000403-077), 18 février 2010, j. Pierre J. Dalphond, Yves-Marie Morissette et Nicole Duval Hesler.
 65. *Asher Ellen c. 9135-3086 Qc. Inc. et EL AD Group (Canada) Inc.*, R.L. n° 31070510124 G., 28 août 2007, Jean Bisson, régisseur, lequel précise : « Les locataires veulent ainsi se protéger des conséquences d'un éventuel transfert de propriété qui leur ferait perdre leur statut de locataire pour les transformer en sous-locataires par application de la décision de la Cour d'appel dans *Carrigan contre Delbuguet et Appartements Port-Royal* [précitée]. Le tribunal considère que, si la publication de la présente décision permet d'éviter une telle perte de statut et des droits des locataires, il y a lieu d'en ordonner la publication ».
 66. *That Ngo c. Klara Bourne*, C.Q. n° 500-80-004040-045, 9 juin 2005, j. Michèle Pauzé.

logement. Une dernière⁶⁷ fait cette fois mention d'une autre conclusion de la décision *Delbuguet* selon laquelle le détenteur d'actions n'est pas un propriétaire éligible à la reprise du logement, et il y est rajouté à cet effet que « les dispositions de la loi à ce sujet sont d'ordre public, les parties ne pouvant contractuellement y déroger ».

Deux autres décisions⁶⁸ enfin ont cité les décisions *Delbuguet* ou *Carrigan* au sujet de la notion de « bail en propriété » dans un immeuble propriété d'une société par actions, et nous les avons déjà mentionnées⁶⁹ pour montrer les distinctions apportées par la régisseuse ou le juge de la Cour du Québec, dans l'appréciation de la validité de la cotisation spéciale imposée aux actionnaires face aux dispositions du *Code civil du Québec* relatives au bail de logement. Ces décisions proposent une approche plus nuancée de l'application de la jurisprudence *Delbuguet* en repérant les clauses du « bail en propriété » qui sont incompatibles avec les dispositions impératives du *Code civil du Québec*.

2.2 Les effets de la jurisprudence *Delbuguet*

Les décisions *Delbuguet* et *Carrigan* ont initié une jurisprudence qui a ouvert une brèche importante dans le dispositif de protection des locataires et du parc résidentiel locatif au Québec. Jusqu'alors, la Régie du logement et la Cour du Québec en appel s'étaient opposées à ces manœuvres d'évasion de la loi. Rappelons que la régisseuse, dans la décision de la Régie du logement à l'origine de cette saga judiciaire⁷⁰, concluait que la question de la sous-location faisait partie de la stratégie du propriétaire pour contourner l'interdiction de convertir un immeuble résidentiel locatif en copropriété, et qu'elle estimait ne pas avoir à se prononcer sur cette question qui va à l'encontre de la mission de conser-

67. *Mike Ohana c. Daniel Lambert*, R.L. n° 31080303126 G, 24 avril 2008, Chantal Bouchard, régisseuse.

68. *Les Appartements Linton Inc. c. George Patsalis*, précitée, note 7 ; *Patsalis c. Les Appartements Linton Inc.*, C.Q. n° 500-80-013163-093, 2 juin 2009, j. Daniel Dortélus. La Cour du Québec rappelle dans le paragraphe 31 de sa décision : « Il en est de même pour la conclusion à laquelle est arrivée la régisseuse, M^e Linda Boucher, à l'effet que la cotisation spéciale au cœur du litige entre les parties n'origine pas de la relation locataire/locateur, mais vise le statut respectif d'actionnaire et de société par action (*sic*) ».

69. Dans la première partie de ce texte, aux points 1.2 (La notion de loyer) et 1.3 (Les obligations du locataire).

70. *Delbuguet c. Carrigan et les Appartements Port Royal Inc.*, précitée note 43.

vation des logements, confiée à la Régie du logement dans la *Loi sur la Régie du logement*⁷¹.

La régisseuse exécutait ainsi ce mandat de la Régie en dénonçant les stratégies de certaines corporations immobilières imaginées pour transformer, malgré l'interdiction de convertir en copropriété divise, leurs immeubles locatifs en une forme « créative » d'accession à la propriété. La *Loi sur la Régie du logement* confie spécifiquement à ce tribunal spécialisé une juridiction exclusive et d'ordre public pour protéger le parc résidentiel locatif⁷².

Un premier effet juridique de l'affaire *Delbuguet*, telle qu'elle a été conclue par la Cour d'appel, aura donc été d'attribuer au détenteur d'actions, dans une société par actions propriétaire d'un immeuble résidentiel, le statut de locataire d'un logement, alors que le « bail en propriété » n'est pas un bail de logement. Par cette transmutation juridique, Madame Carrigan a perdu son statut de locataire pour devenir une sous-locataire désormais dépourvue de tout droit au maintien dans les lieux.

Un deuxième effet, tout aussi important, aura été d'effacer les particularismes du *Code civil du Québec* pour valider une institution qui lui est étrangère, le « bail en propriété » ou *proprietary lease*, et pour faire prévaloir cette dernière sur un contrat dûment conclu selon les dispositions impératives prévues au *Code civil du Québec*. C'est ignorer le travail des législateurs de 1973 et de 1979 qui avaient pourtant abondamment justifié la nécessité de l'adoption de ces dispositions pour corriger les carences du droit

71. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, Titre I, Chapitre III, Section II : « Dispositions particulières à la conservation des logements », art. 32 à 55.

72. Louise THIBAUT-ROBERT, « La Régie québécoise du logement », (1982) 2 *R.G.D.* 284-301. Alors Vice-présidente de la Régie du logement, l'auteure décrit la fonction de régulation de la Régie du logement dans ces termes, à la p. 294 : « La Régie a également comme fonction de contrôler certaines activités des propriétaires par rapport à leurs immeubles locatifs, activités dont l'effet est de diminuer le stock de logements locatifs. La Régie contrôle ainsi les démolitions, les conversions d'immeubles locatifs en co-propriété et les aliénations d'immeuble situé dans un ensemble immobilier. En limitant de cette façon le libre exercice du droit de propriété, l'État vise à la fois l'intérêt public et l'intérêt des parties en cause. Fruit des expériences passées, la soumission de la conversion en co-propriété et de l'aliénation d'un immeuble situé dans un ensemble immobilier à l'autorisation de la Régie vise non seulement à protéger les locataires en place, mais également les acquéreurs éventuels qui pourraient avoir à faire face à des difficultés qu'ils n'auraient pas prévues ».

des contrats de l'époque. C'est aussi oublier la signification et les effets des mesures d'ordre public adoptées alors et toujours présentes dans le *Code civil du Québec*, au chapitre du louage.

CONCLUSION

La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont ainsi donné effet à une forme contractuelle anachronique, le « bail en propriété », qui n'est ni un bail de logement ni un quelconque titre de propriété sur un logement reconnu par le *Code civil du Québec*. Ce faisant, elles auront tenté de résoudre la quadrature du cercle⁷³.

Or, plusieurs règles d'interprétation s'opposent à un tel résultat. D'abord, selon la « règle d'or » (*the Golden Rule*), « c'est l'office d'un bon exégète d'interpréter ensemble tous les éléments d'une loi, et non un élément pris isolément ; en effet, nul ne peut comprendre correctement une partie avant d'avoir lu et relu le tout »⁷⁴. On doit donc présumer de la rationalité du législateur, surtout lorsqu'il s'agit d'une loi fondamentale comme le *Code civil du Québec*, dont la cohérence même est attaquée par la jurisprudence analysée.

Il faut ensuite interpréter les lois, de façon large et extensive, en recherchant l'intention du législateur et l'objectif de la loi :

Aujourd'hui il n'y a qu'un principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global ou suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.⁷⁵

Ce principe est surtout vrai des lois sociales, particulièrement lorsqu'elles sont insérées dans le *Code civil du Québec*⁷⁶ comme ce fut le cas ici. Nous avons vu que le législateur de 1973 et celui de 1979 se préoccupaient de mettre en place une législation

73. *Le Petit Robert*, sous *quadrature du cercle* : « un problème insoluble, une chose irréalisable ».

74. Voir : *Linton College*, (1595) 3 Co. Rep. 58b, 59b, 76 E.R. 764, 767, cité et traduit par Pierre-André Côté, précité, note 51, p. 352, # 1156.

75. Extrait de Driedger cité au moins 59 fois par la C.S.C. entre 1984 et 2006 : Elmer A. DRIEDGER, *The construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87, traduction tirée de *Castillo c. Castillo*, [2005] 3 R.C.S. 870, par. 22. Voir Pierre-André Côté, précité, note 51, p. 51, # 159.

76. Pierre-André CÔTÉ, précité, note 51, p. 39, # 115.

établissant des mesures de protection des droits des locataires qui assuraient à ces derniers un droit au maintien dans les lieux ne pouvant être menacé que dans des conditions précises contrôlées par la Régie du logement. Or, on doit présumer que le législateur avait de bonnes raisons d'inclure ces dispositions d'ordre public dans le *Code civil du Bas Canada* en 1973, et de les y maintenir dans le *Code civil du Québec* en 1991.

Un autre principe d'interprétation, qui en découle, s'oppose à la validation par les tribunaux de stratagèmes visant à éluder la loi. En effet, nul ne peut faire indirectement ce que la loi interdit de faire directement, comme le rappelle pertinemment le professeur Pierre-André Côté⁷⁷ :

Si toute personne peut réclamer le droit de tenter d'échapper aux effets des textes législatifs, les tribunaux, eux, ont le devoir d'assurer le respect des lois et leur application « suivant leurs véritables sens, esprit et fin »[...] La *Mischief Rule* intime au juge d'écarter les inventions subtiles et les subterfuges tendant à perpétuer le mal que le législateur voulait supprimer : *Gilles c. Althouse*, [1976] 1 R.C.S. 353.

Le recours à des formes contractuelles telles que le « bail en propriété » constitue une stratégie d'élusion de la loi que les tribunaux sont tenus de sanctionner en tant que gardiens de la loi. Or, pour identifier ces échappatoires, il faut développer une connaissance approfondie de la situation socio-économique dans laquelle ils s'inscrivent, et des dispositifs législatifs visant à corriger les abus et rétablir l'équilibre des droits.

C'est précisément cette exigence de la connaissance des objectifs de la loi et des règles impératives relatives au bail de logement du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la Régie du logement* qui a conduit à la création d'un tribunal administratif spécifique, et qui a donné à la Cour du Québec un droit d'appel exclusif⁷⁸ sur ses décisions. Cette compétence spécialisée mérite le respect des tribunaux supérieurs, qui ne devraient intervenir que dans les cas flagrants de transgression de juridiction.

Une telle approche, plus respectueuse des champs de compétence, s'impose d'autant plus dans notre cas, que le parc immobi-

77. *Ibid.*, p. 485, # 1537.

78. Art. 91 de la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1.

lier résidentiel montréalais montre justement une progression de la copropriété divise⁷⁹, sans distinction de la licéité des moyens utilisés pour aboutir à l'enregistrement des déclarations de copropriété.

La protection des droits des locataires s'inscrit en effet, comme objectif social et juridique, dans le contexte plus large de la promotion et de l'application des droits économiques, sociaux et culturels reconnus par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et par le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*⁸⁰. Soulignons que le Canada a été blâmé à plusieurs reprises par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies⁸¹ pour l'insuffisance de ses engagements relatifs à l'application du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*, notamment en matière de logement⁸².

[Déjà] en 1993, le Comité [des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU] avait déploré la tendance des tribunaux canadiens à une interprétation restrictive de l'article 7 [de la Charte cana-

79. *Profil statistique en habitation de l'agglomération de Montréal*, mai 2009, Direction de l'habitation, Service de la mise en valeur du territoire et du patrimoine, habitermontreal.qc.ca, Tableau : Distribution des logements (occupés et vacants) selon le type de bâtiments par municipalité, données du rôle foncier de 2007. On peut lire dans ce tableau que 82 725 logements étaient en copropriété divise en 2007, soit 10.4 % des 795 728 logements de la Ville de Montréal. En ligne : <http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/habiter_v2_fr/media/documents/Profil_Ville_Montreal_Mai_2009.pdf> (à la page 27 du document).

80. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off., AG NU, 3e sess., supp. No.13, Doc. NU A/810 (1948) 71 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés. AG 2200 (xxi), Doc. off. AG NU, 1496^e séance plénière, Doc. NU A/RES/2200 (XXI) (1966).

81. Canada, *Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Troisième rapport périodique présenté par les États parties en vertu des articles 16 et 17 du Pacte*, Doc. off. CES, session de fond 1997, Doc. NU E/1994/104/Add. 17 (1998) ; Canada, *Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – Cinquièmes rapports périodiques présentés par les États parties en vertu des articles 16 et 17 du Pacte*, Doc. off. CES, session de fond 2006, Doc. NU E/C.12/CAN/5 (2005) ; CDESC, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Conclusions du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – Canada*, Doc. off. CES, 5^e et 6^e séances, 1993, Doc. NU E/C.12/1993/5 ; CDESC, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte – Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – Canada*, Doc. off. CES, 9^e à 12^e séances, 2006, Doc. NU E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5 (2006).

82. Méliane COTNARÉANU, *Étude sur la mise en œuvre du droit au logement au Canada et au Québec en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Mémoire de Maîtrise en Droit international, UQAM, mars 2011, p. 100.

diennel de sorte à ne pas y inclure la protection contre les privations dans le domaine social ou économique, plus particulièrement les atteintes aux droits à une nourriture, un vêtement et un logement suffisants. En 1998, le Comité réitérait son inquiétude et en 2006, rappelant ses préoccupations, il recommandait « aux autorités fédérales, provinciales et territoriales de promouvoir des interprétations de la Charte canadienne des droits et libertés et d'autres lois internes qui soient compatibles avec le Pacte » (nos soulignés).

On sait que le droit international n'est pas d'application directe au Canada, ni au Québec, mais que les tribunaux canadiens, pour compenser cette faiblesse, ont le mandat implicite d'en vérifier l'application par le recours à une règle d'interprétation selon laquelle « le droit international – même s'il n'a pas été formellement mis en œuvre au pays – constitue un élément de contexte important en interprétation législative »⁸³. Plus encore, selon la Cour suprême du Canada, les lois canadiennes (et québécoises) sont présumées se conformer au droit international⁸⁴ et « les valeurs exprimées dans le droit international peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »⁸⁵ (nos soulignés).

En définitive, si l'on veut respecter la cohérence et les finalités du *Code civil du Québec*, le « bail en propriété » ne peut être considéré ni comme un bail de logement, ni comme un titre de propriété d'un immeuble ou d'une « unité » dans un immeuble. Le détenteur d'actions qui a un droit d'usage sur une « unité » ne peut l'habiter que si cette dernière est libre de toute occupation par un locataire qui détient un bail de logement. Son droit d'occupation disparaît lorsqu'il donne son « unité » en location. L'achat d'actions lui procure surtout l'accès aux bénéfices éventuels de cet investissement et au partage des profits (et pertes) de la corporation, propriétaire de l'immeuble.

Le « bail en propriété » a donc une dénomination trompeuse dans le contexte du droit civil québécois, car, contrairement à la *common law* qui peut aménager un certain partage de la propriété dans une *cooperative property*, le *Code civil du Québec* ne donne

83. Pierre-André CÔTÉ, précité, note 51, p. 431, # 1382.

84. *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

85. J. L'HEUREUX-DUBÉ dans : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70.

aucune latitude à cet effet en matière de droit de propriété, et le détenteur d'actions ne dispose pas non plus d'un bail de logement qui lui permettrait de bénéficier des droits d'un locataire, conformément aux dispositions spécifiques du bail de logement. Ce constat d'incompatibilité est encore vrai en 2011, alors que le *Code civil du Québec* comporte depuis bientôt 40 ans des dispositions impératives à caractère social qui assurent au locataire la protection d'un statut juridique opposable au détenteur d'un « bail en propriété ».

The English Voice of the *Civil Code of Québec*: An Unfinished History

Edmund COATES

Résumé

Cet article étudie les origines et la progression du projet visant à effectuer une révision considérable au texte anglais du *Code civil du Québec*, un effort conjoint du Barreau du Québec et de la Chambre des notaires du Québec. Pour établir le contexte de ce projet, l'article donne une vue d'ensemble de l'histoire du *Code civil du Bas Canada* et du processus qui a conduit à la promulgation du nouveau code. Il souligne aussi des questions soulevées par la voie qu'emprunteraient les changements linguistiques pour être intégrés au *Code civil du Québec*. Une annexe contient une discussion de quelques exemples de faiblesses linguistiques dans le *Code civil du Québec*.

This article examines the origins and progress of the project to extensively revise the English text of the *Civil Code of Québec*, a joint effort of the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. To provide background, the article surveys the history of the *Civil Code of Lower Canada*, and the process leading to the enactment of the new Code. It also highlights issues raised by the way the linguistic changes would be introduced into the *Civil Code of Québec*. An annex discusses a few examples of linguistic weaknesses in the *Civil Code of Québec*.

**The English Voice of the
Civil Code of Québec: An
Unfinished History**

Edmund COATES*

1. Introduction. 47

2. The path of the 1866 Civil Code 48

3. The path of the 1994 Civil Code 50

4. The project to improve the English text 53

5. Conclusion 57

Annex 57

* Quebec Research Centre of Private and Comparative Law (McGill University), member of the Barreau du Québec.

1. INTRODUCTION

1. The project to extensively revise the English text of the *Civil Code of Québec* is the latest step in a long history. For centuries, Quebec's legislation has appeared in both French and English.¹ The history of civilian private law in Quebec² stretches back even further.³ Yet there is a particular need for clarity, precision and consistency in the English and French texts of the Civil Code. For Quebec, at the very least in the eyes of its jurists, the Civil Code is more than just another statute. It is a key expression of

1. The earliest translations have been attributed to French-speaking members of the British army. However, the government would soon come to rely on French Canadian jurists. In 1768, for example, François-Joseph Cugnet was named French secretary and translator to the Governor in Council. M. McKENZIE, "The Early Years of Legislative Translation in Québec", (2009) 32 *Canadian Parliamentary Review* 38 at 38.
2. The official English name of Quebec, as an entity of public law, is written without an accent. This was the spelling when the province was created by the *Constitution Act, 1867* (for example s. 5 and 6). It seems that alteration to the name of a province requires the participation of the federal parliament and of the legislature of the province: *Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)*, 6 December 2001, S.I./2001-117, C.Gaz. 2001.II. Extra n° 6. The latest constitutional amendment involving Quebec was enacted at its request and still spells its name without an accent: *Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, 19 December 1997, SI/97-141. C. Gaz. 1997.II. Extra n°. 8. It is worth noting that the actual amendment to the constitution is the proclamation issued by the Governor General: *Constitution Act, 1982*, s. 43. In recent decades, the spelling "Québec" has become widespread in the English texts of the legislation of the province and documents issued by the provincial government. Similarly, it was widespread usage for many decades, at the federal level, to use "the Dominion of Canada" as the name of the country. This ceased after the Department of External Affairs rendered a legal opinion to the Prime Minister that the legal name of the country was simply "Canada", based on s. 3 of the *Constitution Act, 1867*: J. E. READ, "Problems of an External Affairs Legal Adviser, 1928-1946" (1967) 22 *Int'l J.* 376 at 382.
3. There was an attempt to entirely replace civil law with the common law, in the decade after France had transferred sovereignty over Canada to the United Kingdom with the *Treaty of Paris (1763)*. This was unpopular and met with passive resistance (A. MOREL, "La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774", (1960) 20 *R. du B.* 53; A. DECROIX, "La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête", (2011) 56 *McGill L.J.* 489). In general, civil law was restored by the *Quebec Act (U.K.)*, 1774, c. 83. Yet some of the institutions which had been central to the civil law of successions would no longer be part of the law, in particular reserved portions (*Quintin v. Girard*, [1858] 8 L.C.R. 317 (Q.B.)) and the *action en délivrance de legs* (*Blanchet v. Blanchet*, [1861] L.C.R. 204 (Q.B.)). One of the first inter vivos trusts of an immovable in this civil law jurisdiction was constituted in 1808 (see the preamble of the *Act to Incorporate the Minister and Trustees of Saint Andrew's Church in the City of Quebec*, S.L.C. 1830, c. 57). The courts of Lower Canada recognized inter vivos trusts of movables by at least 1859 (*Spiers v. R.*, [1859] L.C.R. 450 (S.C.)).

the legal and moral values to which our society aspires.⁴ Some civilian jurisdictions encompass their private law within a number of Codes, such as a Commercial Code, a Family Code, a Trust Code, a Code of Private International Law. In Quebec, all these matters and more have been encompassed by the Civil Code. The present *Civil Code of Québec* signals these twin ambitions from its very beginning.⁵ The French text of its preliminary provision declares that the Code establishes the “droit commun”, and the corresponding English text employs the Latin, and resolutely civilian, expression “jus commune”.

2. THE PATH OF THE 1866 CIVIL CODE

2. For the nearly 130 years before the present Civil Code came into effect, the core element of Quebec’s private law was the *Civil Code of Lower Canada*.⁶ Actually for most of its life, people simply referred to it as the “Civil Code” or sometimes the “Civil Code of Quebec,”⁷ since the Code took effect on 1 August 1866, less than a year before Confederation.

3. The *Civil Code of Lower Canada* was drafted by a commission of judges, assisted by an English secretary and French secre-

4. In the years leading-up to the advent of the new Civil Code, it was often called “un projet de société” (for example, J.-L. BAUDOUIN, “Conférence de clôture,” in *Enjeux et valeurs d’un code civil moderne*, Montréal, Thémis, 1991, 219 at 220).

5. A.-F. BISSON, “La Disposition préliminaire du *Code Civil du Québec*”, (1999) 44 *McGill L.J.* 539.

6. One of the principal goals stated by the legislation which brought about codification in Lower Canada was to render the law equally accessible in French and English: *Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure*, L.C. 1857, c. 43, Preamble. The codifiers’ work on the *Code of Civil Procedure* was rushed and led to a far less harmonious, clear, self-sufficient and polished result. See J.-M. BRISSON, *La formation d’un droit mixte: l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

7. Already in 1877, the case reports of the newly established Supreme Court of Canada refer interchangeably to the “Civil Code of Quebec”, the “Civil Code”, and the “Civil Code of Lower Canada”: *Joyce v. Hart*, [1877] 1 S.C.R. 321; *Johnston v. St. Andrew’s Church (Montreal)*, [1877] 1 S.C.R. 235. There was only one official edition of this Code: *Code civil du Bas Canada* [: *Civil Code of Lower Canada*, Ottawa, Malcolm Cameron, 1866. However, some commercial editions in the following decades presented themselves as the “Civil Code of the Province of Quebec”. For example: W.A. WEIR, *Civil Code of the Province of Quebec*, Montréal, A. Périard, 1890, R. DEGUIRE, *Civil Code of the Province of Quebec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946. Quebec’s laws typically referred to “the Civil Code”, a practice inaugurated by the first session of the legislature of the new province: s. 2(1), *Act respecting the Interpretation of the Statutes of this province*, S.Q. 1868, c. 7. Among other things, section 10 of this Act provided that subsequent legislation could not implicitly amend or repeal articles of the Code.

tary; both of these secretaries were lawyers knowledgeable about the civil law of Quebec (and well versed in the other language).⁸ The judges worked individually to produce initial drafts of the various parts of the Code. Some parts were initially drafted in French; others were initially drafted in English (including some key parts from a civilian point of view, for example the title on obligations).⁹ The drafts were translated into their corresponding language, reviewed by the judges as a commission,¹⁰ and then presented to the legislature in the form of bilingual reports¹¹ detailing the sources and authorities consulted for each article. The legislature made its desires known on certain questions by a series of resolutions, and empowered the Commissioners to integrate these decisions into a legal text.¹²

4. The Code was intended principally as a consolidation and rationalisation of the disparate layers of existing law. A first layer was Pre-Revolutionary French law. The law of New France had notably received royal edicts and parts of the *Coutume de la prévôté et vicomté de Paris* (an authorised statement of the customary civil law of the Paris region which had been prepared in

-
8. The initial French secretary was made a commissioner following the death of Commissioner Augustin Norbert Morin. The initial English secretary, T. K. Ramsay, was dismissed, seemingly due to his outspoken political views. See B. J. YOUNG, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994, at 124-126. Young misinterprets Ramsay when he writes of him: "bilingual, Ramsay later published in French explaining that he wrote better in French than in English" *ibid.* at 125. Young gives in support of this claim a reference to Ramsay's *Notes sur la Coutume de Paris*, Montréal, La Minerve, 1863, at ii. However, Ramsay actually writes there "À quelques uns de mes lecteurs il paraîtra peut-être étrange, que j'écrive ces notes en français; mais il m'a paru plus facile d'écrire en français que de traduire en anglais le texte de la coutume, et l'amalgame de deux langues modernes dans un même ouvrage offre des inconvénients sérieux." Ramsay was introducing his annotated edition of an old French text. Accordingly, he can be translated into English as saying: "For a few of my readers it might seem strange that I write these annotations in French; but it seemed easier for me to write in French than to translate the [old French text] into English, and an amalgam of two modern languages in one and the same book presents substantial disadvantages."
 9. Charles Dewey Day's working draft for "Obligations" is the first document on microfilm reel N° 1 of the *Papiers René-Edouard Caron* (at the Nahum Gelber Law Library of McGill University). These proceedings and documents of the Commission were microfilmed from the originals in the collection of the Séminaire de Québec in 1966, with the participation of John E.C. Brierley.
 10. The second English secretary of the Commission recalls its manner of proceeding: T. McCORD, *Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Dawson, 1867, at vii-ix.
 11. *Civil Code of Lower Canada [Reports 1 to 7 and Supplementary Report]*, Québec, Desbarats, 1865.
 12. *Act respecting the Civil Code of Lower Canada*, L.C. 1865, c. 41.

1510 and reformed in 1580). Layered over this were enactments by the British Imperial Parliament and local legislatures, as well as local ordinances, and cases decided by the courts. By 1863, T. K. Ramsay found that almost half of the 362 articles of the *Coutume de Paris* had no force at all in Lower Canada; the law with respect to 50 of the remaining 198 articles had been altered, at least to some extent, by local legislation.¹³

5. The Codification Commissioners could propose changes to the existing law, so long as they gave reasons and distinguished these proposals from the old law.¹⁴ The only official edition of the Code¹⁵ set changes to pre-existing law within square brackets, an indication typically continued over the years by commercial editions of the Code.¹⁶ However, the courts were not bound to accept these indications.¹⁷ Some elements of the old law subsisted outside the Code; for example, the *Declaration of the King respecting the Religious Orders and Persons subject to Mortmain, established in the Colonies of France* (1744) was only rendered inoperative for Quebec at the end of the twentieth century.¹⁸

3. THE PATH OF THE 1994 CIVIL CODE

6. By the mid-twentieth century, the leading institutions and values of Quebec society had changed from the 19th century, particularly as to the role of women and religion, and they were to continue to change dramatically in the following decades.¹⁹ For example, parishes could levy special taxes on the land and other

13. *Notes sur la Coutume de Paris*, Montréal, La Minerve, 1863, at i.

14. *Act to provide for the Codification*, *supra*, note 6, s. 6.

15. *Supra*, note 7.

16. But not always, see, for example, *Civil Code of Lower Canada*, comp. by E. H. CLIFF, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945.

17. Text not in brackets actually old law: *Trust and Loan Company of Canada v. Gauthier*, [1904] 94 1 A.C. 94 (P.C.); text within brackets actually new law: *Lebel v. Bélanger*, [1892] 2 R.J.Q. 116. (Qc. Sup. Ct.).

18. *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, s. 609.

19. Claire Kirkland-Casgrain was the first woman elected to Quebec's legislative assembly and Quebec's first female cabinet minister. In the latter role, she moved the second reading of the bill which abolished the legal incapacity of married women. On that occasion, Ms Kirkland-Casgrain began by quoting from both the *Universal Declaration of Human Rights* and Pope John XXIII's encyclical *Pacem in Terris*. Later in her speech, Ms Kirkland-Casgrain quoted John XXIII's statement that spouses should have equal rights and duties in the family, as one of the three reasons why the bill went further than a report had recommended. Quebec, Legislative Assembly, *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, vol. 1, No. 21, 11 February 1964, at 891 and 895.

immovables owned by Roman Catholics, for the repair or construction of the parishes' buildings. The installments of the tax would continue to be due and charge the immovable, even if the immovable was transferred to a non-Catholic or an incorporated entity (this was still described in 1963 as "the most frequent mode of financing church buildings in the diocese of Montreal)."²⁰ A non-religious solemnisation of marriage became possible in 1968.²¹ Until 1994, recognised religious organisations enjoyed the delegated power to have official state registers of births, marriages, and deaths, as well as to issue official documents based on these registers.²²

7. Over the years, the courts had also developed legal doctrines and interpretations that were consistent with the Code, yet that needed to be integrated into its explicit text. For example, from the 1930s to the 1970s, Quebec courts and doctrinal writers developed a general theory of unjust enrichment, based on extrapolations from specific provisions of the *Civil Code of Lower Canada*. This theory was confirmed by the Supreme Court of Canada in 1976,²³ and sure enough the new *Civil Code of Québec* includes a section which sets out these principles as to unjust enrichment (art. 1493-1496). Finally, all sorts of innovations and changes to the private law had been adopted in piecemeal statutes over the years and needed to be integrated into the Code.

8. The efforts to revise Quebec's Civil Code stretched back to 1955, and culminated in the Civil Code Revision Office's submission of a Draft Civil Code in 1977.²⁴ The extensive consultations leading up to the Draft Code were in French and English, and the drafters of this Code paid careful attention to the texts in each language. Prof. Crépeau, president of the Revision Office, saw the Civil Code as belonging to the non-legally trained citizen, as well as the jurist, and dreamt of copies of the Code being read alongside magazines on Montréal's subway.²⁵

20. J.-G. CARDINAL, "La cotisation d'église", in *Études juridiques en hommage à Monsieur le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Université de Montréal, 1963, 183 at 187.

21. *Act respecting civil marriage*, S.Q. 1968, c. 82.

22. Art. 42 C.C.L.C. See M. POURCELET, "L'aspect confessionnel des actes de l'état civil: ses inconvénients; à la recherche d'une solution", (1963) 47 *Thémis* 124.

23. *Cie Immobilière Viger v. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67.

24. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*, and vol. II, *Commentaries*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

25. P. A. CRÉPEAU, "Civil Code Revision in Quebec", (1974) 34 *La. L. Rev.* 922 at 932.

9. Over the next dozen years, Quebec's ministère de la Justice set about preparing a series of draft bills (avant-projets) and bills, inspired partly by the Office's Code.²⁶ The working language for the drafting was French; the review of each article by a committee of the National Assembly was in French. The texts were not translated into English by civilian jurists at the ministère de la Justice, but rather by the general translators of the National Assembly. When the Minister of Justice appeared before the committee, he said that the translation work was, after all, being done under the general supervision of René Chrétien, manager of legislation and legal affairs on the staff of the National Assembly, and that Mr. Chrétien was a member of the Bar. Louise Harel, a member of the committee and of the Parti Québécois opposition, pointed out that even if a lawyer was responsible for the file, the people actually doing the translation did not have training in the law; they had studied literature more than anything else.²⁷

10. The government requested a confidential report on the quality of the English text from John E.C. Brierley, former Dean of the Faculty of Law at McGill University and internationally recognised expert in the civil law. Prof. Brierley apparently produced a thorough opinion, yet the government chose not to act on it for reasons of economy.²⁸ Still, the tenor of Prof. Brierley's opinion can be presumed from a presentation he made in March 1992 at the Université de Montréal: "The disparity between the two language versions is omnipresent and only too obvious. [...] There remains, however, in the final English version, an embarrassingly long list of apparent errors, gallicisms, poor word choices, infelicities, lack of concordance, solecisms, literal renderings and instances where there is an indecisiveness as to which term will be the principal term."²⁹

26. This halting process at first aimed to enact a new Civil Code in installments. However, only two installments, dubbed "Civil Code of Québec", were enacted: *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, and *Act to add the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Québec*, S.Q. 1987, c. 18. In 1994, they were replaced by the *Civil Code of Québec*, as is stated in this code's Final Provisions.

27. Quebec, Assemblée nationale, *Journal des débats: commissions parlementaires*, vol. 1, No. 12, 19 September 1991, at SCI-501.

28. R. MacDONELL, "English translation found wanting", Montréal, *The Gazette*, 18 December 1993, A26.

29. J.E.C. BRIERLEY, "Les langues du Code civil du Québec", in *Le nouveau Code civil: interprétation et application: les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 129 at 142-45. On this occasion, Prof. Brierley also stated that "he did not participate in [a] process of attempting to render an English

11. Deficiencies in the English text of what was to become Quebec's new Civil Code³⁰ were remarked on even before it came into force in 1994.³¹ With exaggeration for polemical effect, Montréal's English language daily newspaper declared in an editorial: "Unfortunately, the English language version of the 3,168 articles of Quebec's new code is a disaster. [...] The translation sometimes reads like a robotic, word-for-word rendering from a computer on the blink. In fact, the quality is so spotty that it defeats the purpose of a legal code, which is to establish the principles of justice in clear language".³² Three years later, the Supreme Court of Canada reaffirmed in *Doré v. Verdun*³³ that, whatever the unfortunate factual reality, the courts could not treat the English text of the Code as merely a translation of a French original. By constitutional imperative, the text in each language continues to be equally authoritative and have equal status.

4. THE PROJECT TO IMPROVE THE ENGLISH TEXT

12. Due to the leadership of Casper M. Bloom,³⁴ a joint committee on the English version of the Civil Code was formed by the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. The

version of Bill 125 [the proposed Code] at the time the Bill was under study in [National Assembly] committee during the months immediately preceding its enactment". The Minister of Justice had twice suggested to the committee that Prof. Brierley was involved in this task (*ibid.*, at 143). It can only be speculated that the Minister had received a false impression due to some failure in communication within the ministère or between the ministère and the National Assembly's staff.

30. The federal parliament created in 1867 has exclusive legislative power over some of the matters addressed by the *Civil Code of Lower Canada*. So the structure and a few provisions of this code hovered in a legal dusk until its repeal and replacement were completed by the *Federal Law – Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4. For example, article 373 (now replaced) of the *Civil Code of Québec* purported to raise the minimum age for marriage from the *Civil Code of Lower Canada's* fourteen for men, and twelve for women, to sixteen for both sexes. This increase was validly enacted into law by section 6 of the federal *Act*.
31. This issue came up repeatedly in meetings of the Administrative Committee of the Barreau du Québec. See, for example, the remarks of Sylviane Borenstein, bâtonnière du Québec (1990-1991) as well as of Alain Létourneau and Pierrette Rayle (bâtonniers of the Barreau de Montréal, respectively for 1991-1992 and 1992-1993), in the minutes for agenda item CA 1992-067.04 of the 28 May 1992 meeting of the Administrative Committee.
32. Montréal, *The Gazette*, 29 December 1993, B2.
33. *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862.
34. At one time bâtonnier of the Barreau de Montréal, he was later appointed Chairperson of the [Federal] Public Service Labour Relations Board.

Joint Committee³⁵ negotiated a mandate with Quebec's ministère de la Justice³⁶ to prepare a proposal for extensive revisions, to improve the English text of the Code.

13. As a first step, expert sub-committees made up of academics, practitioners, and a few judges, all working pro-bono, went over various books and chapters of the Code.³⁷ Once their ground-work was completed, it needed to be checked, expanded and harmonized by a legislative counsel.³⁸ This lawyer³⁹ then prepared

35. Its membership included: Suzanne M. Birks, Casper M. Bloom (chair), Martin Boodman, John E.C. Brierley, Allan R. Hilton, Nicholas P. Kasirer, Michael McAuley, Isabelle Reinhardt, Danielle M. St-Aubin, and Jeffrey A. Talpis.
36. In 2002, a few dozen corrections were made to the English text of the Code by the *Act to amend the Civil Code and other legislative provisions*, S.Q. 2002, c. 19, s. 15. Marie José Longtin was one of ministère de la Justice's principal civil servants charged, in the 1980s and early 90s, with the drafting of the *Civil Code of Québec*, and later with the preparation of the *Act to amend the Civil Code*. Ms Longtin expressed the opinion that "The English text [of the *Civil Code of Québec*] gave rise to astonishment and several comments. However, the discordances [in the Code] seemed small in number" (present author's translation of: "Le texte anglais a suscité chez certains de l'étonnement et plusieurs commentaires. Toutefois, les discordances y sont apparues peu nombreuses."): M. J. LONGTIN, "La réforme du Code civil: la gestion d'un projet" in *Du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2005, 163 at 173. It is not entirely clear what principle was used within the ministère to select the changes which the *Act to amend the Civil Code* made to the English text. However, they appear to have been chosen from among the indications of a scholarly edition of the Code. In his preliminary remarks to the National Assembly committee, the Minister of Justice said: "Ces modifications, je tiens à le souligner, ont été identifiées principalement sur la base des discordances notées par les professeurs Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer- je ne sais pas si le nom est bien prononcé- du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, dans leur *Édition critique du Code civil* [...]. Elles devraient donc à ce titre recevoir l'assentiment de tous." (Quebec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 37, n° 54, 27 March 2002, at 4).
37. The participants included: Robert Alain, Susan Altschul, A. Edward Aust, Max Bernard, Gregory Bordan, David L. Cameron, Robert Carswell, Janet Casey, Richard Clare, John B. Claxton, J. Brian Cornish, Andrea Daniels, Peter W. Davidson, Majorie Delagrave, Antonio Discepolo, Stephen L. Drymer, Jeffrey Edwards, L. B. (Les) Erdle, David Franklin, Frances Freedman, Michael L. Garonce, Serge Gaudet, Franklin Gertler, Patrick Glenn, Robert Godin, Alan Z. Golden, Gerald Goldstein, Raymond Grenier, Stephen Hamilton, Jonathan G. Herman, Daniel Jutras, Solomon Katz, David H. Kauffman, Karen Kear Jodoin, Earl Kimmel, Ray Lawson, Michael Levinson, Paul Mayer, Pamela McGovern, Donald McGowan, Janice Naymark, Vincent O'Donnell, Peter G. Pamel, John A. Penhale, Eva Petras, Daniel Phelan, Marilyn Piccini Roy, Stacey Pinchuk, Luc Plamondon, Alain Prujiner, Isabelle Reinhardt, Peter Richardson, Christopher Richter, Geneviève Saumier, Stephen Schenke, Martha Shea, Sandor Steinberg, Gerald Stotland, Jeffrey A. Talpis, William Tetley, Elana Weissbach, and James A. Woods.
38. The bulk of the funding which made this work possible was contributed by the Federal Department of Justice's programmes to promote access to justice in Canada's official languages. There have also been financial contributions from the ministère de la Justice du Québec, the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec.
39. The present author.

the suggested amendments to the Code as a series of annotated reports to the ministère.⁴⁰ For the sake of consistency of style, it was important that the text pass through one hand. On behalf of the Joint Committee, Nicholas Kasirer⁴¹ and John Claxton⁴² reviewed the work of the legislative counsel and gave him many useful suggestions.

14. The ministère then formed a committee⁴³ to examine the reports. Over the following four years, the Joint Committee's legislative counsel has had detailed exchanges with the ministère committee, as it goes over the individual reports. Sometimes, more explanations are required. Sometimes the ministère committee comes up with a better way to solve a problem in an article. Sometimes the Joint Committee's legislative counsel has been able to redraft or replace one of the proposals, to address a problem in a different way, and this alteration then gains the ministère committee's acceptance.

15. Many of the proposed changes are improvements in grammar, phrasing or in the arrangement of words, to make for easier reading. Some changes deal with patent discrepancies. Yet a good number of instances address problems which would not be evident to an ordinary reader, without a careful understanding of the law, of the history behind the provisions, and of how English works.

16. An example is the concept of "vie commune" which plays a key role in the provisions on the rights and duties of spouses. For instance, the French text of article 392 says that the spouses are "tenus de faire vie commune." The English text says they are bound to "live together". This concept has concrete legal effects. In particular, the court may use the date when the spouses ceased to

40. *Rapports sur le Code civil du Québec*, Montréal, Barreau du Québec & Chambre des notaires du Québec, 2004-2007, available in the collection of the Nahum Gelber Law Library of McGill University.

41. Nicholas P. Kasirer served in turn as a law clerk to Justice Jean Beetz at the Supreme Court of Canada, professor then dean at the Faculty of Law at McGill University, and was named to the Quebec Court of Appeal in 2009.

42. John B. Claxton was a long-time partner of the law firm now known as Gowlings. He practiced particularly in land law, real security, and trust law. He is the author of numerous doctrinal articles and two books.

43. Key members of the ministère committee include Pierre Charbonneau, a notary, and Donald Breen, a translator.

have a “vie commune” as a cut-off when ruling on the financial consequences of a separation or the end of a marriage.⁴⁴

17. However, spouses can have a “vie commune” without living together, and they can live together without having a “vie commune”.⁴⁵ In principle, spouses will cohabit. Yet, due to personal or occupational necessities, there are situations when each may live in a different place, in fact have a different domicile. If they share enough other aspects of their lives, they continue to have a “vie commune”. On the other hand, a marriage may deteriorate to the extent that the spouses are living detached lives, yet for financial reasons continue to share the same address. Perhaps a husband or wife lives in the basement of a house and the other spouse lives on the ground floor. Even if they are forced by circumstances to share kitchen or bathroom facilities, they are hardly continuing to share a “vie commune”. Accordingly, the Joint Committee’s reports propose the replacement of “live together” with “share a community of life”, a term which better conveys the role of “vie commune” within married life and the civil law.

18. In 2009, Quebec’s National Assembly passed the *Act respecting the Compilation of Québec Laws and Regulations*.⁴⁶ The relevant innovation for our purposes is that it confers powers on the Minister of Justice, “if the intended meaning is otherwise clear, [to make] minor corrections with a view to reconciling, among other things, the French and English versions” (“apporter, si l’intention est par ailleurs manifeste, des corrections mineures aux textes pour effectuer une concordance, entre autres, entre leurs versions anglaise et française”). The Act applies to Quebec laws generally, yet it is natural to think of it particularly in relation to the Civil Code, since the vast majority of the improvements to the English text will apparently enter the Code this way.

19. Still, this provision invites some questions. Does this sort of power presume that there is an objective standard for clarity of intention and meaning? Sometimes things seem quite clear, then an odd or unexpected case arises and suddenly things do not seem

44. Art. 466, 489, 508, 518 C.C.Q.

45. *Droit de la famille – 3690*, [2000] R.D.F. 530 (Qc. Sup. Ct.); Nicholas KASIRER, “What is vie commune? Qu’est-ce living together?”, in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, at 487.

46. S.Q. 2009. c. 40.

clear at all. It remains to be seen what weight the courts will give to the Minister's judgment in these matters.⁴⁷ It also remains to be seen whether changes by such means could lay traps that will spring years in the future, when a court rules on the basis of the original text, finding a supposedly technical change to be substantive.

5. CONCLUSION

20. While the civil law is not at all dependent on the presence of a Civil Code in a jurisdiction, it is natural that civilian jurisdictions are drawn to codify their private law, particularly with a Civil Code at its center. The civil law emphasizes deductive reasoning based on classification, structure, higher-order principles, coherence and systematization. Drafters of a Code aspire to a measured and consistent use of terminology and concepts; they aspire to craft an intellectual construction that will accommodate the passage of time, one that strikes the right balance between abstraction and precision. Quebec's continuing heritage of a Civil Code expressed in French and English presents some challenges to drafters and interpreters. However, if the drafting and interpretation respects Quebec's particular legal tradition, the contribution of both languages can only lead to greater clarity in the law and a more accurate understanding of the legislator's intent. The project to revise the English text of the *Civil Code of Québec* has sought to further this legacy.

ANNEX

21. This annex provides a few examples of the wide variety of improvements which need to be made to the English text of the *Civil Code of Québec*. The most simple to correct are the lapses in grammar. One example is the Code's frequent use of "a property" as corresponding to "un bien" (perhaps influenced by the fact that "a landed property" can be a correct translation for "une propriété foncière"). In other cases which need correction, there is wording in either the English or French text that is not in the other text.

47. With respect to the *Commentaries* on the Code, which Quebec's ministère de la Justice had issued in 1993, the Supreme Court of Canada said that "they are not binding on the courts, and their weight can vary, *inter alia* in light of other factors that may assist in interpreting the Civil Code's provisions": *Doré, supra*, note 33 at 873.

For example, the English text of article 1696 extends merely to “relatives by blood”, while the French text extends to all relatives (and thus includes the relatives whose ties arise from adoption).

22. There are also questions of proper terminology, of uniformity of terminology, and of coherence in concepts. For example, why do some legal effects arise “of right”, here and there in the Code (e.g., art. 632, 785, 1716), here and there “by operation of law” (e.g., art. 389, 780, 1519), and elsewhere in the Code “by the sole operation of law” (art. 1594, 1597)? All these expressions are meant to correspond to the concept of “de plein droit”. Why does the Code still refer to the “emphyteutic lessee” (e.g., art. 1200), when the Code now conceives of emphyteusis as a dismemberment of the right of ownership (art. 1119), and when the French text has severed the conceptual ties this institution had, in the old law, with the contract of lease?⁴⁸

23. Unfortunately, the English text of the Code only makes occasional use of the expression “act or omission”, to convey the concept which the French text expresses with the term “fait” (e.g., art. 876, 1151, 3020). At times, the English text confuses this concept of “fait”/ “act or omission” with that of a fault (e.g., art. 1732). More often, the English text just mentions “acts” (e.g., art. 1480, 1514, 1609), while intending to encompass acts and omissions (or the text uses the term “actions”, which is no better, art. 874). The English text even uses “act” in one article and then “act or omission” in the next, intending to refer to the same concept (cf., art. 1461 and 1462).

24. There are numerous substantive differences between the English and French texts of the Code. For example, between the texts of article 2828:

2828. Celui qui invoque un acte sous seing privé doit en faire la preuve.

Toutefois, l’acte opposé à celui qui paraît l’avoir signé ou à ses héritiers est tenu pour reconnu s’il n’est pas contesté de la manière

2828. A person who invokes a private writing has the burden of proving it.

Where a writing is set up against the person purporting to have signed it or his heirs, it is presumed to be admitted unless it

48. E. COATES, “*Emphyteutic Lessee c. Emphyteuta*”, (2009) 111 *R. du N.* 541.

prévue au *Code de procédure civile* (chapitre C-25). is contested in the manner provided in the *Code of Civil Procedure* (chapter C-25).

The second paragraph of the English text seems a slightly absurd provision. If a person claims to have signed a writing, why specify that she is presumed to admit signing it? In fact, this article was intended to restate the preexisting law from the *Civil Code of Lower Canada*.⁴⁹ It is the writing which gives the impression that it was signed by the person, not the reverse.⁵⁰ The English text needs to be recast, so as to properly express the law and harmonize with the French text: “*However, a writing set up against the person by whom it purports to have been signed or his heirs is considered to be admitted unless it is contested in the manner provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25)*”.

25. It seems fair to presume that both the English and French texts of the Code could have better expressed the legislator’s intentions, if there had been a mutual influence between drafters and translators.⁵¹ An example is the second paragraph of article 2780. In the French text, the masculine pronoun “il” could be referring to the court or to the person who registered the notice. The English text uses the pronoun “him”, and so decides the ambiguity in favour of the person. However, the right choice would have been to use the pronoun “it” in the English text. The article actually intends to refer the court, placing in judicial hands this option to designate the other person (who will proceed with the

49. Art. 1223 and 1224 C.C.L.C.; see *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, Québec, Publications du Québec, 1993, at 1771.

50. L. DUCHARME, *L’administration de la preuve*, 4th ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, at 28-29 and 316.

51. The Bilingual Legislative Counsel of the Province of Ontario notes that: “Whatever process is used (translation, codrafting or a variation of the two), it is essential that each version be compared and adjusted to the other so that they convey the same legal message, otherwise the legal effect of the text will be uncertain. Moreover, it is advisable that no one version be finalized until the comparison and adjustment process has been done. Two languages are never identical in structure and do not necessarily have exact equivalents for all terminology. Some concepts can be expressed more simply in one language than another. Having two language versions of a text highlights cases where that occurs and naturally suggests to the drafter ways of changing either or both versions to clarify the intended meaning. The suggested changes will improve the quality of the text as a whole, and the drafter can make them as long as the text is not in its final form.” M.J.B. WOOD, “Drafting Bilingual Legislation in Canada: Examples of Beneficial Cross-Pollination between the Two Language Versions”, (1996) 17 *Stat. L. Rev.* 66 at 69.

sale when the creditor does not act).⁵² If the question had arisen in discussions between drafters and translators, the right choice would have been made in English, and presumably the French text would have been adjusted to avoid this ambiguity.

2780. Le créancier requis de vendre doit procéder à la vente, à moins qu'il ne préfère désintéresser les créanciers subséquents qui ont inscrit l'avis ou, si l'avis a été inscrit par le débiteur, que le tribunal n'autorise le créancier, aux conditions qu'il détermine, à prendre en paiement.

2780. A creditor required to sell shall proceed to do so unless he prefers to pay the subsequent creditors who registered the notice, or, if the notice was registered by the debtor, unless the court authorizes the creditor to take the property in payment on such conditions as it determines.

À défaut par le créancier d'agir, le tribunal peut permettre à celui qui a inscrit l'avis exigeant la vente, ou à toute autre personne qu'il désigne, d'y procéder.

If the creditor does not act, the court may allow the person who registered the notice requiring the sale, or any other person designated by him, to proceed with it.

26. Sometimes provisions of the English text are opaque, and a reader's understanding depends on the French text. For example, article 865 deals with a situation where an inheritance is divided-up, and there are documents which relate to the ownership of items which come within more than one of the shares. Thus, one of the heirs is chosen to have possession of the documents, but this heir must permit the other heirs to make use of the documents, when they ask her for this help. However, the English text of the Code says that the heir is to "assist them in this matter", leaving the nature of the "assistance" and of the "matter" unclear.

865. Après le partage, les titres communs à tout ou partie de l'héritage sont remis à la personne choisie par les héritiers pour en être dépositaire, à charge d'en

865. After partition, the titles common to the entire inheritance or to a part of it are delivered to the person chosen by the heirs to act as depositary,

52. É. LAMBERT, *Les sûretés*, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, at 622; *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *supra*, note 49 at 1741.

aider les copartageants, sur demande. En cas de désaccord sur ce choix, il est tranché par le sort.

on the condition that he assist the co-partitioners in this matter at their request. Failing agreement on the choice, it is made by a drawing of lots.

27. In conclusion, two examples will stand for the many places where the phrasing of the English text calls for improvement. These places range from tortuous to just awkwardly drafted. Fortunately, the mild and medium varieties in this range are far more common. A mild example is at the end of the second paragraph of article 43: ("The expressed wishes shall be followed, except for a compelling reason).” This would read more naturally in English if it were phrased: "The *wishes expressed* shall be followed, unless there is a compelling reason *not to do so*". Article 2754 is an example at the more tortuous end of the range (aside from the terminological problem of its using the word "spread", rather than the proper term "divided").

2754. Lorsque des créanciers de rang postérieur n'ont d'hypothèque à faire valoir que sur un seul des biens grevés en faveur d'un même créancier, l'hypothèque de ce dernier se répartit, si au moins deux de ces biens sont vendus sous l'autorité de la justice et que le prix à distribuer soit suffisant pour acquitter sa créance, proportionnellement à ce qui reste à distribuer sur leurs prix respectifs.

2754. Where later ranking creditors are secured by a hypothec on only one of the properties charged in favour of one and the same creditor, his hypothec is spread among them, where two or more of the properties are sold under judicial authority and the proceeds still to be distributed are sufficient to pay his claim, proportionately over what remains to be distributed of their respective prices.

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux ?

Vincent DE L'ÉTOILE et
Chantal CHATELAIN

Résumé

Bien que le recours collectif soit prévu au *Code de procédure civile* depuis plus de trente ans et que l'injonction était alors plus que centenaire, les plaideurs n'ont fait usage de ceux-ci de façon conjointe qu'avec parcimonie. Les tribunaux sont également demeurés avares de commentaires sur la possibilité de solliciter une « injonction collective ». Pourtant, les objectifs et les enjeux sociaux soulevés par l'un et l'autre de l'injonction et du recours collectif présentent plusieurs similitudes et autant d'occasions d'utilisation conjointe.

Les auteurs proposent un bref survol de l'état du droit et de l'analyse jurisprudentielle à ce jour concernant la possibilité de solliciter une « injonction collective ».

Ainsi, le présent texte s'attarde, entre autres sujets, à savoir si une ordonnance d'injonction est une conclusion appropriée dans le cadre d'un recours collectif, si une conclusion en injonction peut être une question commune aux membres du groupe visé par un recours collectif et comment une conclusion en injonction peut satisfaire le critère de l'apparence sérieuse de droit pour autoriser un recours collectif.

Les auteurs proposent également des pistes de réflexion quant à certains aspects particuliers associés à l'injonction collective n'ayant pas fait l'objet d'enseignements jurisprudentiels et quant aux perspectives d'avenir de ce type de demande.

L'injonction collective : le recours collectif et l'injonction, un mariage heureux ?

Vincent DE L'ÉTOILE et
Chantal CHATELAIN*

I. INTRODUCTION.	67
II. L'INJONCTION, UNE CONCLUSION RECHERCHÉE APPROPRIÉE	67
A. La jurisprudence antérieure	68
B. La jurisprudence actuelle	70
III. LE CRITÈRE DE L'ARTICLE 1003 A) DU <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i>	73
IV. LE CRITÈRE DE L'ARTICLE 1003 B) DU <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i>	77
A. Les exigences quant à la formulation précise de l'ordonnance collective recherchée	78
B. La pertinence des critères de l'ordonnance d'injonction interlocutoire à l'étape de l'autorisation d'exercer l'injonction collective	82
C. La connexité des conclusions en injonction et de celles recherchant une condamnation monétaire	84

* Les auteurs sont respectivement sociétaire et associée auprès du cabinet Langlois Kronström Desjardins, S.E.N.C.R.L.

V. L'INJONCTION COLLECTIVE INTERLOCUTOIRE OU PROVISOIRE, EST-CE POSSIBLE ?	86
A. Avant l'autorisation d'exercer un recours collectif	86
B. Après l'autorisation d'exercer un recours collectif	90
VI. DES QUESTIONS NON ENCORE ABORDÉES PAR LES TRIBUNAUX	93
A. Les droits des membres du groupe.	93
B. La sanction du non-respect de l'injonction : l'outrage au tribunal	95
VII. CONCLUSION	96

I. INTRODUCTION

« Où le sort voulut nous lier, il faut
savoir vivre paisible »

- Jean Frain du Tremblay, 1703

Alors que la procédure qu'est le recours collectif a été introduite au *Code de procédure civile* en 1979, l'injonction était déjà, à cette époque, centenaire ayant fait son apparition formelle dans notre droit en 1878¹.

Malgré ces fortes institutions et les impacts que tant les recours collectifs que l'injonction peuvent engendrer, l'un et l'autre ont tardé à s'enchevêtrer.

En effet, les plaideurs n'ont fait usage de ceux-ci de façon conjointe pour sanctionner un droit sur une base collective qu'avec parcimonie, alors que les tribunaux sont majoritairement restés avares de commentaires sur cette question particulière qui offre pourtant l'occasion d'une analyse approfondie quant aux objectifs et aux enjeux sociaux soulevés par l'un et l'autre.

Sans prétendre à une étude exhaustive des conditions donnant respectivement ouverture à l'injonction ou au recours collectif, nous proposons un bref survol de l'état du droit concernant « l'injonction collective » et brossons certaines pistes de réflexion quant aux perspectives d'avenir de ce type de demande qui pourrait être appelée à prendre son essor avec la multiplication des recours collectifs.

* * *

II. L'INJONCTION, UNE CONCLUSION RECHERCHÉE APPROPRIÉE

Les tribunaux québécois ont longuement hésité avant de reconnaître le droit à l'injonction collective.

1. Alain PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20(1-2) *Les Cahiers de droit* 249-275.

Les tribunaux ont initialement adopté une position ferme sur cette question pendant plusieurs années et ont conclu à l'incompatibilité de l'injonction et du recours collectif. Nous avons toutefois récemment assisté à un retour du balancier, lequel apparaît néanmoins encore en mouvance.

A. La jurisprudence antérieure

Lorsque les premières occasions se sont présentées, les tribunaux québécois ont vite conclu que le recours collectif n'est pas normalement compatible avec l'exercice d'une demande en injonction.

L'un des premiers jugements d'intérêt rendu en la matière est l'affaire *Archambault c. Construction Bérou inc.*².

Dans cette affaire, le requérant demeurait à proximité du site d'activités de l'intimée, laquelle exploitait un site d'enfouissement de déchets solides. Alléguant une perte appréciable de jouissance de sa propriété et de la qualité de la vie et des abus de droit de l'intimée dans l'exercice de ses activités, notamment en raison de l'odeur, du bruit et de la poussière causés par celles-ci, le requérant a saisi la Cour supérieure par l'entremise d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif afin d'obtenir une ordonnance d'injonction pour enjoindre l'intimée de cesser toutes ses activités sur son site et pour l'octroi d'une condamnation en dommages-intérêts.

S'interrogeant sur la compatibilité du recours collectif avec l'injonction, la Cour supérieure, sous la plume du juge Tellier, s'exprimait comme suit :

La deuxième question qui se pose préliminairement est de se demander si le recours en injonction est compatible avec un recours collectif. Avec respect pour l'opinion contraire, le tribunal estime que le recours en injonction dans les présentes circonstances s'accommode mal dans le cadre du recours collectif. On n'en voit pas ni la pertinence ni l'utilité.

En effet, même si le requérant avait raison et qu'il convainquait un juge d'émettre une injonction, l'ordonnance réglerait d'emblée le

2. *Archambault c. Construction Bérou inc.*, [1992] R.J.Q. 2516 (C.S.), Désistement d'appel (C.A., 1993-01-26), 500-09-001819-929.

problème pour tous les intéressés. Il importe peu alors que l'injonction soit demandée pour une, 100 ou 500 personnes. Le résultat serait le même pour toutes les personnes intéressées. La seule différence est que si l'on permettait le recours collectif, on imposerait à tous les membres visés des dépenses d'énergie et d'honoraires inutiles. Ceci n'apparaît pas être le but recherché par le législateur quand il a adopté le recours collectif.³ [...]

Soulignant au passage une règle d'application générale en matière d'injonction à l'effet qu'il n'appartient normalement pas à un citoyen ou à un individu de prendre en main l'application d'une loi publique et de poursuivre les auteurs d'une infraction pour obtenir une injonction pour que cesse l'infraction, la Cour supérieure concluait que le recours collectif n'apparaissait pas normalement compatible avec l'exercice d'une demande en injonction.

S'autorisant notamment de cette affaire, les tribunaux concluaient généralement jusqu'à tout récemment, à l'instar d'un recours collectif visant la nullité de règlements municipaux⁴, que les demandes d'injonction recherchées dans le cadre de recours collectifs n'étaient pas normalement compatibles avec la finalité d'un tel moyen de procédure alors que la même démarche pouvait facilement être entreprise par une seule personne, sans les complications procédurales associées à l'introduction d'un recours collectif, et à moindre coût⁵.

Ainsi, la Cour supérieure, dans l'affaire *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*⁶, était d'avis « qu'un recours collectif est incompatible avec celui en injonction », tandis qu'elle soulignait dans l'affaire *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*⁷ qu'il « est loin d'être certain que le recours collectif soit le bon véhicule procédural pour requérir l'émission d'une ordonnance en injonction ».

3. *Ibid.*, p. 11.

4. *Francoeur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511 (C.A.) ; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.) ; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60 ; *Vena c. Montréal (Ville)*, J.E. 2002-1799 (C.A.). Plus récemment, voir aussi *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65.

5. *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, J.E. 2004-1250 (C.S.) ; Appel rejeté, J.E. 2007-513 (C.A.) ; *Dorion c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN)*, J.E. 2005-654 (C.S.) ; *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*, J.E. 97-514 (C.S.), Requête pour autorisation de produire un désistement accueillie (C.S., 2003-06-09), 200-06-000001-951.

6. J.E. 97-514 (C.S.), Requête pour autorisation de produire un désistement accueillie (C.S., 2003-06-09), 200-06-000001-951, p. 22.

7. J.E. 2004-1250 (C.S.), par. 163, Appel rejeté, J.E. 2007-513 (C.A.).

Également, le fait qu'un remède similaire à celui de l'injonction pouvait être obtenu dans le cadre d'un recours individuel, possiblement à moindre coût et sans les exigences procédurales relatives aux recours collectifs, a mené les tribunaux à conclure que des conclusions visant l'émission d'une ordonnance d'injonction ne pouvaient être recherchées par l'entremise d'un recours collectif⁸.

B. La jurisprudence actuelle

En marge de ces jugements, dans l'affaire *Nadon c. Anjou (Ville d')*⁹, alors que la Cour supérieure avait refusé l'exercice d'un recours collectif, notamment en raison du fait qu'un tel recours n'était pas approprié tenant compte du fait que la demande en injonction suivant la voie ordinaire aurait permis de sanctionner le droit collectif en cause, la Cour d'appel¹⁰ mentionna que nous ne pouvions d'emblée écarter la demande en injonction lorsque celle-ci n'apparaît pas comme manifestement mal fondée à la lumière des faits allégués à la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

Malgré cet arrêt de la Cour d'appel, il a néanmoins fallu quelques années avant que le droit ne semble se cristalliser quant à l'opportunité pour un requérant de rechercher l'émission de conclusions injonctives dans le cadre d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

À l'occasion de l'affaire *Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal*¹¹, la requérante recherchait l'autorisation d'exercer un recours collectif afin d'obtenir un dédommagement pour les troubles et inconvénients dont les membres du groupe auraient souffert. Les requérants alléguaient avoir subi un préjudice suite au bruit dégagé par les avions circulant, décollant et atterrissant à l'Aéroport International de Montréal situé à Dorval, entre 23 heures et 7 heures, dont l'intimée serait responsable. Ils recherchaient également l'obtention d'une injonction

8. *Les voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, 2004 CanLII 9803 (C.S.), par. 86 ; Appel rejeté, *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport*, 2007 QCCA 236.

9. [1993] R.J.Q. 1133 (C.S.), appel accueilli, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.)

10. [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.).

11. 2004 CanLII 48024 (C.S.), appel rejeté, 2007 QCCA 1274, Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2008-04-24), 32370.

permanente enjoignant l'Intimée d'exercer ses activités conformément aux mesures réglementaires de contrôle et d'atténuation du bruit.

S'interrogeant sur l'opportunité d'autoriser l'exercice d'un recours collectif visant l'émission d'une injonction permanente, le juge Roy de la Cour supérieure s'exprimait comme suit :

En plus de son recours en dommages, CQV demande au Tribunal d'ordonner à ADM d'exploiter son entreprise en respectant les mesures réglementaires de contrôle et d'atténuation du bruit applicables à l'Aéroport Montréal-Trudeau.

Pour obtenir une telle ordonnance, elle invoque, ici aussi, la négligence de ADM dans l'attribution des exemptions pour des atterrissages tardifs ou des vols matinaux.

Le Tribunal est d'avis, comme l'ont décidé certains de ses collègues que la demande d'émission d'une ordonnance d'injonction permanente est inappropriée au recours collectif que veut entreprendre CQV.

En effet, il n'est pas nécessaire de former un groupe pour réclamer un tel redressement. Une seule personne pourrait entreprendre ce recours à moindre coût et si elle parvenait à convaincre le Tribunal d'émettre une telle ordonnance, celle-ci profiterait à l'ensemble.

En conséquence, le Tribunal, sous réserve de ce qui suit, n'autoriserait pas de conclusions de la nature d'une injonction permanente.¹²

La Cour supérieure rejetait toutefois l'autorisation d'exercer un recours collectif dans cette affaire notamment en raison de la non-satisfaction du critère de l'article 1003 a) du *Code de procédure civile* pour des motifs étrangers aux conclusions en injonction recherchées par la requérante, mais plutôt en raison de la grande disproportion entre les questions individuelles et les questions communes alors soulevées par le recours collectif projeté.

Bien qu'ayant rejeté le pourvoi et maintenu le jugement de la Cour supérieure, la Cour d'appel¹³ émettait néanmoins des

12. *Ibid.*, par. 88 à 92.

13. *Citoyens pour une qualité de vie / Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274, Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2008-04-24), 32370.

commentaires d'intérêt quant à l'opportunité de conclusions en injonction dans le cadre d'un recours collectif.

S'exprimant pour la majorité et s'autorisant de l'affaire *Nadon c. Anjou (Ville d')* précitée, le juge Pelletier mentionnait qu'il était prématuré d'écarter les conclusions en injonction à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif¹⁴.

Pour sa part, et bien que dissidente au terme du pourvoi, la juge Otis semble écarter l'idée que l'opportunité d'exercer un recours collectif pour demander l'émission d'une ordonnance d'injonction soit assujettie à l'appréciation du caractère approprié d'une telle demande, concluant plutôt que l'exercice d'un tel recours dans ce contexte répondait aux exigences de proportionnalité établies par le *Code de procédure civile* :

Le premier juge a refusé de permettre le recours en injonction au motif qu'« il n'est pas nécessaire de former un groupe pour demander un tel redressement ». Avec égards, il s'agit d'une erreur. Les faits allégués dans la requête ne permettent pas d'écarter d'emblée, comme étant manifestement mal fondé, le recours en injonction que cherche à intenter C.Q.V.

[...]

[...] Exercée par la voie du recours collectif, la procédure sera plus efficace, mieux ciblée et rencontrera les objectifs généraux de l'accès à la justice. De plus, en évitant la multiplicité des recours, l'injonction collective économisera les ressources judiciaires et favorisera la stabilité du droit (art. 4.2 C.p.c.).¹⁵

Cette opinion de la juge Otis s'inscrit par ailleurs dans un courant de la jurisprudence actuelle développée en vertu de l'article 4.2 du *Code de procédure civile* voulant que le juge saisi d'une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif ne puisse s'attarder à la détermination du caractère approprié du recours collectif proposé, pour ne rendre jugement qu'en fonction des critères tels qu'établis à l'article 1003 du *Code de procédure civile*¹⁶.

14. *Ibid.*, par. 94.

15. *Ibid.*, par. 51 et 53.

16. Voir notamment la dissidence dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65. Toutefois, quant à l'opportunité de considérer la règle de la proportionnalité au stade de l'autorisation d'exercer un recours collectif, voir notamment Chantal CHATELAIN et Vincent DE L'ÉTOILE, « Les 4.2 critères pour autoriser

Depuis, la Cour supérieure a souvent autorisé l'exercice de recours collectifs contenant des conclusions recherchant l'émission d'ordonnances de nature injonctive, reconnaissant expressément qu'une injonction puisse être demandée dans le cadre d'un recours collectif¹⁷, ou sans même que cela ne semble soulever une problématique nécessitant une motivation particulière¹⁸.

* * *

III. LE CRITÈRE DE L'ARTICLE 1003A) DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

La conclusion en injonction doit-elle nécessairement être une question principale commune à l'ensemble du groupe ?

Suivant le critère de l'article 1003 a) du *Code de procédure civile*, une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif ne sera accordée que si les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de faits identiques, similaires ou connexes :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ;

[...]

La satisfaction de ce critère requiert notamment la démonstration d'une communauté d'intérêts par les membres du groupe¹⁹, alors qu'un recours collectif ne saurait être autorisé si la question principale à la base du recours et commune aux membres du groupe se révèle négligeable par rapport aux questions individuelles²⁰.

l'exercice d'un recours collectif », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 327, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 207.

17. *Clark c. 4107781 Canada inc.*, 2006 QCCS 5156 ; *Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée*, 2007 QCCS 2691.

18. *Association des journalistes indépendants du Québec (AJIQ-CSN) c. Journal Voir*, 2010 QCCS 1574.

19. *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, par. 49, Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2008-09-25), 32587.

20. *George c. P.G. du Québec*, [2006] R.J.Q. 2318 (C.A.) ; *Nagar c. Montréal (Ville de)*, [1991] R.D.J. 604 (C.A.).

La Cour d'appel, à l'occasion de l'arrêt *Nadon c. Anjou (Ville d')*, détermina que la pertinence du recours collectif en injonction pourra être une question commune pouvant faire commodément l'objet d'un examen par le juge du fond :

Les questions essentielles, soit : la pertinence du recours collectif en injonction, l'établissement du lien de causalité entre la faute alléguée et les dommages invoqués, la question de la prescription de ces dommages pour l'année 1991 sont des questions communes qui pourront commodément faire l'objet d'un examen collectif par le juge chargé d'entendre le recours.²¹

[Soulignements ajoutés]

Toutefois, alors que la Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*²² enseigne qu'il « *n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse* »²³, pouvons-nous concevoir qu'une ordonnance d'injonction puisse être justifiée à l'égard de certains membres du groupe, sans pouvoir l'être à l'égard d'autres ?

La jurisprudence n'est encore que parcellaire quant aux éléments essentiels permettant de satisfaire le critère de l'article 1003a) du *Code de procédure civile* dans le cadre d'une demande d'émission d'une ordonnance d'injonction.

Face à ce recours particulier que constitue une demande d'injonction, à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif, les tribunaux semblent néanmoins exiger que l'injonction recherchée vise tous les membres du groupe.

La Cour supérieure mentionnait ce qui suit dans l'affaire *Engler-Stringer c. Montréal (Ville de)*²⁴ en concluant que le critère de l'article 1003a) du *Code de procédure civile* était satisfait dans le cadre d'un recours collectif recherchant une telle ordonnance :

Finalement, la demande d'injonction est faite au bénéfice de tous les membres.²⁵

[Soulignement ajouté]

21. Précité, note 10, p. 18.

22. [2001] 2 R.C.S. 534.

23. *Ibid.*, par. 39.

24. 2007 QCCS 1627.

25. *Ibid.*, par. 41.

La Cour supérieure, dans l'affaire *Mayer c. Cast Terminal inc.*²⁶, s'exprimait également comme suit à cet égard :

De même l'ordonnance interlocutoire, et par la suite permanente, d'injonction recherchée ne peut ici que se traiter collectivement. En effet, [...] ce sont des questions de droit, identiques, similaires et totalement connexes qui concernent tous ceux qui sont appelés à faire partie du groupe que veut représenter la requérante.²⁷

[Soulignement ajouté]

Cette approche voulant que des conclusions pour l'émission d'une ordonnance d'injonction ne puissent faire l'objet d'un recours collectif que lorsqu'elles concernent tous les membres visés par le recours collectif nous apparaît appropriée. Compte tenu du caractère exceptionnel et extraordinaire de l'injonction et de ses répercussions à l'endroit du défendeur, nous concevons difficilement qu'une injonction puisse faire l'objet d'un recours collectif alors que la situation de certains membres d'un même groupe ne permettrait pas de l'obtenir si une telle demande était exercée individuellement.

Un survol de la jurisprudence en provenance des autres provinces canadiennes indique que les tribunaux de ces juridictions ne semblent pas non plus avoir abordé cette question particulière qu'est l'identité, la similarité ou la connexité requise pour autoriser l'exercice d'une injonction collective.

Le législateur américain a, pour sa part, abordé cette question de la communauté d'intérêts requise pour l'institution d'une injonction sous la forme d'un recours collectif. À cet égard, les *Federal Rules of Civil Procedure*, applicables à tout litige en matière civile introduit devant l'une des United States District Courts, prévoient ce qui suit :

23 (b). A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if :

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of :

26. J.E. 98-706 (C.S.).

27. *Ibid.*, p. 11.

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class ; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests ;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole ; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include :

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions ;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members ;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum ; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

[Soulignement ajouté]

Suivant ces règles, des conclusions de nature injonctive ne pourront être recherchées que si l'intimé a adopté un comportement ou refuse d'agir en faveur du groupe généralement et que le remède sera approprié pour le groupe dans son intégralité.

Il ressort des jugements rendus en application de ces règles qu'il sera difficile d'entreprendre un recours collectif pour l'émission d'une ordonnance d'injonction jumelée à une demande de réparation de nature pécuniaire, et que, dans l'éventualité où le remède injonctif ne serait pas prédominant et cohérent pour le

groupe dans son ensemble, seul le second recours serait ouvert à un requérant²⁸.

De retour chez nous, la solution voulant que l'injonction recherchée à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif vise tous les membres du groupe apparaît également conforme à la jurisprudence s'étant développée voulant que le critère de l'article 1003a) du *Code de procédure civile* ne puisse être satisfait lorsqu'il est impossible d'établir un préjudice collectif²⁹ ou lorsque les préjudices allégués sont susceptibles de variations infinies³⁰.

Ainsi, dans la mesure où l'injonction collective ne vise pas la sanction collective d'un même droit dont sont titulaires l'ensemble des membres du groupe, la demande d'injonction ne devrait pouvoir satisfaire au critère de l'article 1003a) du *Code de procédure civile*.

* * *

IV. LE CRITÈRE DE L'ARTICLE 1003B) DU *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*

Le cadre d'analyse de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* est depuis longtemps lié à l'injonction en ce que les tribunaux reconnaissent que l'exigence voulant que « *les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées* » s'assimile au critère de « l'apparence sérieuse de droit » requise pour l'émission d'une ordonnance d'injonction interlocutoire en vertu de l'article 752 du *Code de procédure civile*³¹.

28. Voir notamment *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d 402 (5th 1998). Voir aussi Jack O'NEILL et David BISSINGER, « Injunctive and Monetary Relief in Class Actions in the Fifth Circuit », Clements, O'Neill, Pierce, Wilson & Fulker-son, Avril 2002.

29. Voir notamment *Goyette c. GlaxoSmithKline inc.*, 2009 QCCS 3745 (C.S.), par. 64, appel rejeté, 2010 QCCA 2054.

30. *F.L. c. Astrazeneca Pharmaceuticals, p.l.c.*, 2010 QCCS 470 (C.S.), par. 156, Inscription en appel, 2010-03-15 (C.A.).

31. 752. Outre l'injonction qu'elle peut demander par requête introductive d'instance, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une injonction interlocutoire. L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

Dans l'arrêt *Guimond c. Québec (Procureur général)*³², la Cour suprême du Canada s'exprimait notamment comme suit :

En vertu de l'alinéa 1003b), tout comme dans le cas de l'injonction interlocutoire, le juge n'est pas appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire, mais il doit plutôt exercer le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Cour supérieure à cet égard et décider si la demande a « une apparence sérieuse de droit ».³³

Cet enseignement aura trouvé un écho important en jurisprudence.

Au-delà des exigences que nous connaissons eu égard à la satisfaction du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* visant à ce que l'on écarte tout recours frivole ou manifestement mal fondé et que ne soit autorisé que celui où les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit et s'autorise d'un « syllogisme juridique » apparent³⁴, l'opportunité d'autoriser un recours collectif pour l'émission d'une injonction semble revêtir quelques particularités en regard de ce critère en particulier.

A. Les exigences quant à la formulation précise de l'ordonnance collective recherchée

À l'instar de toute conclusion en injonction, la formulation de l'ordonnance collective recherchée nécessite une attention et un soin particuliers dans le cadre de l'analyse de la satisfaction du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile*.

Ainsi, certains exemples jurisprudentiels permettent de conclure que l'ordonnance recherchée à l'occasion de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif devra être rédigée d'une façon telle que, tenant les faits allégués pour avérés, celle-ci soit susceptible d'exécution, qu'elle soit claire et compréhensible et qu'elle puisse donner ouverture aux sanctions de son non-respect, le cas échéant.

32. [1996] 3 R.C.S. 347.

33. *Ibid.*, par. 11.

34. Voir notamment *Comité régional des usagers du transport en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] R.C.S. 424.

Rappelons en effet que la teneur et la substance de la conclusion en injonction recherchée seront primordiales quant à l'opportunité d'émettre une telle injonction.

L'auteure Céline Gervais opinait comme suit à l'occasion de son ouvrage *L'Injonction*³⁵ concernant les conclusions d'une requête en injonction permanente :

[L]e défendeur qui se voit imposer par la Cour certaines conditions doit savoir exactement ce qu'on exige de lui, puisqu'il est passible d'un outrage au tribunal s'il ne s'y conforme pas. Les tribunaux ont circonscrit ainsi l'obligation du rédacteur d'une requête en injonction. L'ordonnance devrait donc être :

- exécutoire, claire et compréhensive, et ne pas être vague ni excessive ;
- rédigée avec toute la précision possible ;
- claire, complète et explicite.

Il est de plus très important que les conclusions soient susceptibles d'exécution, et qu'elles ne requièrent pas le défendeur d'accomplir une chose impossible.³⁶

La Cour d'appel soulignait également qu'il est essentiel que la personne visée par une ordonnance d'injonction connaisse avec exactitude ce que l'on exige d'elle par une définition claire des actes ordonnés ou prohibés, celle-ci ne pouvant être forcée de demeurer dans l'incertitude à propos de l'étendue des obligations que lui impose le jugement³⁷.

Les tribunaux seront également soucieux que leurs ordonnances ne puissent être prises à la légère ou fassent l'objet d'une désobéissance³⁸.

35. Céline GERVAIS, *L'Injonction*, 2^e éd., Collection Points de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 448 p.

36. *Ibid.*, p. 89.

37. Voir notamment *Picard c. Johnson & Higgins Willis Faber Itée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.) et *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1992] R.D.J. 500 (C.A.).

38. *Hébergement Mont Ste-Anne B.B.F. Inc. c. Société de gestion Cap-aux-Pierres Inc.*, J.E. 90-1109 (C.A.) ; *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales de Montréal c. Aeterna-Vie, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 111 (C.S.).

Ainsi, dans l'affaire *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*³⁹, la Cour supérieure s'attarda plus particulièrement aux conclusions de nature injonctive recherchées par la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif et leur satisfaction au critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile*.

En l'espèce, la requérante recherchait des ordonnances afin de forcer la Ville de Boisbriand à respecter les règlements ou les lois concernant l'exploitation de sa station d'épuration des eaux usées, alors que la personne désignée au recours collectif aurait été incommodée par les mauvaises odeurs en provenance de la station, lesquels inconvénients seraient intolérables et dépasseraient ceux d'un voisinage normal.

La Cour supérieure étudiait comme suit les conclusions recherchées :

La requérante recherche deux conclusions de nature injonctive.

La première, « ORDONNER à la défenderesse de cesser toute émanation en provenance de sa station d'épuration, de toute émission de contaminant, qui ne respecterait pas les exigences de rejets, de façon à respecter ses obligations de bon voisinage et toutes celles édictées par les lois et les règlements applicables, et ce, dans les douze mois de l'ordonnance à intervenir », soulève au moins deux difficultés.

D'abord, elle est trop imprécise en ce qu'elle fait appel à l'application de deux critères qui peuvent être contradictoires soit le bon voisinage et la réglementation particulière. Ensuite, même si la requérante a peut-être l'apparence de droit, la question du poids des inconvénients joue nettement en sa défaveur.^[40] De prime abord, si pour satisfaire le premier volet il faut cesser l'opération de l'usine, alors c'est la population en général qui pourra en être affectée. La requérante ne fait pas de démonstration *prima face* qu'elle a droit à la première conclusion injonctive.

La deuxième, « ORDONNER à la défenderesse de se soumettre dans un délai de quatre (4) mois à compter de la première ordonnance, à une inspection par des experts nommés par le tribunal afin

39. 2007 QCCS 484.

40. Nous notons que le Tribunal incorpore ici un des critères relatifs à l'injonction interlocutoire alors que l'injonction sollicitée est de nature permanente. Nous abordons cette question dans la section qui suit.

que ceux-ci déterminent si la défenderesse s'est conformée à cette première ordonnance et en fasse rapport au tribunal », ne peut être accordée pour les raisons suivantes :

- a) Elle crée une exception à la sanction de l'inobservance d'une injonction qui est l'outrage au tribunal ;
- b) de plus, elle pose des difficultés d'interprétation et d'application ;
- c) elle constitue une injonction structurelle qui rend le juge qui aura émis l'injonction, responsable de sa surveillance.

Or, ceci contrevient au principe de la séparation des pouvoirs et enfreint la règle du *functus officio*.

Les conclusions en injonction seront refusées.⁴¹

La Cour supérieure réalisait une analyse similaire dans l'affaire *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*⁴², ayant entretenu de « sérieuses réserves » eu égard à des ordonnances d'injonction recherchées à l'occasion d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, lesquelles étaient vagues, violaient la règle du *functus officio*⁴³ et n'apparaissaient pas assujetties à la sanction qu'est l'outrage au tribunal⁴⁴.

Soulignons également que dans l'affaire *Filteau c. Aviation Roger Forgues inc.*⁴⁵, la Cour supérieure, bien qu'autorisant l'exercice du recours collectif, refusait d'inclure aux conclusions recherchées par celui-ci l'émission d'ordonnances d'injonction en

41. *Ibid.*, par. 30 à 35.

42. 2006 QCCS 950, par. 74 à 82.

43. La règle du *functus officio* veut que les tribunaux n'aient pas compétence pour rouvrir ou modifier une décision définitive, sauf en cas d'emploi involontaire d'un mot pour un autre dans le texte du jugement ou en cas d'erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la Cour. Voir à ce sujet *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3.

44. Dans cette affaire toutefois, la Cour permettait l'exercice du recours collectif malgré que les ordonnances injonctives recherchées apparaissant illégales alors qu'elle avait préalablement conclu qu'une autre ordonnance injonctive recherchée était appropriée. La Cour estima ne pouvoir exclure en partie une réclamation sans fondement en vertu des commentaires de la Cour d'appel eu égard à la suppression de l'irrecevabilité partielle dans l'affaire *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2005-08-25), 30922.

45. J.E. 97-514 (C.S.), p. 21 ; Requête pour autorisation de produire un désistement accueillie (C.S., 2003-06-09), 200-06-000001-951.

ce que de telles ordonnances excéderaient la compétence de la Cour, compte tenu de la matière en litige.

Il appert conséquemment que la Cour supérieure, à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif, pourra s'attarder aux critères et impératifs sous-jacents à l'émission d'une ordonnance de nature injonctive.

Alors que le caractère exécutoire, clair, précis et compréhensible d'une ordonnance d'injonction apparaît comme une question de droit proprement dite⁴⁶, la Cour pourra contrôler que l'injonction recherchée telle que rédigée paraît justifiée sans avoir à se prononcer sur le fondement juridique ou le mérite du recours en regard des faits allégués.

B. La pertinence des critères de l'ordonnance d'injonction interlocutoire à l'étape de l'autorisation d'exercer l'injonction collective

Dans l'affaire précitée *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*, à l'occasion de son analyse quant à savoir si l'autorisation d'exercer une injonction permanente collective devait être accordée, la Cour supérieure semble également avoir incorporé au test de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* celui visant l'octroi d'une ordonnance d'injonction interlocutoire :

[...] Ensuite, même si la requérante a peut-être l'apparence de droit, la question du poids des inconvénients joue nettement en sa défaveur. [...] ⁴⁷

[Soulignement ajouté]

Nous pouvons toutefois nous interroger sur l'opportunité d'importer, dans le cadre de l'étude du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* pour autoriser un recours collectif recherchant l'émission d'une ordonnance d'injonction, le critère de la prépondérance des inconvénients, ou encore l'un ou l'autre des critères propres aux injonctions interlocutoire et provisoire, à savoir le préjudice sérieux ou irréparable, ou encore l'urgence.

46. *Picard c. Johnson & Higgins Willis Faber Itée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.).

47. Précité, note 39, par. 32.

En effet, le critère de la prépondérance des inconvénients, critère de création doctrinale et jurisprudentielle⁴⁸, ne sera applicable que dans le cadre de l'analyse visant l'émission d'une ordonnance d'injonction interlocutoire ou provisoire, et ce, seulement lorsque la Cour estimera que le droit du requérant apparaît douteux :

However, if at this stage [of the interlocutory injunction] the existence of the rights invoked by the Petitioners appears doubtful then the Court should consider the balance of convenience in deciding whether an interlocutory injunction should be granted.⁴⁹

[Soulignement ajouté]

Or, l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif, visant en outre l'identification de conclusions recherchées quant au fond du litige, n'est pas celui de l'émission d'une ordonnance d'injonction interlocutoire ou provisoire, laquelle est une mesure exceptionnelle ayant une finalité propre visant le maintien du *statu quo* pendant l'instance jusqu'à la véritable contestation⁵⁰.

Par ailleurs, pour la satisfaction du second critère de l'article 1003 du *Code de procédure civile*, le requérant devra dans tous les cas avoir démontré à la satisfaction du tribunal une apparence sérieuse de droit et soutenu un syllogisme approprié logique.

Au surplus, comme nous le mentionnions, et sous réserve de l'évolution future de la règle de la proportionnalité, il n'est en principe pas possible pour la Cour supérieure de déterminer l'opportunité d'autoriser l'exercice d'un recours collectif en fonction de critères additionnels à ceux de l'article 1003 du *Code de procédure civile*.

48. Céline GERVAIS, *L'Injonction*, 2^e éd., Collection Points de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 27.

49. *Société de développement de la Baie James c. Kanetawat*, [1975] C.A. 166. Voir également Danielle FERRON, Mathieu PICHE-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, Éditions LexisNexis Canada inc., 2009, p. 47.

50. *140 Gréber Holding inc. c. Distribution Stéréo Plus inc.*, 2005 QCCA 1030, par. 17 ; Danielle FERRON, Mathieu PICHE-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, Éditions LexisNexis Canada inc., 2009, p. 47 ; Richard A. HINSE, « L'injonction : Critères applicables et certains moyens de contestation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 122.

Ainsi, malgré la similarité du vocable des articles 752 et 1003b) du *Code de procédure civile*, il appert que la Cour supérieure ne pourrait s'autoriser de l'un ou l'autre des critères particuliers à l'injonction interlocutoire ou provisoire dans le cadre de l'analyse du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* et déterminer si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées à la lumière de considérants tels que l'existence d'un préjudice sérieux ou irréparable, l'urgence ou encore la prépondérance des inconvénients.

C. La connexité des conclusions en injonction et de celles recherchant une condamnation monétaire

À ce jour, les jugements ayant autorisé l'exercice de recours collectif visant en outre l'émission d'une ordonnance d'injonction semblent accorder une pertinence particulière à la connexité des conclusions recherchées en dommages-intérêts et l'approbation de conclusions en injonction dans le cadre de l'analyse du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile*⁵¹.

Déjà à l'occasion de l'arrêt *Citoyens pour une qualité de vie / Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, la Cour d'appel mentionnait ce qui suit :

Je retiens d'une façon plus particulière que, dans le cas à l'étude, tout comme dans l'affaire *Nadon*, les conclusions en injonction sont intimement liées au raisonnement soutenant la demande de condamnation à des dommages-intérêts.⁵²

[Soulignement ajouté]

La Cour supérieure s'exprimait aussi comme suit dans *Clark c. 4107781 Canada inc.*⁵³ :

Par ailleurs, le présent recours collectif recherche à la fois des conclusions en dommages et en injonction. La preuve nécessaire à la démonstration du bien-fondé de ces recours sera vraisemblablement la même et il serait contraire à l'intérêt de la justice de refaire le débat devant un autre tribunal.

51. Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, *Précis de procédure civile*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 888.

52. Précité, note 13, par. 94.

53. 2006 QCCS 5156.

Le Tribunal suit donc la voie tracée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Nadon* et, en l'espèce, considère que les faits allégués ne permettent pas d'écarter d'emblée les conclusions en injonction.⁵⁴

[Soulignement ajouté]

Puis, à l'occasion de l'affaire *Engler-Stringer c. Montréal (Ville de)*⁵⁵, la Cour supérieure soulignait que :

En ce qui concerne la demande d'injonction permanente, elle est en lien avec l'événement concerné et associée au recours en dommages.⁵⁶

[Soulignement ajouté]

Le jugement de cette même Cour dans l'affaire *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit train du Nord » c. La Municipalité régionale de comté des Laurentides*⁵⁷ était au même effet.

Au-delà des énoncés qui précèdent, les tribunaux québécois n'ont toutefois émis que peu de commentaires ou de justifications concernant la nécessité d'un lien de connexité entre les conclusions recherchées en dommages-intérêts et l'approbation de conclusions en injonction dans le cadre de l'analyse du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile*.

Alors que le moyen de procédure qu'est le recours collectif ne saurait faire de distinction quant au type de recours entrepris, et alors qu'une demande en injonction permanente puisse aisément être entreprise seule, sans conclusion accessoire en dommages-intérêts, il nous appert que la nécessité que l'injonction collective soit toujours adjointe de conclusions recherchées en dommages-intérêts ne saurait être soutenue ni justifiée dans le cadre de l'analyse du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile*.

* * *

54. *Ibid.*, par. 68 et 69.

55. 2007 QCCS 1627.

56. *Ibid.*, par. 53.

57. 2002 CanLII 40858 (C.S.), par. 32.

V. L'INJONCTION COLLECTIVE INTERLOCUTOIRE OU PROVISOIRE, EST-CE POSSIBLE ?

Mesures exceptionnelles, les injonctions interlocutoires et provisoires visent le maintien du statu quo entre les parties jusqu'au jugement final. Les auteurs Danielle Ferron, Mathieu Piché-Messier, Lawrence A. Poitras s'exprimaient notamment comme suit à cet égard :

« Cristallisant une situation de fait des parties au moment de l'introduction des procédures ou durant celle-ci », « le maintien du statu quo est l'un des principes fondamentaux » de l'injonction interlocutoire en vertu duquel les droits du requérant sont préservés jusqu'au prononcé du jugement final.⁵⁸

Comme nous le savons, ce type de demande tire son fondement des articles 751 et suivants du *Code de procédure civile*.

A. Avant l'autorisation d'exercer un recours collectif

Le seul jugement identifié où la Cour supérieure eut à se prononcer sur la possibilité pour un requérant de rechercher l'émission d'une injonction interlocutoire avant l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif est l'affaire *Comité provincial des malades c. Vigi Santé ltée*⁵⁹.

La brièveté, la concision et la clarté des motifs de ce jugement justifient que celui-ci soit reproduit dans son intégralité :

Les requérants présentent une requête pour injonction interlocutoire afin d'ordonner aux intimées, des établissements privés conventionnés, de fournir à leur clientèle, immédiatement et sans frais, le service de lavage du linge personnel.

Les intimées présentent une requête en irrecevabilité fondée sur deux arguments.

Le premier argument est relié à la structure procédurale du recours collectif et à la fonction du jugement d'autorisation. Le recours collectif autorisé est une action en remboursement et en domma-

58. Danielle FERRON, Mathieu PICHE-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, Éditions LexisNexis Canada inc., 2009, p. 47.

59. B.E. 2000BE-1154 (C.S.).

ges-intérêts. Or, la requête pour injonction interlocutoire est une demande d'ordonnance de fournir certains services. La Cour d'appel dans *Société d'Électrolyse et de Chimie Alcan Ltée c. Comité d'environnement de la Baie Inc.* fait la distinction entre le recours en dommages-intérêts et le recours en injonction dans le cadre d'un recours collectif. Les intimées doivent avoir l'opportunité de voir débattus, dans le cadre normal de l'autorisation du recours collectif, la recevabilité, la pertinence et le fondement de pareille demande d'injonction.

Les requérants prétendent que la requête en injonction interlocutoire est un accessoire du recours principal, l'action en remboursement et en dommages-intérêts. Le Tribunal ne peut retenir cet argument. La requête en injonction interlocutoire doit se greffer à une demande d'injonction au fond qui doit être autorisée par le Tribunal.

Le deuxième argument est fondé sur le fait que la requête vise seulement certains des établissements privés conventionnés et non tous les membres du groupe. Le groupe autorisé comprend les établissements publics et les établissements privés conventionnés. Le groupe visé par la requête pour injonction interlocutoire est seulement certains établissements privés conventionnés. De plus, le jugement de la Cour d'appel dans *Procureur général du Québec c. Vigi Santé Ltée et Le Curateur public du Québec*, invoqué par les requérants, ne vise qu'un établissement de l'intimée, Le Groupe Champlain Inc., et deux établissements de l'intimée, Vigi Santé Ltée. Les requérants ne peuvent, de leur propre chef, modifier le groupe et poursuivre seulement deux établissements privés conventionnés.

La requête en injonction interlocutoire est, par conséquent, prématurée

PAR CES MOTIFS, le Tribunal :

ACCUEILLE la requête en irrecevabilité des intimées ;

LE TOUT, frais à suivre

La Cour refusa ainsi qu'une injonction interlocutoire puisse être recherchée avant que l'autorisation d'exercer un recours collectif ne soit octroyée dans cette affaire. Bien que la Cour ait souligné que l'absence de conclusions recherchées en injonction permanente et le fait que l'injonction interlocutoire recherchée visait des défendeurs différents de ceux faisant l'objet du groupe proposé pour le recours collectif créaient des obstacles à la receva-

bilité de cette demande, la Cour mentionnait néanmoins que la recevabilité, la pertinence et le fondement de la demande d'injonction devaient préalablement avoir été débattus dans le cadre normal de l'autorisation du recours collectif. Elle conclut ainsi à son caractère prématuré en l'espèce.

La Cour d'appel, dans l'affaire *Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée c. Comité d'environnement de La Baie inc.*⁶⁰ citée par la Cour supérieure, mentionnait également que l'intimé en matière de recours collectif devait avoir l'opportunité de voir débattus, dans le cadre normal de l'autorisation du recours collectif, la recevabilité, la pertinence et le fondement d'une demande d'ordonnance de nature injonctive avant de pouvoir y être exposé. Bien que cet arrêt traite plus particulièrement de l'ajout de conclusions en injonction après l'autorisation d'exercer un recours collectif alors que le jugement d'autorisation d'exercer le recours collectif n'en contenait aucune, il nous appert qu'un raisonnement similaire soit applicable en la présente matière et qu'une ordonnance d'injonction interlocutoire ou provisoire ne saurait être émise avant que les conclusions de l'injonction permanente recherchées par le recours collectif n'aient franchi avec succès l'étape de l'article 1003 du *Code de procédure civile*.

En effet, permettre que ces demandes en injonction provisoire et interlocutoire soient entreprises avant l'étape de l'autorisation préjudicierait manifestement aux droits de l'intimé à une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif de se défendre et de faire valoir tous ses moyens à l'encontre du recours collectif proposé à l'étape de l'autorisation.

L'exigence de l'article 753.1 du *Code de procédure civile*⁶¹ à l'effet que la demande d'injonction interlocutoire ne puisse être présentée en début d'instance sans qu'une requête introductive d'instance n'ait été déposée au greffe milite aussi en faveur de la conclusion prohibant de tels recours de façon préliminaire, alors que la demande en matière de recours collectif ne sera régulièrement formée qu'après l'obtention d'une autorisation, en conformité avec l'article 1011 du *Code de procédure civile*.

60. J.E. 92-596 (C.A.).

61. **753.1.** La demande d'injonction interlocutoire ne peut être présentée en début d'instance sans qu'une requête introductive d'instance n'ait été déposée au greffe. [...]

Également, se soulève la délicate question de la contestation de telles demandes d'injonctions interlocutoires ou provisoires. De façon usuelle, la contestation d'une injonction interlocutoire ou provisoire, bien qu'orale⁶², peut être appuyée d'affidavits détaillés pour établir tous les faits nécessaires au soutien des prétentions de l'intimé⁶³. Or, nous le savons, la contestation d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif ne peut être qu'orale, à moins que le juge n'ait autorisé la présentation d'une preuve appropriée⁶⁴. Cet élément pourrait à nouveau faire obstacle à la recevabilité de demandes d'injonctions interlocutoires ou provisoires avant que l'autorisation d'exercer un recours collectif n'ait été octroyée.

La jurisprudence émanant de l'Ontario, aussi très limitée, apparaît néanmoins tout autant prudente en la matière, bien qu'elle fournisse des indications permettant de déceler une ouverture quant à la possibilité pour la Cour d'émettre des injonctions interlocutoires ou provisoires préalablement à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif.

La Cour supérieure de justice de l'Ontario mentionnait ce qui suit dans l'affaire *Fradenburgh v. Ontario Lottery and Gaming Corp*⁶⁵ :

[...] it is conceivable that a court could grant an *injunction* or mandatory order in a proposed *class action* prior to certification, pursuant to s. 12 of the *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6 ("C.P.A."), it would be extraordinary and unprecedented relief.⁶⁶

[Soulignement ajouté]

Quelques années auparavant, cette même Cour limitait toutefois en ces termes les circonstances dans lesquelles une injonction interlocutoire ou provisoire pourrait être octroyée en la présente matière :

I agree with the reasoning in the above cases, and find that some conduct, whereby an injustice is being perpetrated or attempts are being made to undermine the integrity of the class proceeding itself

62. *Code de procédure civile*, art. 754.

63. *Code de procédure civile*, art. 754.1.

64. *Code de procédure civile*, art. 1002.

65. [2010] O.J. No. 4112 (S.C.).

66. *Ibid.*, par. 14.

is required before granting an interim injunction prior to the class proceeding being certified.⁶⁷

[Soulignement ajouté]

Toutefois, soulignons que les commentaires qu'émettait la Cour permettent de conclure que le critère de la prépondérance des inconvénients, si tant est qu'il doive être appliqué, pourrait ne jamais être satisfait :

The Plaintiff has failed to show that the balance of convenience favours the Plaintiff given that an interim injunction may last for many years until the class proceeding is finally resolved. If an interim injunction were granted prior to certification of a class action, which was to remain in force until the class action was finally resolved, the interim injunction might be in place for 10 years or more.⁶⁸

Plusieurs éléments militent fortement à l'encontre de la possibilité de solliciter des injonctions interlocutoires ou provisoires avant que n'ait été octroyée l'autorisation d'exercer un recours collectif. Mentionnons notamment la spécificité du *Code de procédure civile*, la jurisprudence voulant que le recours collectif demeure un moyen de procédure dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels⁶⁹, les considérations mentionnées ci-dessus et la solution retenue à ce jour dans l'affaire *Comité provincial des malades c. Vigi Santé ltée* voulant qu'une demande d'injonction interlocutoire avant que l'autorisation d'exercer un recours collectif n'ait été octroyée ne puisse être exercée. Cette situation semble constituer l'état du droit actuel au Québec. Il faut reconnaître toutefois que cette question n'a pas encore fait l'objet d'une jurisprudence suffisamment élaborée pour constituer une finalité.

B. Après l'autorisation d'exercer un recours collectif

L'opportunité qu'une injonction interlocutoire puisse être recherchée après avoir franchi l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif apparaît plus certaine.

67. *Gray v. Ontario*, [2005] O.J. No. 4221 (S.C.).

68. *Ibid.*, par. 34.

69. *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17. Voir aussi *New York Life Insurance Co. c. Vaughan*, J.E. 2003-296 (C.A.), par. 4 et 5 ; Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2003-06-19), 29469 ; *Savoie c. Compagnie pétrolière Impériale ltée*, 2008 QCCS 6634, par. 14.

Le seul jugement d'intérêt à cet égard semble ainsi avoir consacré le droit d'un demandeur en recours collectif d'entreprendre un tel recours extraordinaire.

Dans l'affaire *Constructions Desourdy Inc. c. Robitaille*, suite à l'octroi de l'autorisation par la Cour supérieure d'exercer un recours collectif recherchant notamment des conclusions de nature injonctive visant une sablière exploitée par l'intimée, le requérant entreprit des procédures d'injonction interlocutoire visant une autre sablière de l'intimée et ses terrains contigus pour y interdire leur exploitation.

S'autorisant de l'article 1005b) du *Code de procédure civile* voulant que le jugement d'autorisation « identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent », et estimant que cette disposition n'est pas limitative, la Cour supérieure concluait ainsi :

Comme il s'agit d'une conclusion identique à celle qui concernait la Sablière Shefford, et qu'il s'agit de deux sablières contigues (*sic*) également le long de la rue Shefford, et que les mêmes résidents de cette rue peuvent être incommodés de la même manière, il faut conclure que le requérant a le droit en vertu de l'autorisation du 5 décembre 1988, de rechercher cette conclusion concernant la sablière Intercomtés contre la défenderesse.⁷⁰

Cette décision fut portée en appel et la Cour d'appel⁷¹ eut ainsi à déterminer si une injonction interlocutoire pouvait être émise dans les circonstances, alors qu'elle visait un objet différent de celui ayant fait l'objet du jugement d'autorisation d'exercer un recours collectif.

Sous la plume du juge Jacques, s'exprimant pour la majorité, la Cour disposait de cette question ainsi :

Le recours collectif identifie spécifiquement la Sablière Shefford.

Il ne peut donc y avoir lieu à une injonction interlocutoire eu égard à une autre sablière, soit la Sablière Intercomtés.

Je suis d'avis que ce moyen ne peut être retenu. Rien dans notre droit n'exige qu'il y ait symétrie entre les conclusions d'une action

70. C.S., Bedford (Granby), 460-05-000095-898, 1989-08-01.

71. *Constructions Desourdy Inc. c. Robitaille*, J.E. 90-274 (C.A.).

et celle d'une injonction interlocutoire. Il suffit que l'injonction se rapporte à la demande principale et qu'elle soit jugée nécessaire pour empêcher que ne soit causé au demandeur « un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace ».

La mise en exploitation d'une seconde carrière contigue (*sic*), alors que l'exploitation de la première cesse est de nature à causer à l'appelant un préjudice sérieux et qui rendrait inefficace, à toutes fins utiles, l'objet même de l'action principale, soit les désagréments et torts résultant de l'exploitation d'une carrière en milieu urbain.⁷²

[Soulignement ajouté]

Suivant cette analyse de la Cour d'appel, l'émission d'injonctions interlocutoires dans le cadre d'un recours collectif serait non seulement possible, mais pourrait différer des conclusions recherchées par le jugement d'autorisation, si tant est que l'injonction interlocutoire demandée se rapporte à la demande principale et qu'elle satisfasse les critères pertinents à cet égard.

Des ordonnances d'injonctions provisoires et interlocutoires ont également été rendues dans le cadre du litige *Biondi c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)*, ce recours collectif entrepris au nom de ceux ayant chuté sur les trottoirs du centre-ville de Montréal à l'occasion des moyens de pression exercés par le Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal et ayant retardé les opérations de déglacage et d'épandage d'abrasifs sur les chaussées et les trottoirs. Malheureusement, tant le jugement en autorisation⁷³ que le jugement au fond⁷⁴ dans cette affaire ne contiennent de motifs élaborés eu égard à l'émission d'injonctions interlocutoires dans le cadre d'un recours collectif.

Les plaideurs ont rarement fait usage à ce jour de l'injonction provisoire et interlocutoire suite à l'autorisation d'exercer un recours collectif, mais il s'agit d'une évolution à surveiller. Plus particulièrement, compte tenu de la similitude du critère de l'article 1003b) du *Code de procédure civile* visant l'autorisation d'exercer un recours collectif et le premier critère relatif à l'émis-

72. *Ibid.*, p. 7.

73. C.S. 500-06-000265-047, le 29 novembre 2005.

74. [2010] R.J.Q. 2037 (C.S.), Inscriptions en appel, 2010-10-01 et 2010-10-04 (C.A.), 500-09-021053-103 et 500-09-021060-108.

sion d'une injonction interlocutoire, à savoir l'exigence d'une apparence sérieuse de droit, il sera intéressant de voir comment de telles ordonnances intérimaires pourront sérieusement être contestées en regard de ce critère.

* * *

VI. DES QUESTIONS NON ENCORE ABORDÉES PAR LES TRIBUNAUX

L'importance de l'injonction, le bouleversement qu'elle peut causer et ses répercussions pour les parties au litige ne doivent pas être négligés. Ces considérants nous ont amenés à nous interroger sur deux aspects particuliers associés à l'injonction collective n'ayant pas fait l'objet d'enseignements jurisprudentiels : les droits des membres du groupe et l'outrage au tribunal.

A. Les droits des membres du groupe

L'injonction enjoindra le défendeur au recours collectif de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminé⁷⁵.

Alors que l'émission d'une ordonnance d'injonction ne pourra faire l'objet d'un recours collectif que lorsqu'elle concerne tous les membres visés par ce recours⁷⁶, comment préserver les droits des membres du groupe qui auront décidé de s'exclure du recours collectif.

En effet, suivant le jugement d'autorisation d'exercer un recours collectif, un membre pourra s'exclure du groupe, conformément à l'article 1007 du *Code de procédure civile* :

1007. Un membre peut s'exclure du groupe en avisant le greffier de sa décision, par courrier recommandé ou certifié, avant l'expiration du délai d'exclusion.

Un membre qui s'exclut n'est lié par aucun jugement sur la demande du représentant.

75. *Code de procédure civile*, art. 751.

76. Voir *infra*, Section III, « Le critère de l'article 1003a) du *Code de procédure civile* ».

Compte tenu de la nature même des conclusions recherchées par une injonction collective, les droits des membres s'étant exclus pourront-ils ne pas être affectés par le jugement à intervenir, si tant est qu'il devait émettre l'ordonnance injonctive souhaitée par le représentant.

Et un membre, lui qui n'est pas partie au litige⁷⁷, pourra-t-il s'opposer aux conclusions en injonction recherchées s'il considère que celles-ci lui seront préjudiciables ?

Prenons l'exemple d'une usine exploitée dans une petite communauté qui, bien que bruyante et pouvant causer préjudice à ses voisins immédiats, agit à titre de moteur économique pour la région et emploie une grande proportion des habitants. Un membre pourrait avoir intérêt à s'opposer à ce que des conclusions en injonction fassent entrave à la survie de l'entreprise.

L'article 1017 du *Code de procédure civile* semble toutefois limiter cette possibilité :

1017. Un membre ne peut intervenir volontairement en demande que pour assister le représentant, soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions.

Le tribunal reçoit l'intervention s'il est d'avis qu'elle est utile au groupe.

[Soulignements ajoutés]

Et qu'advient-il si une proportion importante des membres du groupe initialement visé par le recours collectif venait à s'exclure en raison de leur opposition à l'injonction collective recherchée ? Cela pourra-t-il avoir un impact sur le fond du recours et l'émission de cette injonction, tenant pour acquis que le représentant aura, personnellement, un intérêt né, direct et actuel à ce qu'une telle injonction soit rendue ?

Il nous appert que les plaideurs et tribunaux auront à s'interroger sur ces éléments afin d'assurer le maintien et le fondement de la mission de préservation de l'intérêt collectif en la présente matière.

77. *Mouvement laïque québécois c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1998] R.J.Q. 1862 (C.S.).

B. La sanction du non-respect de l'injonction : l'outrage au tribunal

La sanction du non-respect de l'injonction est l'outrage au tribunal⁷⁸. En droit québécois, est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal⁷⁹.

Les jugements s'étant plus particulièrement intéressés à la question de l'émission d'une ordonnance d'injonction dans le cadre d'un recours collectif reconnaissent que la sanction du non-respect d'une telle ordonnance est l'outrage au tribunal⁸⁰.

Toutefois, nous ne retrouvons aucune indication en jurisprudence ou en doctrine à savoir comment sera mise en œuvre la sanction de l'outrage au tribunal dans le cadre d'un recours collectif.

Dans un premier temps, compte tenu des objectifs associés au recours collectif, la sanction prévue par le *Code de procédure civile* est-elle appropriée :

761. Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 \$, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[Soulignement ajouté]

Cette sanction est-elle applicable ou même ouverte pour chacun des membres du groupe, ou ne vise-t-elle que la violation de l'injonction à l'endroit du groupe considéré dans son ensemble ?

78. Paul-Arthur GENDREAU, France THIBAUT, Denis FERLAND, Bernard CLICHE et Martine GRAVEL, *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 349 et s.

79. *Code de procédure civile*, art. 50.

80. Voir notamment *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2006 QCCS 950, par. 77 ; *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*, 2007 QCCS 484, par. 80.

Un membre du groupe aura-t-il l'intérêt pour faire sanctionner le non-respect par le défendeur de l'ordonnance d'injonction si celle-ci aura été respectée eu égard à la situation particulière du représentant ou d'autres membres du groupe ? Ou encore, ce même membre aura-t-il l'intérêt juridique pour entreprendre une requête pour outrage au tribunal à l'encontre du défendeur, lui qui n'était pas partie au litige tel qu'entrepris ?

À ce stade de l'évolution jurisprudentielle, nous ne pouvons répondre à ces questions.

Il apparaît toutefois primordial pour nos tribunaux de s'attarder auxdites questions, alors que les justiciables auront intérêt à déterminer, d'un côté, s'il est opportun de rechercher l'émission d'une injonction collective et, de l'autre, quelles sont les sanctions ou réparations susceptibles d'être envisagées lors de l'adoption d'un comportement répréhensible ?

* * *

VII. CONCLUSION

L'étude des jugements rendus à ce jour permet de conclure que l'injonction collective a surtout été utile jusqu'à maintenant en matière environnementale, notamment dans le cadre de recours s'autorisant de l'article 19.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁸¹ prévoyant essentiellement qu'un juge de la Cour supérieure peut accorder une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte au droit à la qualité de l'environnement.

Compte tenu du caractère universel de l'injonction⁸² et de l'évolution jurisprudentielle anticipée concernant l'application de la règle de la proportionnalité, il convient certes de s'interroger quant à savoir si l'injonction connaîtra un nouveau départ et si elle pourra cohabiter de façon harmonieuse avec le véhicule procédural du recours collectif.

* * *

81. L.R.Q., c. Q-2.

82. Paul-Arthur GENDREAU, France THIBAUT, Denis FERLAND, Bernard CLICHE et Martine GRAVEL, *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 26.

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?

Valérie LABERGE

Résumé

Il y a maintenant 15 ans, la Cour suprême rendait l'arrêt *Gordon c. Goertz*, posant ainsi les principes applicables en matière de déménagement du parent gardien. La Cour consignait ainsi ces principes sous forme de résumé, aujourd'hui systématiquement et méthodiquement reproduit par les tribunaux dans leurs décisions relatives au déménagement du parent ayant la garde de l'enfant. Ce résumé constitue désormais une véritable grille d'analyse.

Or, l'arrêt *Gordon c. Goertz* contient beaucoup plus de substance que son résumé ne le laisse croire. En fait, deux thèses principales s'affrontent, soit celle selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant que soit présumée valide et dans son intérêt l'ordonnance de garde initiale rendue avant que le parent gardien décide de déménager, et celle de la position majoritaire, retenant que l'intérêt de l'enfant doit être évalué à nouveau et dans sa totalité au moment du déménagement du parent gardien.

L'arrêt *Gordon c. Goertz* a 15 ans : les principes dégagés dans cet arrêt relativement au déménagement du parent gardien ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ?

Valérie LABERGE*

INTRODUCTION	101
I- NOTIONS PRÉLIMINAIRES.	104
A. L'unique critère d'octroi de la garde : l'intérêt de l'enfant	104
1. Historique.	104
2. Le principe	105
3. Le rôle du juge dans l'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant	106
B. L'autorité parentale.	108
II- L'ARRÊT <i>GORDON</i> : DES PRINCIPES APPLIQUÉS ?	109
A. Les principes	109

* Me Valérie Laberge est avocate au cabinet Béliveau Brassard et étudiante à la Maîtrise en droit privé à l'Université du Québec à Montréal. Ce texte a été primé dans le cadre du concours **En 2011, je deviens auteur !** des Éditions Yvon Blais. Il est en conséquence publié dans *Repères*, EYB2011REP1077, La référence Droit civil.

1. La présomption de validité de l'ordonnance initiale : la position dissidente	109
2. L'évaluation <i>de novo</i> de l'intérêt de l'enfant : la position majoritaire	110
B. L'application jurisprudentielle au Québec	113
a) L'entente de garde déjà conclue	113
b) Les relations avec les deux parents et la maximisation des contacts	114
c) L'opinion de l'enfant	116
d) Les motifs du déménagement du parent gardien	117
e) La perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde et celle que peut lui causer l'éloignement de sa famille et du milieu auquel il est habitué	119
C. Les modifications apportées à la grille d'analyse	120
III-LA GRILLE D'ANALYSE EST-ELLE ADAPTÉE ?	122
A. Aux nouveaux rôles parentaux	122
B. La grille d'analyse et l'égalité matérielle	124
CONCLUSION	125

INTRODUCTION

La séparation d'un couple avec enfants marque de nombreux bouleversements dans la vie familiale¹. Alors que les parents font le choix difficile de dissoudre leur union et, par conséquent, leur famille, l'enfant *subit* cette dislocation de son environnement. C'est dans ce contexte que les parents, souvent fragiles sur le plan émotif, devront s'entendre entre eux afin de déterminer comment sera partagé le temps de garde de l'enfant. À défaut, c'est le tribunal qui sera chargé de cette tâche lourde de conséquences sur la vie de l'enfant. Dans la majorité des cas², la garde sera confiée à l'un des deux parents (dans environ 80 %³ des cas, à la mère), selon ce que commande l'intérêt de l'enfant. L'autre parent jouira quant à lui de droits d'accès, parfois restreints, parfois très généreux, à l'égard de son enfant, et ce, selon, notamment, sa disponibilité, son intérêt pour l'enfant, sa capacité parentale et la situation géographique de son domicile⁴.

L'enfant apprendra donc à réarranger son mode de vie en ne vivant maintenant plus qu'avec un seul de ses parents à la fois. Il se créera alors une nouvelle forme de stabilité.

Il arrive cependant de plus en plus, notamment en raison des nouvelles technologies et de la mondialisation⁵, que l'un des deux parents décide ou soit contraint de déménager, d'aller refaire sa vie dans une autre ville, une autre province ou un autre pays. Ce droit lui est d'ailleurs garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷.

1. Portrait de famille : continuité et changement dans les ménages du Canada en 2006, Recensement de 2006, Statistique Canada, N-97-553-X1F.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Louise MOREAU et Mireille PELISSIER-SIMARD, « Les droits de garde et droits d'accès des parents : pistes de solution », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 308, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 97, EYB2009DEV1575.

5. Anne-France GOLDWATER, « 'Long Distance' 'Custody Cases : Are the Child's Best Interests Kept at a Distance ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 339, EYB1997DEV378.

6. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.) 1982, c. 11.

7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

Dans le cas où le parent qui déménage n'assume que des droits d'accès à l'égard de son enfant, celui-ci demeurera avec le parent qui en a la garde en vertu de l'ordonnance de garde initiale, et ce, bien que cette situation ait pour effet de restreindre les contacts entre le parent non gardien et l'enfant.

Qu'advient-il donc de l'enfant dont le parent gardien déménage ? La Cour suprême, dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* (l'arrêt *Gordon*)⁸ rendu en 1996, a campé les principes applicables en pareil cas. Dans cet arrêt, deux thèses principales s'affrontent, soit celle selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant que soit présumée valide et dans son intérêt l'ordonnance de garde initiale rendue avant que le parent gardien décide de déménager⁹, et la position majoritaire, retenant que l'intérêt de l'enfant doit être évalué à nouveau et dans sa totalité au moment du déménagement du parent gardien¹⁰.

Derrière ces considérations juridiques se trouve une opposition de principes : doit-on privilégier le fait pour l'enfant de demeurer avec le parent « à l'égard duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence »¹¹ ou doit-on plutôt favoriser le maintien absolu de ses contacts avec l'autre parent, sa famille élargie, ses amis et son milieu de vie¹² ?

Bien que l'arrêt ait pour trame factuelle un litige entre deux parents divorcés de la Colombie-Britannique, les principes qu'il pose sont applicables en cas de divorce au Québec (puisque la *Loi sur le divorce*¹³ (LD) est de juridiction fédérale). La Cour d'appel a par la suite déterminé que ces principes doivent également recevoir application dans les cas des couples non mariés¹⁴, ce qui évite la disparité entre les enfants québécois qui naissent de couples mariés et les six enfants sur dix issus chaque année d'unions libres au Québec¹⁵. La Cour d'appel a également déterminé que ces principes sont applicables, compte tenu des adaptations néces-

8. *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, REJB 1996-30431 (C.S.C.).

9. *Ibid.*, motifs de la juge L'Heureux-Dubé.

10. *Ibid.*, motifs de la juge McLachlin.

11. Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 3^e éd., n° 7.12.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 2454 p.

12. *Ibid.*

13. *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. (1985), ch. D-3.4.

14. *J. (K.) c. P. (N.)*, EYB 2006-108988 (C.A.).

15. *Droit de la famille – 102866*, EYB 2010-181371 (C.A.).

saïres, en cas d'ordonnance initiale de garde, et non simplement en cas d'ordonnance modificative¹⁶.

Ainsi, depuis 15 ans, les tribunaux québécois appliquent les principes dégagés dans cet arrêt lorsqu'ils sont en présence d'une demande d'autorisation de déménager présentée par un parent gardien. La Cour suprême, sous la plume de la juge McLachlin, y consigne d'ailleurs, sous forme de résumé, les facteurs à considérer¹⁷. Bien que ce résumé soit abondamment cité par les tribunaux, tant en première instance qu'en appel, ces enseignements de la Cour suprême ont-ils été respectés par les tribunaux québécois ? La grille d'analyse proposée est-elle adaptée aux nouveaux rôles parentaux ? Nous tenterons de répondre à ces questions après avoir rappelé brièvement les principes de base applicables quant à la détermination du meilleur intérêt de l'enfant dans le cadre d'un tel litige.

L'article 17 de la *Loi sur le divorce* prévoit que, afin de modifier l'ordonnance initiale de garde, un changement significatif doit être survenu dans la situation familiale depuis l'ordonnance précédente. Nous n'insisterons pas sur ce point, puisque les tribunaux reconnaissent généralement que le déménagement du parent gardien, lorsqu'il est effectué sur une distance mettant en jeu les contacts avec l'autre parent, constitue un changement significatif donnant ouverture à une modification de l'ordonnance de garde¹⁸.

Finalement, tout au long de ce texte, nous emploierons l'expression « garde partagée » pour définir la situation où « la garde physique de l'enfant est confiée successivement à l'un et à l'autre des parents pour que chacun d'eux, tour à tour, l'ait chez lui pour des périodes de temps égales ou tout au moins comparables »¹⁹. Nous utiliserons les termes « garde exclusive » et « droits d'accès » pour désigner la situation où un seul des parents a la garde et où l'autre a des droits de visite à l'égard de l'enfant.

16. *S. (J.) c. V. (P.)*, EYB 2005-97056 (C.A.).

17. *Gordon*, précité, note 8, par. 49.

18. Michel TÉTRAULT, « La garde, le temps parental, ses modalités et les critères d'attribution – La notion de changement », dans *Droit de la famille*, op. cit., note 11, p. 1448 et s.

19. Michel TÉTRAULT, « Chronique – Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde partagée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent », dans *Repères*, janvier 2006, *La référence Droit civil*, EYB2006REP412.

I- NOTIONS PRÉLIMINAIRES

A. L'unique critère d'octroi de la garde : l'intérêt de l'enfant

1. *Historique*

À l'origine, le concept du meilleur intérêt de l'enfant fut implanté afin d'élever les droits de ce dernier à un rang plus élevé que ceux de ses parents dans le cadre des décisions le concernant²⁰, comme l'exprimait la Cour suprême dans l'arrêt *Young c. Young*²¹ :

[...] notre Cour n'a cessé d'appuyer la position selon laquelle les intérêts parentaux doivent céder devant toute menace pesant sur le bien-être de l'enfant.²²

[Nos soulignements].

En effet, auparavant, en droit québécois, le droit à la garde des enfants était dévolu exclusivement au père, la femme ne bénéficiant pratiquement d'aucun droit à cet égard, et ce, tant en droit civil, en France sous le *Code Napoléon* que sous le régime de la common law (applicable en matière de divorce)²³. À l'époque, même si la femme était la principale responsable de la bonne marche du foyer, de l'éducation des enfants et des soins à leur prodiguer, elle n'exerçait aucune autorité à leur égard sur le plan légal²⁴. Ainsi, la garde était presque automatiquement confiée au père en cas de divorce²⁵.

Depuis le XIX^e siècle, dans le cadre des décisions relatives à la garde de l'enfant, les tribunaux ont progressivement mis l'accent sur les droits de ce dernier par opposition à ceux de ses parents²⁶. Le « bien-être » de l'enfant a d'ailleurs été consacré

20. L. MOREAU et M. PELISSIER-SIMARD, *loc. cit.*, note 4.

21. *Young c. Young*, EYB 1993-67111 (C.S.C.).

22. *Ibid.*, p. 78.

23. Michelle BOIVIN, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », (1986-1988) 2 *Can. J. Women & L.* 53, 53.

24. *Ibid.*

25. L'affaire *R. c. De Mandeville*, (1804) East 221, 102 E.R. 1054, où l'on a accordé au père la garde d'un enfant non encore sevré alors qu'il avait été prouvé qu'il avait fait preuve de cruauté justifiant l'échec du mariage, illustre bien à quel point les droits de la femme et ceux de l'enfant dans le cadre d'un litige de garde étaient limités à l'époque.

26. *Young c. Young*, précité, note 21, p. 44.

comme critère l'emportant sur les droits des deux parents dans les litiges de garde à la suite de l'adoption de la *Guardianship of Infants Act*²⁷ en 1925.

Il a fallu attendre les études du psychologue américain Joseph Goldstein²⁸ pour que le critère du « meilleur intérêt de l'enfant » soit considéré comme l'unique point à analyser par le juge dans la détermination des décisions devant être prises à l'endroit de l'enfant. En 1976, la *Commission de réforme du droit du Canada sur le droit de la famille* recommandait l'introduction de ce critère formulé par Goldstein dans les lois relatives à la garde, ce que les législateurs firent lors de leurs réformes du droit de la famille²⁹.

Par ailleurs, avec l'adoption des articles 32 du *Code civil du Québec* et 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il est désormais clair que c'est l'enfant qui bénéficie d'un droit envers ses parents et non le parent qui a un droit de propriété *sui generis* envers son enfant³⁰. À cet effet, la Cour d'appel s'exprimait d'ailleurs récemment comme suit :

[...] fondamentalement, ce qui est en cause n'est pas un droit d'accès du père que celui-ci mériterait plus ou moins mais bien du droit de F... de profiter de son père.³¹

2. Le principe

Le critère de l'intérêt de l'enfant a pour objectif une individualisation de l'analyse. Bien que beaucoup déplorent l'imprévisibilité juridique liée à cette conception³², la validité constitutionnelle du critère de l'intérêt de l'enfant a été reconnue dans

27. *Guardianship of Infants Act*, 1925, (R.-U.), 15 et 16 Geo. 5, ch. 45.

28. Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

29. L'article 33 C.c.Q. prévoit que « les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt », alors que l'article 16 LD prévoit que « les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt ».

30. Marie-Christine KIROUACK, « La jurisprudence relative à la garde : où en sommes-nous rendus ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 273, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 665, EYB2007DEV1348.

31. *R. (M.-J.) c. N. (D.)*, EYB 2006-106698 (C.A.), par. 23.

32. Dominique GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit de la famille : une mission possible », (1998) 7 *Revue trimestrielle de droit de la famille* 23.

l'affaire *Young c. Young* et justifiée de la façon suivante par la juge L'Heureux-Dubé :

Ainsi, les lois en matière familiale et, en particulier, les dispositions relatives à la garde des enfants, constituent probablement le meilleur exemple du type de texte législatif dans lequel l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire est nécessaire à l'atteinte efficace de l'objectif visé.³³

Ainsi, chaque enfant doit avoir la chance que son intérêt soit évalué en fonction de sa situation personnelle. Comme le mentionnait la juge Abella dans l'arrêt *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*³⁴, l'intérêt de l'enfant est un concept « aussi fluide que la situation personnelle de chaque enfant »³⁵. L'intérêt de l'enfant sera donc considéré au cas par cas et en considérant toutes les circonstances dans lesquelles celui-ci se trouve³⁶. Notion discrétionnaire et imprévisible, le critère du meilleur intérêt de l'enfant a d'ailleurs été jugé « plus utile à titre d'aspiration que d'analyse juridique »³⁷ en raison de ses difficultés d'application pratique.

Il n'en demeure pas moins qu'à ce jour, l'intérêt de l'enfant est l'unique facteur à considérer dans les litiges impliquant ce dernier et que l'analyse de cet intérêt doit être faite chaque fois qu'une décision est prise le concernant, y compris lorsque doit être évaluée la possibilité pour le parent gardien de déménager avec l'enfant³⁸.

3. *Le rôle du juge dans l'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant*

Comme nous l'avons vu, la norme à appliquer dans les litiges qui mettent en jeu les droits d'un enfant est largement discrétionnaire.

Tout cela entraîne une imprévisibilité à l'égard de la décision à être rendue et la situation se complique du fait que le décideur, à savoir le juge, est lui-même empreint de subjectivité, ce que souli-

33. *Young c. Young*, précité, note 21, p. 92.

34. *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*, (1992) 97 D.L.R. (4th) 437.

35. *Ibid.*, p. 459.

36. Art. 33 C.c.Q. et par. 16(8) LD.

37. *MacGuyver c. Richards*, (1995) 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.), p. 443.

38. *Gordon*, précité, note 8.

gnait d'ailleurs la juge L'Heureux-Dubé dans le cadre d'une conférence sur le droit de la famille :

Notre compréhension de la règle de droit passera le plus souvent par la subjectivité inhérente du prisme de nos expériences personnelles. Son interprétation et son application ne peuvent donc être neutres que dans la mesure où nos valeurs le permettent. Aussi convient-il, à mon sens, de reconnaître le fait que les valeurs colorent l'ensemble de ce processus et peuvent en influencer le résultat.³⁹

Cette discrétion accordée aux juges par la consécration du critère du « meilleur intérêt de l'enfant » a donc poussé la Cour d'appel, au cours de l'année 2009, à rendre trois décisions contradictoires relativement à des litiges de garde, à savoir :

- accorder la garde partagée d'un enfant âgée de moins de deux ans⁴⁰ ;
- refuser une garde partagée dans le cas d'un enfant de 9 ans⁴¹ ;
- accorder la garde partagée de deux enfants d'âge préscolaire, malgré le fait qu'il avait été mis en preuve que le père avait des antécédents de violence conjugale⁴².

Évidemment, les circonstances propres à chacune des causes énoncées ci-dessus justifiaient fort probablement le choix des diverses modalités de garde. Il n'en demeure pas moins que l'issue des litiges ayant pour unique base légale le meilleur intérêt de l'enfant peut certainement être qualifiée d'incertaine⁴³.

Dans une tentative de dissiper cette incertitude tout en conservant l'aspect subjectif et particularisé de l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, la Cour suprême a donc élaboré une grille d'analyse plus étoffée afin de guider les juges dans leur interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans le cas particulier du déménagement de son parent gardien.

39. Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Le droit de la famille à l'aube du 20^e siècle : la marche vers l'égalité », (1998) 28 *R.D.U.S.* 3, 22.

40. *P. (V.) c. F. (C.)*, 2009 QCCA 1268.

41. *Droit de la famille – 091113*, EYB 2009-158721 (C.A.).

42. *Droit de la famille – 092467*, EYB 2009-164872 (C.A.).

43. Sylvie SCHIRM, « Commentaire sur la décision *P. (V.) c. F. (C.)*, *sub nom. Droit de la famille – 091541* – La garde partagée : vaut-il la peine de s'y opposer ? », dans *Repères*, février 2010, *La référence Droit civil*, EYB 2010REP907.

B. L'autorité parentale

Au Québec, les parents exercent ensemble l'autorité parentale à l'égard de leur enfant⁴⁴. Ceci implique donc qu'ils doivent veiller ensemble à son éducation et à son entretien, et qu'ils doivent remplir leur devoir de garde et de surveillance à son égard⁴⁵. Si le principe est louable, en ce sens qu'il place les deux parents sur un pied d'égalité relativement à leurs rôles parentaux, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile à appliquer une fois les parents séparés, spécialement en cas de garde exclusive. C'est ainsi que les tribunaux ont reconnu que le parent gardien pouvait exercer seul les attributs de l'autorité parentale, le parent non gardien agissant plutôt comme un « surveillant » à l'égard des décisions prises par le parent gardien⁴⁶. Ainsi, pour reprendre l'expression d'Albert Mayrand, « l'autorité du parent non gardien se voit considérablement affaiblie »⁴⁷ en situation de garde exclusive. Cette conception de l'autorité parentale fait toutefois l'objet d'une certaine controverse⁴⁸. Dans *D. (W.) c. A. (G.)*⁴⁹, la Cour d'appel a tenté de clarifier la situation en énonçant que l'autorité parentale devait être exercée conjointement, à l'exception des décisions quotidiennes relatives à l'enfant. Cette conception nous apparaît d'ailleurs beaucoup plus conforme au texte même du *Code civil du Québec*.

Néanmoins, dans l'arrêt *Droit de la famille – 1826*⁵⁰, la Cour d'appel a reconnu clairement qu'« au droit de garde est attaché celui de la résidence de l'enfant »⁵¹, ce qui a par ailleurs été entériné par la Cour suprême dans l'arrêt *Gordon*⁵². Il en va par ailleurs de même en vertu de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*⁵³. Cette conception du droit à

44. Art. 605 C.c.Q.

45. Art. 599 C.c.Q.

46. Dominique GOUBAU, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non-gardien », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 25 et W. (V.) c. S. (D.), REJB 1996-67897 (C.S.C.).

47. Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 R. du B. can. 202.

48. Dominique GOUBAU et Mireille D. CASTELLI, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, P.U.L., 2005, p. 336.

49. *D. (W.) c. A. (G.)*, REJB 2003-42518 (C.A.).

50. EYB 1993-64066 (C.A.), confirmé par *P. (M.) c. L. (B.)*, [1995] 4 R.C.S. 592, EYB 1995-67894 (C.S.C.).

51. *Ibid.*

52. *Gordon*, précité, note 8, par. 85.

53. *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye*, R.T. Can., 1983 n° 35, art. 5.

la détermination du lieu de résidence dans le cadre de l'autorité parentale est maintenue par les tribunaux.

II- L'ARRÊT *GORDON* : DES PRINCIPES APPLIQUÉS ?

A. Les principes

L'évaluation d'une demande présentée dans un contexte précis oblige le tribunal à soupeser le principe de la maximisation des contacts avec les deux parents⁵⁴ et celui de la stabilité de l'enfant, favorisant ainsi son lien avec son « premier pourvoyeur de soins » (le *primary caregiver*)⁵⁵.

Sous la plume de la juge dissidente L'Heureux-Dubé et de la juge McLachlin, rédigeant pour la majorité, deux thèses s'affrontent : doit-on, au nom de la prévisibilité de la norme, de la stabilité de l'enfant et du maintien de sa relation avec son parent gardien, présumer la validité de l'ordonnance initiale de garde⁵⁶ ou doit-on plutôt, au nom de l'individualisation de la justice imposée par le principe de l'intérêt de l'enfant et au nom de l'égalité entre les deux parents, procéder à une évaluation *de novo* de l'intérêt de l'enfant⁵⁷ ?

1. *La présomption de validité de l'ordonnance initiale : la position dissidente*

De son côté, la juge dissidente L'Heureux-Dubé soutient que, puisque l'ordonnance initiale confiant la garde au parent gardien a déjà été rendue à la suite d'une analyse complète de l'intérêt de l'enfant par un tribunal compte tenu de toutes les circonstances que celui-ci jugeait pertinentes au moment de rendre sa décision⁵⁸, il faudrait présumer qu'il est toujours dans l'intérêt de l'enfant de demeurer avec ce parent⁵⁹.

54. Art. 16(8) LD.

55. Michel TÉTRAULT, « La garde partagée : la contrainte de corps existe-t-elle encore ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 126, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 144.

56. *Gordon*, précité, note 8.

57. *Ibid.*

58. Art. 33 C.c.Q. et 16 LD.

59. *Gordon*, précité, note 8, motifs de la juge L'Heureux-Dubé.

Ainsi, selon la juge, la continuité de la relation de l'enfant avec son parent gardien doit primer sur le principe de la maximisation des contacts avec le parent non gardien :

[...] il y a lieu de souligner qu'il faudra une preuve convaincante de la qualité et de la profondeur de cette relation pour contrebalancer l'effet sur l'enfant de la rupture de sa relation avec le parent gardien.⁶⁰

Le parent gardien étant dans la vaste majorité des cas la mère⁶¹, il va sans dire qu'une telle présomption équivaut à favoriser nettement cette dernière dans sa décision de déménager.

2. L'évaluation de novo de l'intérêt de l'enfant : la position majoritaire

Les motifs formulés par la majorité le sont en réponse aux arguments soulevés par la juge dissidente quant à l'imposition d'une présomption de validité de l'ordonnance de garde qui, à son avis, pourrait compromettre l'analyse particularisée de l'intérêt de l'enfant telle que commandée par la *Loi sur le divorce*⁶².

La Cour évoque notamment que le fait de présumer que l'ordonnance initiale de garde est conforme à l'intérêt de l'enfant reviendrait à tenir pour acquis qu'aucun changement n'était intervenu entre l'ordonnance initiale et le moment du déménagement :

[...] dans la mesure où la présomption proposée ajoute du poids à l'arrangement imposé par l'ordonnance de garde initiale, elle risque d'atténuer l'importance accordée aux nouveaux besoins de l'enfant et à la capacité de chaque parent d'y pourvoir.⁶³

La Cour conclut également qu'il n'est pas nécessaire d'entreprendre l'analyse de l'intérêt de l'enfant en se basant sur une présomption faisant en sorte que « l'une des parties échouera si elle ne réussit pas à remplir un fardeau de preuve particulier »⁶⁴.

60. *Gordon, ibid.*, par. 127.

61. Statistique Canada, *supra*, note 1.

62. Par. 16(8) LD. Dans *Gordon*, la Cour retient que les « dispositions de la *Loi sur le divorce* [...] commandent une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d'une façon générale de « l'enfant » dont l'intérêt doit être déterminé par la Cour » (par. 44).

63. *Gordon*, précité, note 8, par. 45.

64. *Ibid.*, par. 46.

Après avoir longuement réfuté la thèse favorable à l'adoption d'une présomption de l'ordonnance initiale de garde, la majorité procède au résumé des principes juridiques applicables en sept paragraphes, lesquels seront mécaniquement repris par les cours de première instance et d'appel lors de l'évaluation de l'intérêt de l'enfant en cas de déménagement du parent gardien, constituant ainsi leur grille d'analyse :

1. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant.
2. Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir.
3. Cette analyse repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance précédente et sur la preuve de la nouvelle situation.
4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier.
5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.
6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.
7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants :
 - a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien ;
 - b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit ;
 - c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents ;
 - d) l'opinion de l'enfant ;
 - e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant ;

f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde ;

g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.⁶⁵

Ce faisant, la Cour consacre le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être réévalué dans sa totalité lorsque le tribunal se trouve face au déménagement du parent gardien. Par ailleurs, en conformité avec les principes énoncés par la *Loi sur le divorce*, la Cour incite les tribunaux à ne pas tenir compte de la conduite du parent gardien⁶⁶ (sauf dans la mesure où elle affecte ses capacités parentales), tentant ainsi de favoriser le principe de l'égalité entre les deux parents et de rejeter la présomption selon laquelle il est dans le meilleur intérêt de l'enfant que sa garde soit confiée à son pourvoyeur de soins lorsque celui-ci déménage⁶⁷.

Comme le soulève avec justesse l'auteure Christine Davies⁶⁸, un résumé comme celui reproduit plus haut décourage toutefois le lecteur d'entreprendre une lecture complète du texte de la décision en cause, engendrant parfois ainsi une mauvaise interprétation de l'ensemble de la décision en ce que « without this background, the reader is apt to be misled and to see certainty and clarity, which might be displaced »⁶⁹.

Par ailleurs, alors que nous pourrions croire que cette grille d'analyse favoriserait un meilleur encadrement de la norme du meilleur intérêt de l'enfant, nous sommes plutôt d'avis qu'elle contribue à la subjectiviser⁷⁰. En effet, les critères énumérés dans la grille sont formulés de façon très large et sont susceptibles d'être interprétés de différentes façons⁷¹. À titre d'illustration, la Cour invite à considérer « la relation actuelle entre l'enfant et le parent non gardien »⁷². Or, cette formulation n'indique pas comment apprécier cette relation et ne fournit aucune modulation quant à l'âge de l'enfant ou au comportement du parent (violence,

65. *Ibid.*, par. 49.

66. Art. 17 LD.

67. *Gordon*, précité, note 8, par. 46.

68. Christine DAVIES, « Custody and Mobility, *Gordon* Revisited », (2001) 19 *Can. J. Fam. L.* 109.

69. *Ibid.*, 119.

70. *Goubau*, *loc. cit.*, note 46.

71. *Ibid.*

72. *Gordon*, précité, note 8.

alcoolisme, etc.), ce qui ne permet pas de tracer une ligne précise de ce que constitue le meilleur intérêt de l'enfant relativement à cette relation avec son parent non gardien.

Nous constatons également qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les éléments à prendre en considération dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant lorsque le parent gardien déménage, ce qui contribue à augmenter l'imprévisibilité des décisions.

B. L'application jurisprudentielle au Québec

La grille d'analyse est-elle respectée ?

Les tribunaux manifestent une grande conscience de la grille d'analyse élaborée dans l'arrêt *Gordon*. Celle-ci est en effet mécaniquement reproduite dans presque chacune des décisions que nous avons étudiées. Les juges auront tendance à reprendre ces critères et ces facteurs à considérer, et à les coller aux faits de l'espèce de façon à déterminer avec lequel des deux parents l'enfant devrait résider. Il convient d'examiner l'interprétation que nos tribunaux ont faite de cette grille synthèse.

a) L'entente de garde déjà conclue

Dans l'un des plus récents jugements qu'elle rendait en matière de garde⁷³, la Cour d'appel procédait à un recensement des décisions entendues par cette Cour en pareil cas :

La Cour a examiné les questions reliées à la mobilité des parents depuis l'affaire *Gordon c. Goertz* dans 19 arrêts. Dans la grande majorité des situations (14), le déménagement a été autorisé. Il a été dénié dans les cas suivants : le projet est conçu à la hâte sans considération de l'intérêt de l'enfant, il a comme unique but d'éloigner des parents querelleurs, la preuve démontre un rattachement particulier des enfants à leur milieu d'origine et l'absence de lien étroit avec l'un ou l'autre des parents, les enfants présentent un degré de maturité suffisante, s'opposent au déménagement et l'autre parent est prêt à en assumer la garde.⁷⁴

73. *Droit de la famille* – 091332, EYB 2009-159588 (C.A.).

74. *Ibid.*, par. 46.

Nous pouvons ainsi conclure que les tribunaux accordent une importance capitale à l'ordonnance initiale de garde, ce que confirment d'ailleurs les auteurs Pineau et Pratte :

Il est intéressant d'observer que même en l'absence d'une présomption en faveur du parent gardien, dans le contexte d'un déménagement, rares sont les demandes de changement de garde qui sont accueillies. Les tribunaux permettent donc, habituellement, le déménagement de l'enfant.⁷⁵

Au même effet, l'auteur Jean-Pierre Sénécal :

La jurisprudence estime que le parent gardien a le droit de refaire sa vie et de choisir sa résidence et ce, même si cela peut affecter les droits du parent non gardien [...].

Ils permettent donc habituellement au parent gardien de s'établir ailleurs avec l'enfant.⁷⁶

Ainsi, nous sommes en présence d'une nette tendance à confier la garde au parent gardien, et ce, même en l'absence d'une telle présomption jurisprudentielle en ce sens. Une telle présomption a été suggérée par la juge dissidente L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Gordon*. Pourtant, la majorité a clairement énoncé que son objectif allait à l'encontre d'une telle présomption de validité de l'ordonnance de garde. Il semble donc que, bien que la grille d'analyse ne permette pas directement que le parent gardien soit favorisé dans l'analyse, les tribunaux aient tendance à considérer qu'il soit le plus apte à exercer son rôle parental auprès de l'enfant et qu'il soit dans le meilleur intérêt de celui-ci de demeurer avec lui.

b) Les relations avec les deux parents et la maximisation des contacts

Dans le cadre de litiges se rattachant à la garde et dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, les tribunaux ont

75. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Les éditions Thémis, 2006, p. 489.

76. Jean-Pierre SENÉCAL *et al.*, *Droit de la famille québécois*, vol. 1, Brossard, Publications CCH Ltée, 1985, feuilles mobiles, mise à jour n° xxx, mai 2009, 51-473, 189-63 et 189-64.

souvent recours à la notion du premier pourvoyeur de soins, que M^e Michel Tétrault définit comme suit :

[...] le parent qui est disponible et qui a su répondre avec chaleur, constance, rapidité et régularité aux besoins de l'enfant, aura développé une image sécurisante auprès de l'enfant.⁷⁷

Or, dans le cas d'une ordonnance modificative relative à la garde, il va sans dire que le premier pourvoyeur de soins est invariablement le parent gardien, puisque c'est lui qui voit aux principaux besoins de l'enfant durant sa vie courante, et ce, au moins depuis l'ordonnance lui confiant la garde. L'ordonnance initiale a donc un impact considérable sur toute la grille d'analyse devant servir de base aux tribunaux, puisque la vie familiale a été modulée par cette ordonnance depuis la séparation et que les liens parent/enfant n'ont pu se forger qu'à l'intérieur des limites permises par cette ordonnance encadrant le temps de l'enfant.

Ainsi, notre étude nous permet de constater que les juges procèdent à l'analyse de la relation de l'enfant avec le parent gardien et le parent non gardien, comme le commande la Cour suprême dans l'arrêt *Gordon*. Cependant, nous remarquons que les tribunaux accordent beaucoup d'importance à la relation de l'enfant avec son premier pourvoyeur de soins, lui attachant un symbole de stabilité émotive et affective pour l'enfant⁷⁸.

Comme le parent gardien devient automatiquement le premier pourvoyeur de soins par l'effet de l'ordonnance initiale de garde, celui-ci sera dans la majorité des cas favorisé si le tribunal conclut qu'il a su maintenir une bonne relation avec l'enfant. Cette relation sera même fréquemment considérée par les tribunaux comme palliant le manque de contacts avec l'autre parent. À cet égard, nous citons les propos de la Cour d'appel⁷⁹ :

[24] La diminution des contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès ne commande pas à tout coup une modification du droit de garde ni une ordonnance qui interdit le déménagement de l'enfant. Si, selon toute vraisemblance, il

77. Michel TÉTRAULT, « Garde partagée : opinions partagées », Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 23 avril 1999, 95.

78. *Ibid.*

79. *H. (F) c. J. (V.)*, REJB 2003-50621 (C.A.).

sera plus adéquatement pourvu aux besoins de l'enfant si celui-ci demeure avec le parent gardien, et que cet élément compense pour la perte ou la diminution des contacts avec le parent ayant un droit d'accès, le juge devrait se garder de modifier la garde, et permettre le déménagement.

[Nos soulignements].

Ainsi, bien que l'arrêt *Gordon* incitait les tribunaux à analyser l'intérêt de l'enfant en plaçant les deux parents sur un pied d'égalité afin d'évaluer de nouveau son meilleur intérêt, il nous apparaît qu'en réalité, la relation avec le parent gardien se verra le plus souvent priorisée⁸⁰, les tribunaux allant même jusqu'à conclure qu'elle pallie le manque de contacts avec l'autre parent.

Soulignons toutefois que les tribunaux tentent généralement de s'assurer que les contacts avec le parent gardien seront maintenus après le déménagement. Ainsi, ils évalueront les coûts liés à l'exercice des droits d'accès du parent non gardien⁸¹ et la facilité d'exercice de ces accès. Notre analyse nous permet de conclure que le parent non gardien bénéficiant de ressources financières importantes sera le plus souvent lésé dans le processus de détermination de la garde, puisque les tribunaux concluront qu'il pourra facilement exercer ses droits d'accès à l'égard de l'enfant déménagé⁸².

c) *L'opinion de l'enfant*

L'opinion de l'enfant est sans doute un facteur qui influence les juges dans leur prise de décision en cas de déménagement. Après tout, il est le principal intéressé au cœur de ce litige et il subira en grande partie les conséquences du jugement à intervenir. Dans le cas particulier du déménagement, nous constatons que la jurisprudence est conforme à celle appliquée en matière de garde, à savoir qu'il faut considérer très sérieusement le désir d'un enfant âgé entre 8 et 12 ans lorsque vient le temps de définir les modalités de sa garde et des droits d'accès⁸³. Lorsque l'enfant

80. *Supra*, section 1. La présomption de validité de l'ordonnance initiale : la position dissidente.

81. M. TÉTRAULT, *op. cit.*, note 11.

82. À titre d'exemple, citons l'arrêt *Gordon* lui-même, où la Cour concluait que le père pourrait effectuer des visites fréquentes en Australie vu ses moyens financiers.

83. *L. (G.) c. H. (L.)*, EYB 2009-158075 (C.S.).

est âgé de plus de 12 ans, le tribunal, sans être lié par son opinion (les désirs qu'exprime l'enfant à cet âge n'étant pas nécessairement dans son meilleur intérêt), lui accordera néanmoins une grande importance, le tout conformément aux enseignements suivants de la Cour d'appel :

[10] D'abord, Sa... et St..., âgés respectivement de 13 et 11 ans et représentés par avocat, ont exprimé clairement leur désir de demeurer avec leur père. De l'avis de la première juge, cette volonté a été manifestée par des enfants équilibrés, sains, matures et vifs d'esprit. Tout en reconnaissant que la volonté des enfants, à elle seule, ne constitue pas un facteur concluant, il faut réaliser que, en pratique, vu l'âge des enfants, cette considération a un poids non négligeable.⁸⁴

[Nos soulignements].

Ainsi, à titre d'illustration, la Cour supérieure a récemment⁸⁵ ordonné le déménagement de deux jeunes filles respectivement âgées de 10 et 11 ans en Italie, avec leur mère, alors que le père avait exercé une garde partagée à leur endroit depuis leur naissance et avait été présent pour ces dernières. La Cour accorde ainsi une grande importance à l'opinion des jeunes filles, conformément à la grille d'analyse proposée dans l'arrêt *Gordon* :

Le Tribunal estime également opportun d'accorder une importance à l'opinion exprimée par les enfants X et Y. Malgré deux années de séparation, ces enfants conservent une image très positive de leur mère et souhaitent de tout cœur se rapprocher d'elle pour partager leurs joies, leurs peines et confidences.

Selon l'appréciation du Tribunal, X et Y sont des enfants articulés, intelligents et parfaitement capables d'exprimer un point de vue indépendant de celui de leur mère ou de leur grand-mère maternelle.⁸⁶

d) Les motifs du déménagement du parent gardien

Les paragraphes 16(9) et 17(6) LD prévoient qu'aucune importance ne doit être accordée à la conduite antérieure du

84. *Z. (A.) c. O. (S.)*, REJB 2004-54538 (C.A.), par. 10.

85. *Droit de la famille – 102696*, 2010 QCCS 4952, EYB 2010-180875 (C.S.).

86. *Ibid.*, par. 95 et 98.

parent dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, à moins qu'elle ne soit directement liée à ses capacités parentales.

C'est en suivant cette logique que la Cour suprême, dans l'arrêt *Gordon*, a clairement indiqué que, « s'ils ne sont pas liés à l'aptitude du parent, les motifs du déménagement du parent gardien ne devraient pas entrer en ligne de compte »⁸⁷. Soulignons que ce point de la grille d'analyse a été qualifié par la doctrine de « one of the most controversial statements in the judgment »⁸⁸.

En effet, il semble qu'il soit difficile pour les juges de trancher un litige lié au déménagement du parent gardien sans s'interroger sur les motifs ayant poussé ce dernier à déménager⁸⁹. Il nous apparaît d'ailleurs particulièrement important de vérifier, en pareil contexte et au nom du principe de la maximisation des contacts également inclus dans la grille d'analyse⁹⁰, si le déménagement a pour but d'éloigner l'enfant du parent non gardien.

Or, l'analyse des motifs par les tribunaux, bien qu'elle ait été faite contrairement aux principes dégagés dans l'arrêt *Gordon*, a permis d'éviter le déménagement d'enfants et la rupture de leur lien avec leur parent non gardien, notamment dans des cas d'aliénation parentale⁹¹, dans le cas où un parent a planifié un déménagement afin d'échapper aux relations acrimonieuses entre les parents⁹² et dans le cas d'un parent désireux de réduire les contacts de l'enfant avec l'autre parent⁹³.

Ainsi, comme le soulignaient les auteurs McLeod et Mamo, la bonne foi du parent gardien sera analysée dans la plupart des cas :

The weight of judicial authority since *Gordon v. Goertz* supports a court allowing a move that is proposed in good faith and not intended to frustrate an access parent's relationship with a child, so

87. *Gordon*, *op. cit.*, note 8, par. 23.

88. Nicholas BALA et Joanna HARRIS, « Parental Relocation : Applying the Best Interests of the Child Test in Ontario », (2006) 22 *Can. J. Fam. L.* 127, 88.

89. Michel TÉTRAULT, « Chronique – Arrêts récents de la Cour d'appel en matière de garde partagée : la tendance est très lourde, mais certains critères d'établissement de cette modalité de garde se précisent », dans *Repères*, janvier 2006, *La référence Droit civil*, EYB2006REP412, p. 3.

90. *Gordon*, précité, note 8, par. 49.

91. *L. (M.) c. D. (L.)*, 2009 QCCS 6017, EYB 2009-179738 (C.S.).

92. *M. (L.) c. R. (K.)*, B.E. 2002BE-58 (C.A.).

93. *C. (M.) c. H. (M.A.)*, EYB 2003-37056 (C.S.).

long as the primary caregiver parent is prepared to accommodate the interest of the child and the access parent by restructuring access and perhaps by reducing child support to acknowledge the increased costs of access.⁹⁴

Bien qu'il soit périlleux d'analyser les motifs du déménagement du parent gardien malgré les objectifs de la *Loi sur le divorce*, lesquels commandent de ne pas accorder d'importance à la conduite antérieure des parties, il nous semble qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant que les juges s'attardent à une telle analyse. La jurisprudence démontre par ailleurs qu'il est difficile de s'écarter de cette question dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant⁹⁵.

e) *La perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde et celle que peut lui causer l'éloignement de sa famille et du milieu auquel il est habitué*

Notre analyse nous permet de constater qu'une place limitée est accordée à l'évaluation des considérations mentionnées en sous-titre dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant. Comme nous l'avons mentionné, les juges appelés à trancher un litige opposant la stabilité du contact avec le premier pourvoyeur de soins et le contact absolu avec son parent non gardien et son milieu auront tendance à conclure que le maintien de la stabilité affective de l'enfant avec son parent gardien compensera pour ces pertes de contacts.

Notons toutefois qu'une plus grande place sera accordée à ces considérations⁹⁶ en situation de garde partagée. Les deux parents devenant alors des figures parentales en parts égales (du moins quant au temps passé avec l'enfant), les tribunaux auront tendance à accorder une plus grande importance au milieu de vie de l'enfant en général, la présumée compensation affective de la relation avec le parent gardien pour la perte de celle du parent non gardien avec l'enfant ne résistant désormais plus à l'analyse.

94. James G. McLEOD, Alfred A. MAMO, *Annual Review of Family Law* 2008, Toronto, Thomson Carswell, 2008, p. 103.

95. *Droit de la famille* – 091332, EYB 2009-159588 (C.A.).

96. *M.É. (É.) c. P. (S.)*, C.S. Beauce, 350-12-005610-005, 25 juin 2002.

C. Les modifications apportées à la grille d'analyse

Bien que les tribunaux aient parfois tendance à reprendre de façon méthodique, quasi automatique et exclusive les critères énoncés dans l'arrêt *Gordon*, les juges, en présence de situations particulières, accorderont de l'importance à certains autres critères, que M^e Michel Tétrault recense comme suit dans un texte sur le sujet⁹⁷ :

- Le support disponible à l'enfant dans le nouvel environnement proposé, que ce soit au niveau financier, familial ou affectif ;
- L'accessibilité à l'école dans le nouvel environnement ;
- Les pertes subies par les enfants si le déménagement était accordé (la communauté, la famille élargie, l'école, les implications sociales, etc.) ;
- La sécurité financière et le niveau de vie des enfants⁹⁸ ;
- La santé du parent gardien, tant sur le plan physique qu'émotionnel ;
- Le bénéfice pour les enfants de vivre dans une famille composée de deux parents ;
- La culture dans laquelle l'enfant est appelé à déménager ;
- La faculté d'adaptation de l'enfant ;
- La probabilité que le parent gardien encourage les contacts avec l'autre parent ;
- L'existence d'une convention intervenue entre les parties relativement au déménagement ;
- La distance qui existe entre le parent et le nouvel environnement proposé par l'autre parent et la possibilité pour les enfants de maintenir des contacts significatifs, compte tenu de cette distance en fonction du temps et des ressources financières des parties.

97. M. TÉTRAULT, *op. cit.*, note 11.

98. C. (R.) c. H. (N.), REJB 1999-18497 (C.S.).

Quant à cette dernière considération, notons que les nouveaux outils, tels Internet et les *webcams*, permettant des vidéoconférences et des séances de clavardage entre le parent non gardien et l'enfant, sont de plus en plus utilisés afin de pallier les difficultés que crée la distance entre les domiciles des deux parents. À titre d'illustration, la Cour d'appel, dans un récent jugement par lequel elle permettait un déménagement en France⁹⁹, ordonnait « une communication téléphonique hebdomadaire ou par voie de webcam le samedi à 18 h »¹⁰⁰ avec le parent gardien.

Le fait d'accorder de l'importance à d'autres considérations que celles prévues par la grille d'analyse de l'arrêt *Gordon* nous apparaît donc une avenue beaucoup plus conforme aux enseignements de la Cour suprême et aux dispositions législatives pertinentes, permettant ainsi une évaluation plus juste, approfondie et individualisée de l'intérêt de l'enfant.

C'était d'ailleurs là l'unique objectif de la Cour suprême dans l'arrêt *Gordon*, alors qu'elle réfutait une éventuelle présomption de validité de l'ordonnance initiale de garde au motif que la Cour doit « protéger l'intérêt de chaque enfant »¹⁰¹, ce qui commande « une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de « l'enfant » dont l'intérêt doit être déterminé par la Cour »¹⁰².

Finalement, les tribunaux aborderont également régulièrement la question de savoir quel comportement le parent gardien adoptera dans l'hypothèse où le déménagement lui serait refusé, question que la Cour d'appel a d'ailleurs jugée non pertinente dans son analyse¹⁰³. Le problème a d'ailleurs récemment été soulevé par la juge Thibault de la Cour d'appel :

[Cette question] place le parent gardien ou qui sollicite la garde dans une position intenable. S'il répond qu'il déménagera sans ses enfants, on dira qu'il est égoïste parce qu'il favorise ses intérêts personnels au détriment de ceux de ses enfants. S'il répond au

99. *Droit de la famille* – 091332, précité, note 73.

100. *Ibid.*, par. 55.

101. *Gordon*, précité, note 8, par. 44.

102. *Ibid.*

103. *S. (P.) c. B. (P.)*, [2007] R.D.F. 665 (C.A.).

contraire qu'il ne déménagera pas sans ses enfants, cela crée une option attrayante pour le tribunal [...].¹⁰⁴

Il nous semble que les tribunaux devraient suivre ces enseignements, la question étant hypothétique et nullement justifiée.

III- LA GRILLE D'ANALYSE EST-ELLE ADAPTÉE ?

A. Aux nouveaux rôles parentaux

Il convient de rappeler que l'arrêt *Gordon* a été rendu en 1996. Or, beaucoup de changements sont survenus depuis cette époque dans l'établissement des modalités de garde. Par exemple, si, à cette époque, la majorité des litiges de garde se soldaient par une garde exclusive assortie de droits d'accès classiques pour le parent non gardien (soit une fin de semaine sur deux et quelques modalités particulières pour les fêtes de fin d'année et la saison estivale), la tendance actuelle est maintenant de plus en plus à la garde partagée¹⁰⁵. Selon l'auteur Michel Tétrault, cela s'expliquerait notamment par les facteurs suivants¹⁰⁶ :

- L'intégration des femmes au marché du travail ;
- La prise de conscience de l'importance du rôle de père par ceux-ci et l'augmentation de leurs demandes à cet effet ;
- Les avancées de la psychologie infantile quant à l'importance du contact parent/enfant.

Cette modalité de garde a pris tellement d'ampleur au cours des années que certains auteurs¹⁰⁷ affirment que nous assistons présentement à l'émergence d'une « présomption jurisprudentielle » de garde partagée qui serait appliquée par une partie des juges. Ainsi, si plusieurs d'entre eux affirment, dans le cadre d'un sondage anonyme, avoir un préjugé favorable envers la garde

104. *Young c. Young*, précité, note 23, par. 47.

105. Dominique GOUBAU, « La garde partagée, vague passagère ou tendance lourde ? », *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 107.

106. Michel TÉTRULT, « La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en garde partagée*, Colloque, Montréal, 27 avril 2006, p. 8.

107. Ines LeROY, « La garde partagée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27(1) *Revue québécoise de psychologie* 33 ; S. SCHIRM, *loc. cit.*, note 43.

partagée, certains autres constatent appliquer une présomption de garde partagée¹⁰⁸ et exigent même qu'il leur soit démontré que cette modalité de garde n'est pas adéquate pour ordonner une garde exclusive¹⁰⁹.

Il semble que cette tendance jurisprudentielle soit conforme à la réalité sociale actuelle, comme le confirmait M^{me} Denyse Côté dans un article publié dans la *Revue québécoise de psychologie* :

La garde partagée serait de plus en plus populaire parce qu'elle correspond à la nouvelle symbolique familiale du couple à double investissement professionnel et parental. Elle correspond à une vision de complémentarité symétrique des sexes de plus en plus répandue en Amérique du Nord.¹¹⁰

Il apparaît clairement de la grille d'analyse proposée dans l'arrêt *Gordon* qu'elle fut conçue à partir du modèle classique et traditionnel mettant en situation un parent gardien très impliqué auprès de l'enfant et un parent non gardien, nécessairement moins impliqué. Cela est d'ailleurs confirmé par la terminologie employée par la Cour, qui utilise les termes « parent gardien » et « parent non gardien », et ce, alors qu'aucune mention n'est faite de la garde partagée. Par ailleurs, la Cour base son entière analyse sur la stabilité que procure à l'enfant le maintien du contact avec son « premier pourvoyeur de soins », concept beaucoup moins pertinent en situation de garde partagée, où les parents sont appelés à prodiguer les soins à l'enfant de façon plus ou moins égale.

Il nous semble donc que cette grille devrait faire l'objet d'une mise à jour vu le nombre grandissant de gardes partagées accordées par les tribunaux et la similitude des rôles que jouent désormais les parents auprès de leurs enfants. Une plus grande place devrait alors être accordée aux conséquences du retrait de l'enfant de son milieu de vie, du changement de ses habitudes et de la rupture des contacts avec sa communauté et sa famille élargie¹¹¹.

108. Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale : des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question », (2001) *PRISME* 35, 116.

109. *Droit de la famille* – 07352, EYB 2007-115466 (C.S.).

110. Denyse CÔTÉ, « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », (2006) 27(1) *Revue québécoise de psychologie* 19.

111. *Supra*, section C. *Les modifications apportées à la grille d'analyse*.

Il semble qu'une certaine importance devrait également être accordée, comme le font déjà les tribunaux, aux motifs qui poussent le parent à déménager afin d'éviter qu'il le fasse de mauvaise foi ou dans le but d'éloigner l'autre parent de l'enfant.

B. La grille d'analyse et l'égalité matérielle

Telle que développée, la grille d'analyse proposée dans l'arrêt *Gordon*, bien qu'elle ait été formulée afin d'empêcher qu'une présomption favorable au parent gardien le fasse bénéficier d'une quelconque avance sur l'autre parent relativement à la garde de l'enfant, favorise certainement l'octroi de la garde au parent gardien, comme en témoignent les 14 déménagements autorisés par la Cour d'appel sur les 19 étudiés par celle-ci depuis l'arrêt *Gordon*. Nous croyons ici utile de rappeler que, dans environ 80 % des cas de garde exclusive, la garde est confiée à la mère¹¹².

Alors que les pères sont de plus en plus désireux de s'impliquer auprès de leurs enfants et qu'ils prennent une place de plus en plus significative dans leur vie, la grille d'analyse visant à déterminer l'intérêt de l'enfant lors du déménagement du parent gardien tend à faire fi de cette constatation. En effet, bien qu'elle commande une analyse *de novo* de la situation familiale afin de donner des chances égales aux parents, elle est entièrement axée sur le passé des relations parents/enfant. Ainsi, on évaluera les rôles parentaux tels que développés à l'intérieur des balises de l'ordonnance initiale de garde.

Selon une interprétation stricte de la « grille d'analyse » de l'arrêt *Gordon*, un père qui ne se verrait accorder, en raison du bas âge de l'enfant, que des droits d'accès à la suite de la dissolution de l'union et qui serait confronté au déménagement de la mère un an plus tard, alors que cette dernière désirerait l'éloigner de l'enfant, aurait de grandes chances de voir sa requête en changement de garde rejetée. En effet, non seulement la mauvaise foi de la mère n'est théoriquement pas pertinente mais, au surplus, on jugera que la relation qu'elle a eue avec l'enfant pourra compenser la rupture des contacts du père. Or, la réalité est que plusieurs pères ayant des droits d'accès se voient refuser par les mères des modalités d'accès plus larges que celles prévues par le jugement. En conséquence, malgré leur désir de s'impliquer davantage dans la

112. Statistique Canada, *supra*, note 1.

vie de leur enfant, il devient difficile pour eux de le faire en l'absence de collaboration de la mère, spécialement vu les coûts liés au débat judiciaire

Nous sommes d'avis que cette situation est un bon exemple de l'échec de l'égalité formelle entre les genres. Bien que la Cour suprême ait forgé les principes d'une grille d'analyse dans un esprit d'égalité, il n'en demeure pas moins qu'au plan matériel, un parent est finalement avantagé sur l'autre, et ce, en application stricte des principes formulés par la Cour. Il nous semble que ceux-ci devraient être repensés à la lumière de ces considérations.

CONCLUSION

L'arrêt *Gordon* est maintenant appliqué par les tribunaux canadiens et québécois depuis bientôt 15 ans. Cependant, force est de constater que la société québécoise a subi de nombreux changements depuis que cette question a été interprétée par la Cour suprême. Le droit de la famille étant l'une des sphères du droit qui doit s'adapter aux réalités sociales, il nous semble que la grille d'analyse proposée par la Cour suprême n'y fait pas exception.

Cet arrêt, rendu alors que la garde exclusive était encore la tendance la plus forte en matière de garde au Canada, ne tient malheureusement pas compte de réalités nouvelles mais pourtant bien présentes dans le quotidien des familles, notamment l'intégration effective des femmes (et donc, des mères) sur le marché du travail, ce qui fait que leur disponibilité est maintenant plus ou moins équivalente à celle des pères, et l'implication grandissante de ces derniers au sein de la famille. Le nombre grandissant d'ordonnances de garde partagée est l'une des conséquences de ces changements sociaux¹¹³.

Il est non conforme à ces nouvelles réalités sociales que l'arrêt *Gordon* ne fasse aucune mention de la garde partagée et que les principes qui y sont dégagés n'aient pas été modulés suffisamment avec le temps pour tenir compte de cette modalité de garde qui touche maintenant près de 50 %¹¹⁴ des familles.

113. Denyse CÔTÉ, *supra*, note 110.

114. Statistique Canada, *loc. cit.*, note 1.

Par ailleurs, bien que les motifs exprimés par la majorité dans l'arrêt *Gordon* tendent à favoriser une plus grande égalité dans le poids à accorder aux demandes de chacun des parents dans le cadre d'une ordonnance visant à permettre ou non le déménagement de l'enfant, nous constatons que ceux-ci ne sont pas suivis. En effet, les tribunaux se basent sur l'application concrète de la grille d'analyse et du résumé proposés par la Cour en omettant de s'attarder aux principes qui les sous-tendent. En conséquence, au lieu d'être aussi imprévisible et subjective qu'en matière de garde, la jurisprudence est finalement assez prévisible. Nous pouvons ainsi affirmer que, bien que la position de la juge L'Heureux-Dubé n'ait pas reçu l'approbation de la majorité, c'est cependant celle qui, en pratique, est la plus appliquée, et ce, bien qu'indirectement.

Il semble que la grille d'analyse proposée dans l'arrêt *Gordon*, bien qu'elle soit « appliquée » par les juges, ne remplit pas sa fonction première étant donné la facilité impressionnante qu'ont la majorité des parents gardiens à déménager avec leur enfant. Il semble que cette grille ne soit pas parfaitement suivie, notamment quant à l'exclusion de l'analyse des motifs du déménagement du parent gardien et aux réticences qu'ont les tribunaux à remplir cette grille non limitative.

Finalement, l'analyse des effets de cette grille nous permet de conclure qu'elle va à l'encontre de l'égalité matérielle entre les genres. En effet, bien qu'elle ne soit pas particulièrement et expressément « genrée », il n'en demeure pas moins qu'elle favorise l'octroi de la garde à la mère, qui est encore souvent vue comme le « premier pourvoyeur de soins » par excellence, conséquence des relents de la doctrine de l'âge tendre. Les principes dégagés dans l'arrêt *Gordon* sont effectivement entièrement basés sur la relation « passée » de l'enfant avec son parent au lieu d'être axée sur l'avenir de celle-ci.

Ce problème était d'ailleurs récemment soulevé par la juge Bich de la Cour d'appel dans une récente affaire en matière de garde :

Que l'enfant soit jeune, personne n'en disconvient (il avait un an au moment du jugement de première instance, il a maintenant 23 mois). Que la mère ait été la figure dominante est exact aussi, encore qu'il faille ici relativiser la chose. L'intimée a en effet profité

d'un congé de maternité/congé parental de 11 mois (de juillet 2007 à juin 2008). L'appelant, de son côté, a continué de travailler bien qu'il ait pris un mois de congé après la naissance.

On ne peut guère lui reprocher de n'en avoir pas pris davantage, vu les obligations financières du couple dont les revenus n'étaient pas très élevés et qui avait acheté une maison moins d'un an auparavant.

L'intimée a aussi allaité l'enfant, ce que l'appelant ne pouvait évidemment pas faire et qui a forcément donné à la première une préséance avec laquelle le second pouvait difficilement rivaliser. À mon avis, la preuve révèle cependant, quoi qu'en dise l'intimée dans son témoignage et dans son exposé, que l'appelant s'est beaucoup – et bien – occupé de l'enfant.¹¹⁵

[Nos soulignements ; notes omises.]

Ainsi, il nous semble qu'une modification s'impose afin de s'assurer que les pères puissent prendre toute la place qui leur revient auprès de leurs enfants et qu'ils ne soient pas confinés à un rôle de second rang quant à l'éducation de ces derniers. Il nous apparaît qu'une nouvelle grille d'analyse devrait nécessairement considérer cet aspect.

115. P. (V.) c. F. (C.), *sub nom. Droit de la famille – 091541*, EYB 2009-160821 (C.A.).

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?

Nathalie MASSÉ et Marc GERVAIS

Résumé

L'arpenteur-géomètre est investi de pouvoirs consacrés par l'État quant au positionnement des limites de propriété et il est le seul à pouvoir le faire. Reconnu comme un expert en mesurage, c'est lui qui réalise le bornage des limites de propriété.

La jurisprudence a établi une distinction entre d'une part, le rôle et la mission de l'arpenteur-géomètre lorsqu'il opère en contexte de bornage (mission d'expertise) et d'autre part, son rôle et sa mission lorsqu'il pose des actes professionnels unilatéraux comme lors de la confection d'un certificat de localisation, de l'exécution d'un mandat de piquetage, de la réalisation d'une opération cadastrale ou d'un mandat de rénovation cadastrale ainsi que lors de la préparation d'une description technique (mission de constatation).

En contexte de bornage, la méthode visant à fixer la limite séparative entre deux immeubles est largement connue. Toutefois, à notre connaissance, aucun auteur n'a proposé une méthode visant à indiquer la position des lignes séparatives lors de l'exécution d'une mission de constatation. Nous avons scruté la jurisprudence et la doctrine et nous y avons trouvé des éléments de réponse permettant de circonscrire la portée de la mission dévolue à l'arpenteur-géomètre et les principes de délimitation applicables.

Le présent article présente donc une méthode rigoureuse et logique pouvant guider l'arpenteur-géomètre lorsqu'il devra indiquer la position des limites de propriété lors de l'exécution de

mandats assimilables à une mission de constatation. La méthode tient compte des présomptions légales, de la jurisprudence et de la doctrine. Comme elle est applicable lors d'une opération de piquetage, nous en analysons ses impacts et précisons le rôle et la portée du piquetage. Étant applicable aussi lors de l'exécution d'opérations cadastrales ou de mandats de rénovation cadastrale, nous exposons la relation pouvant exister entre, d'une part, la méthode proposée et, d'autre part, la présomption d'exactitude du cadastre conférée par l'article 3027 du *Code civil du Québec* ainsi que l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*.

Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?*

Nathalie MASSÉ¹ et Marc GERVAIS²

1. INTRODUCTION	133
2. RÔLE ET MISSION DE L'ARPENTEUR- GÉOMÈTRE.	135
3. LIMITE BORNÉE.	142
4. LIMITE CERTAINE ET DÉTERMINÉE.	143
5. LIMITE INCERTAINE ET INDÉTERMINÉE.	148
5.1 Traitement de l' <i>animus</i>	150
5.2 Présence d'un <i>corpus</i>	153
5.3 Absence d'un <i>corpus</i>	157
5.4 Absence d'un <i>corpus</i> et de contenance	159

* Les auteurs tiennent à remercier pour leur soutien financier, le Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture (FQRSC), le Réseau Géoïde et le Fonds Joncas. Les auteurs tiennent également à remercier pour leur travail de recherche, Marc-André Jutras et Marie-Renée Chauveau-Lavoie, tous deux arpenteurs-géomètres et auxiliaires de recherche pour la rédaction d'un volume sur le droit de l'arpentage au Québec, projet chapeauté par l'Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec et l'Université Laval. Finalement, les auteurs remercient Daniel Fortin, arpenteur-géomètre, pour sa participation à la réflexion et pour son insatiable questionnement auquel nous avons voulu répondre.

1. M.Sc., arpenteur-géomètre au Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, doctorante et chargée de cours au Département des sciences géomatiques de l'Université Laval.
2. Ph.D., arpenteur-géomètre, professeur agrégé au Département des sciences géomatiques de l'Université Laval.

6.	IMPACTS SUR LE PIQUETAGE ET LA RÉNOVATION CADASTRALE.	160
6.1	Le piquetage	160
6.2	La rénovation cadastrale	163
7.	CONCLUSION	164

« Les propriétaires fonciers ont toujours cherché à marquer les confins de leur domaine. L'ancienne Grèce, dit-on, connaissait un procédé mnémonique original : l'héritier était conduit à ses terres dont on lui indiquait les limites et, pour qu'il ne les oublie pas, on lui donnait la bastonnade ».³

1. INTRODUCTION

La jurisprudence a établi une distinction entre d'une part, le rôle et la mission de l'arpenteur-géomètre lorsqu'il opère en contexte de bornage et d'autre part, son rôle et sa mission lorsqu'il pose des actes professionnels unilatéraux comme lors de la confection d'un certificat de localisation, de l'exécution d'un mandat de piquetage, de la réalisation d'une opération cadastrale ou d'un mandat de rénovation cadastrale ainsi que lors de la préparation d'une description technique.

En matière de bornage, la méthode visant à fixer la limite séparative entre deux immeubles est largement connue et elle a été très bien résumée par l'honorable juge Rita Bédard dans la cause *Pomerleau-Fortin c. Chrétien* :

En effet, de façon générale, la détermination d'une ligne séparative de terrains obéit à une certaine méthode : on appliquera d'abord la prescription lorsque ses conditions d'application sont réalisées. À défaut, on appliquera les titres, lorsqu'ils sont d'un auteur commun et qu'ils comportent des mesures précises ou aboutissants précis. À défaut, on appliquera la possession, et enfin, les titres, le cadastre et autres documents utiles. Tant que les titres ne sont pas d'un auteur commun, ils ne sont ni plus ni moins que des actes unilatéraux et n'engagent pas les voisins. On pourra cependant y trouver des indices utiles.⁴

Toutefois, plusieurs questions surgissent si on tente de circonscrire la méthode applicable lorsque l'arpenteur-géomètre

3. D.-C. LAMONTAGNE, *La publicité des droits*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 109.

4. *Pomerleau-Fortin c. Chrétien*, 2006 QCCS 1650, par. 19.

réalise des mandats autres que le bornage. En effet, l'arpenteur-géomètre détient-il ou doit-il s'enquérir de tous les faits et informations nécessaires pour être en mesure d'appliquer la méthode prescrite en contexte de bornage ? Si non, qu'est-ce qui n'est plus pertinent ? Doit-il analyser en tout temps la possession, voire donner son appréciation sur la prescription acquisitive ? Lorsqu'il constate des marques matérielles de ligne séparative, doit-il sonder à tout coup l'*animus* des propriétaires concernés ? Pour les actes translatifs qu'il consulte, doit-il chercher constamment à connaître quelle était alors l'intention des parties ? Peut-il en faire sa propre interprétation ? Notre vaste expérience au sein de la communauté des arpenteurs-géomètres démontre que les réponses à ces questions ne coulent pas de source ou ne sont pas les mêmes chez tous les arpenteurs-géomètres.

Pour répondre à ces questions, nous avons scruté attentivement la jurisprudence et la doctrine et nous y avons trouvé des éléments de réponse permettant de circonscrire la portée de la mission dévolue à l'arpenteur-géomètre lorsqu'il pose des actes professionnels autres que le bornage. Le présent article vise donc à exposer une méthode de délimitation des immeubles applicable pour les actes professionnels unilatéraux exécutés par l'arpenteur-géomètre. Pour ce faire, nous allons préciser d'abord le rôle et la mission de l'arpenteur-géomètre découlant de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*⁵, expliquer le statut du bornage au sein des titres de propriété, démontrer l'importance du morcellement initial exécuté par un auteur commun, déterminer le traitement à réserver aux marques matérielles de ligne séparative constatées sur les lieux, soulever les principes applicables en l'absence de telles marques pour finalement analyser l'impact de la méthode suggérée sur les mandats de piquetage et de rénovation cadastrale.

Le présent article ne traite que du partage du domaine privé et exclut les principes applicables pour la délimitation entre le domaine privé et le domaine public. Le caractère imprescriptible des biens du domaine public nécessite un traitement particulier qui dépasse l'objectif du présent article⁶. À titre indicatif, parmi

5. L.R.Q., c. A-23.

6. Voir à ce sujet, P. LABRECQUE, *Le domaine foncier public au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 439 p. ; J. BOUFFARD, *Traité du domaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1977, 231 p. ; G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, 332 p. ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC,

les biens du domaine public, on retrouve, les biens de l'État (provincial et fédéral), dont l'autorité est détenue par différents ministères ou organismes publics⁷, et ceux qui sont la propriété des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique⁸.

2. RÔLE ET MISSION DE L'ARPENTEUR-GÉOMÈTRE

Le titre d'officier public, qui est conféré par l'article 34 de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*⁹, accorde à l'arpenteur-géomètre le privilège d'exercer dans son champ de compétence une partie de l'autorité publique de l'État¹⁰. L'arpenteur-géomètre a donc la tâche de contribuer au maintien de la sécurité des droits fonciers. Pour ce faire, il jouit de privilèges, de devoirs importants et d'un quasi-monopole. En retour, il doit mettre au profit du public ses

MINISTÈRE DES TRANSPORTS, *Le statut des chemins au Québec*, Québec, 1996, 207 p. ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DES TRANSPORTS, *Largeur des chemins au Québec*, Québec, 1991, 105 p. ; F. BROCHU et B. BEAULIEU, *Largeur des routes et chemins du Québec*, Formation continue de l'Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 2002, 61 p. Voir également l'étude réalisée sous la supervision de M^e Guy LORD, *Le droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public Université de Montréal et Ministère des Richesses Naturelles, 1977, vol. 1 et 2, 1049 p.

7. Art. 3, *Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q., c. T-8.1. La *Loi sur les terres du domaine de l'État* s'applique à toutes les terres qui font partie du domaine de l'État (provincial). En plus des terres publiques, on retrouve parmi les terres qui font partie du domaine de l'État, notamment, les cours d'eau non concédés, certaines routes, les terres agricoles publiques et le parc immobilier de la Société Immobilière du Québec. Pour déterminer si un immeuble fait partie du domaine public ou du domaine privé ou encore pour savoir quelle autorité détient la gestion d'un immeuble public, certaines recherches devront être faites, soit au Registre du domaine de l'État (RDE) ou auprès du gestionnaire visé selon qu'il s'agit (1) d'un cours d'eau, dans ce cas, il est possible de connaître l'opinion du Centre d'expertise hydrique du Québec (CEHQ) du Ministère du Développement durable de l'Environnement et des Parcs (MDDEP) via une requête en domanialité, (2) d'une route, dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère des transports du Québec (MTQ) et/ou de la municipalité concernée, (3) d'une terre publique, dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère des Ressources naturelles et de la Faune (MRNF) et/ou de la Société Immobilière du Québec (SIQ), (4) d'une terre agricole publique, dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec (MAPAQ). Dans le cas des immeubles appartenant à la Couronne fédérale, si l'emplacement a fait l'objet d'un décret lui conférant le statut 'Terres du Canada', il est sous la gestion de Ressources naturelles du Canada, direction de l'arpenteur général et dans le cas contraire, il est sous la gestion de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada.
8. Art. 916, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.
9. L.R.Q., c. A-23.
10. J. LAMBERT, « La mobilité extra-territoriale des professionnels intéresse-t-elle le notariat québécois ? », (1992) 95 *Revue du Notariat* 68, 57 p.

connaissances et compétences particulières¹¹. Du titre d'officier public découlent certaines obligations professionnelles, notamment celles de considérer la protection du public comme l'élément primordial à respecter dans le cadre de ses activités professionnelles¹² et de tenir compte des conséquences prévisibles que peut avoir son activité professionnelle sur la société¹³. Ainsi, son intervention sur des propriétés ne doit pas avoir pour effet de troubler la possession paisible existante sur les lieux ni de modifier la situation juridique des immeubles.

Pour comprendre le rôle que le législateur confère à l'arpenteur-géomètre, il importe de distinguer le bornage des autres types de mandat que l'arpenteur-géomètre réalise. Dans la cause *Lecours c. 9041-1836 Québec inc.*, l'honorable Claudette Tessier-Couture, juge à la Cour supérieure, cite l'auteur Pierre-Claude Lafond qui a écrit, en traitant du bornage :

Dans sa recherche des bornes d'un terrain, l'arpenteur-géomètre joue un véritable rôle d'enquêteur et d'analyste. Il peut se reporter aux titres, à la situation des lieux, à l'organisation matérielle que les voisins ont donnée à leur propriété respective, à des témoignages, aux marques externes de délimitation et à l'incidence de la prescription acquisitive. Tous les moyens de preuve sont admis pour établir les limites d'un terrain puisqu'il s'agit de faits matériels (art. 2857 C.c.Q.).¹⁴

En 1997, dans la cause *Ruest c. Groupe Gestion 2000 inc.*, l'honorable Ross Goodwin, juge à la Cour supérieure, écrivait ce qui suit quant au rôle de l'arpenteur-géomètre en matière de bornage :

Sans trop élaborer sur cette question, tout expert, qu'il compare à l'invitation de l'une ou l'autre des parties, n'a qu'un seul mandat : faire bénéficier le Tribunal de l'éclairage particulier que ses expériences ou ses études lui ont permis d'acquérir. Dès qu'il est reconnu, l'expert est le seul témoin pouvant exprimer une opinion ! L'arpenteur-géomètre, toutefois, s'est vu conférer un rôle particulier par le législateur. De ce fait, désigné par la Cour ou accepté par

-
11. M. GERVAIS, « L'arpenteur-géomètre : Dans quelle mesure doit-il être en possession de ses limites ? », (2007) 109 *Revue du Notariat* p. 395.
 12. F. VANDENBROEK, *L'arpenteur-géomètre et son Code de déontologie*, Trois-Rivières, Les Éditions Jurimega, 1996, p. 75.
 13. Art. 2.03, *Code de déontologie des arpenteurs-géomètres*, c. A-23, r. 3.
 14. P.-C. LAFOND, *Précis du droit des biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 288, cité dans *Lecours c. 9041-1836 Québec inc.*, 2008 QCCS 2381, par. 40.

les parties, son rapport revêt un caractère spécial. On ne lui a pas attribué un titre de juge. Cependant, il remplit un rôle d'enquêteur et d'analyste du terrain, des titres. De plus, il recueille des témoignages sous serment dans un cadre assimilable à une audition judiciaire. Il est tenu notamment de respecter les règles fondamentales de la justice naturelle. Il apprécie la preuve et les autres éléments soulevés par les parties. Ses conclusions sont rédigées de façon à pouvoir les rendre exécutoires soit du consentement des parties ou par décision du Tribunal.¹⁵

En fait, le bornage peut être assimilé à une mission d'expertise au cours de laquelle l'arpenteur-géomètre est tenu de procéder à une enquête conforme au principe du contradictoire incluant une enquête complète sur la possession et l'incidence de la prescription acquisitive¹⁶. Son travail implique non seulement de faire des constatations, des mesures, des relevés, ainsi que des analyses, des recherches et/ou des hypothèses, mais il implique également une lecture juridique de la factualité.

Toutefois, le rôle particulier conféré à l'arpenteur-géomètre par les tribunaux en contexte de bornage ne doit pas trouver application lorsque celui-ci exécute des mandats unilatéraux. Il faut alors s'en remettre exclusivement au libellé de l'article 34 de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*¹⁷ et à sa portée, telle que précisée par la jurisprudence. L'article 34 de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres* se lit comme suit :

L'arpenteur-géomètre est un officier public.

Constituent l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre :

a) tous arpentages de terrains, mesurages aux fins de borner, bornages, levés de plans, toutes confections de plans, de procès-verbaux, de rapports, de descriptions techniques de territoires, de certificats de localisation et de tous documents ainsi que toutes opérations faites par méthode directe, photogrammétrie, électronique ou autre se rapportant de quelque manière que ce soit au bornage, lotissement, établissement d'assiette de servitude, piquetage de lots, et relevés des lacs, rivières, fleuves et autres eaux du Québec, aux calculs de superficies des propriétés publiques et privées, à toutes les opérations cadastrales ou aux compilations de lots ou de parties de

15. *Ruest c. Groupe Gestion 2000 inc.*, [1997] SOQUIJ AZ-97023103 (C.S.).

16. *Bouchard c. Duchesne*, 2007 QCCS 2281, par. 36.

17. L.R.Q., c. A-23.

lots, ainsi qu'à la représentation cartographique de territoire aux fins susdites [...]»¹⁸ (le soulignement est de nous)

L'article prévoit comme exercice exclusif de l'arpenteur-géomètre tous arpentages de terrains et mesurages. Rien dans la Loi ne prévoit explicitement que l'arpenteur-géomètre soit habilité ou autorisé à interpréter des contrats ou à évaluer la validité des droits de propriété, rôle légalement reconnu aux juristes et aux tribunaux.

Dans la cause *Claveau c. Couture*, le juge Bureau a d'ailleurs posé les limites du travail de l'arpenteur-géomètre en interprétant ledit article 34 comme suit : « Essentiellement, cette description de l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre démontre qu'il s'agit d'un travail technique impliquant de nombreuses opérations de mesure et de calculs »¹⁹. Il poursuit en mentionnant que :

L'arpenteur-géomètre peut, à l'occasion, particulièrement lorsque, tel que prévu aux articles 787 et suivants du Code de procédure civile, il procède à un bornage, avoir à analyser des documents, entendre des témoins, déterminer l'usage et l'occupation des lieux et finalement, donner son opinion spécifique dans le cadre de tels rapports de bornage. Les opérations professionnelles qui constituent l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre nécessitent de celui-ci la connaissance de certaines règles juridiques en matière de droit foncier, particulièrement lorsqu'il doit donner son opinion dans la réalisation d'un bornage.²⁰

Dans cette affaire, le juge Bureau critiquait le rapport d'un arpenteur-géomètre au motif que ce dernier avait rendu jugement en lieu et place du juge et que son opinion n'était pas fondée sur des calculs, des levés techniques ou des opérations de mesure, mais sur l'analyse de contrats, de faits et de circonstances²¹.

Dans le même sens, un autre juge²² a considéré qu'un arpenteur-géomètre se prononçant sur le statut juridique d'un chemin avait excédé le domaine de sa compétence tel que conféré par l'article 34 de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*²³.

18. Art. 34, *Loi sur les arpenteurs-géomètres*, L.R.Q., c. A-23.

19. *Claveau c. Couture*, 2009 QCCS 1747, par. 26.

20. *Claveau c. Couture*, 2009 QCCS 1747, par. 27 et 28.

21. *Claveau c. Couture*, 2009 QCCS 1747, par. 41. Il est important de préciser que la cause entendue par le juge Bureau n'était pas une cause de bornage.

22. *Cheslock c. Municipalité de Bowman*, 2008 QCCS 6598, par. 89.

23. L.R.Q., c. A-23.

La mission conférée à l'arpenteur-géomètre dans le cadre de la réalisation de ses mandats autres que le bornage n'équivaut essentiellement qu'à une mission de constatation et non d'expertise. Pour preuve, lors de la préparation d'un certificat de localisation, les tribunaux ont statué que la mission de l'arpenteur-géomètre consiste à constater des faits et à rapporter la conformité ou l'irrégularité d'une situation. Ils ont aussi mentionné que son rôle est de constater et d'attester ce qu'il a vu sur les lieux²⁴. On associe même le certificat de localisation à un simple constat d'occupation dans le sens où celui-ci n'aurait nullement pour objet de délimiter ou de démarquer le périmètre d'un immeuble²⁵ ou d'établir la ligne séparative²⁶. D'autres le voient comme un outil permettant de visualiser la situation réelle des lieux²⁷.

En matière d'immatriculation cadastrale, l'arpenteur-géomètre doit œuvrer dans le respect de l'article 3026 du *Code civil du Québec*²⁸ qui édicte que : « L'immatriculation consiste à situer les immeubles en position relative sur un plan cadastral, à indiquer leurs limites, leurs mesures et leur contenance et à leur attribuer un numéro particulier ». Les tribunaux ont interprété la portée du cadastre à maintes reprises et particulièrement l'article 3026. Comme le mentionnait l'honorable juge Johanne Trudel, « l'article 3026 C.c.Q. prévoit que le cadastre indique les limites d'un immeuble. Il ne les détermine pas »²⁹. Dans l'arrêt *Les Héritiers de feu Lucienne Turgeon-Breton c. Chabot et al.*, la Cour d'appel a précisé le but du cadastre comme suit : « Le cadastre ne peut ni fonder ni affecter le droit de propriété. Il ne peut aider à délimiter les héritages lors d'incertitude quant aux descriptions

24. *Brummer c. Trottier* [2005] SOQUIJ AZ-50327680 (C.Q.), par. 40 ; voir aussi G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 244 et 245 et J. GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2^e éd., Sherbrooke, Les Éditions Quid Juris Inc., 1994, p. 45, cité dans *Barriault c. Carleton-Saint-Omer (Ville de)*, 2008 QCCS 1386, [2008] SOQUIJ AZ-50485377 (C.S.), par. 15.

25. *Breton c. Fortin*, [2000] SOQUIJ AZ-50079716 (C.S.), par. 29.

26. *Desmarais c. Valiquette-Mondello*, [1994] R.D.I. 706, EYB 1994-28650 (C.Q.) ; *Langlois c. Sicé*, [2003] R.R.A. 319, J.E. 03-375, REJB 2002-34854 (C.Q.) ; *Thibault c. Paradis*, 2006, J.E. 06-1530, EYB 2006-108073 (C.A.), cité par D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 182, note de bas de page n° 95.

27. M.-I. DIONNE et D. NAUD, « La responsabilité professionnelle des arpenteurs-géomètres », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'immobilier*, vol. 280, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 140 cité dans *Audet c. Falardeau* 2010 QCCQ 9680, [2010] SOQUIJ AZ-50688979 (C.Q.), par. 18 et s.

28. L.Q. 1991, c. C-64.

29. *Marks c. Nadeau*, [2003] SOQUIJ AZ-50164125 (C.S.), par. 45.

des titres, quant à la prescription ou à la possession. Le but du cadastre n'est que de fournir un numéro à chaque immeuble et non pas de préciser la contenance de ceux-ci »³⁰. La confection du cadastre, que ce soit en territoire ayant fait l'objet d'une rénovation cadastrale ou non, n'est pas précédée d'un débat contradictoire sur la position des limites du droit de propriété, débat qui pourrait notamment divulguer les prétentions des différents propriétaires ou possesseurs quant à la position de leur limite de propriété. Comme l'écrivait l'auteur Pierre-Claude Lafond à propos du cadastre : « D'aucune manière, n'établit-il le droit de propriété de quiconque. Les mentions sur le plan cadastral et dans le livre de renvoi n'ont pas valeur de bornage et ne peuvent servir à trancher un différend portant sur la propriété d'un lot ou d'une partie de lot »³¹. Bref, le cadastre ne confère pas le droit de propriété mais le constate³².

À la lecture des décisions judiciaires et de la doctrine, il nous apparaît clairement que la mission conférée à l'arpenteur-géomètre lors de la réalisation de mandats unilatéraux consiste à constater la situation juridique existante de l'immeuble et de la représenter fidèlement sur les documents qu'il prépare. Que ce soit lors de la confection d'un certificat de localisation, de la préparation d'une opération cadastrale, voire de la réalisation d'un mandat de rénovation cadastrale en vertu de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*³³ ou d'une description technique, la fonction première de l'arpenteur-géomètre est de fournir une représentation fidèle de la situation juridique qui prévaut sur les lieux, et ce, sans tenter d'initier un débat juridique au

-
30. *Les héritiers de feu Lucienne Turgeon-Breton c. Chabot et al.*, [1986] R.D.I. 317 à 322. Voir également, J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 3026 en ligne : <<http://www.legisdoc.soquij.qc.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent aux jugements suivants : *Vanier c. Québec (Procureur général)*, (C.S., 1994-03-23), SOQUIJ AZ-94021215, J.E. 94-582, [1994] R.J.Q. 993, [1994] R.D.I. 312 (rés.), EYB 1994-73314 ; *Québec (Procureur général) c. Auger*, (C.A., 1995-07-18), SOQUIJ AZ-95011722, J.E. 95-1443, [1995] R.J.Q. 1980, [1995] R.D.I. 333 (rés.), EYB 1995-55985.
 31. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 280.
 32. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 3026 en ligne : <<http://www.legisdoc.soquij.qc.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent aux jugements suivants : *Filteau c. St-Nicolas (Ville de)*, (C.A., 1997-12-18), SOQUIJ AZ-98011080, J.E. 98-94, REJB 1997-04175 ; *Marks c. Nadeau*, (C.S., 2003-02-24), SOQUIJ AZ-50164125, B.E. 2003BE-324, [2003] R.L. 266 ; *Québec (Procureur général) c. Auger* (C.A., 1995-07-18), SOQUIJ AZ-95011722, p. 15.
 33. L.R.Q., c. R-3.1.

préalable, ni même de tenter d'interpréter unilatéralement des titres de propriété nébuleux, ce rôle étant du ressort exclusif du tribunal. En effet, « La détermination du caractère clair ou ambigu du contrat doit être faite au cas par cas. La discrétion de décider si un contrat est clair ou, au contraire, ambigu appartient au tribunal »³⁴.

De par ses compétences particulières et l'exercice exclusif qui lui est conféré par la Loi, « L'arpenteur-géomètre est d'abord et avant tout un expert en mesurage, lequel mesurage n'est pas une question de métaphysique ou de philosophie mais d'abord et avant tout une science très précise de l'exercice mathématique de mesurage, d'angle et de calcul, tel qu'il ressort de l'affaire Paradis »³⁵ (le soulignement est de nous). En matière de délimitation des propriétés, ces faits objectifs sont essentiels aux tribunaux afin d'en arriver à une décision éclairée. Au surplus, comme les mesures prises par l'arpenteur-géomètre découlent d'une approche méthodique appliquée par un spécialiste³⁶, elles ne devraient pas être remises en question en l'absence de motifs laissant croire qu'elles pourraient être erronées.

La mission de constatation conférée aux arpenteurs-géomètres n'est pas exclusive au Québec. En France aussi, le géomètre-expert n'a pas l'autorité ou la qualité pour s'ériger en juge ou en arbitre des différends relatifs au droit de possession ou de propriété, non plus que, même s'il en est sollicité par les propriétaires, pour fixer, d'après les titres ou suivant tout autre mode, la position sur le terrain des limites non apparentes ou contestées³⁷. Aux États-Unis, la situation n'est guère différente puisque « A

34. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 1425, ¶ 1425/5, en ligne : <<http://www.legisdoc.sq.quebec.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent aux jugements suivants : *Forum Entertainment Center Company c. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, (C.A., 2010-09-16), 2010 QCCA 1652, SOQUIJ AZ-50671749, 2010 EXP-3054, J.E. 2010-1688, EYB 2010-179391 ; *Société de cogénération de St-Félicien c. Industries Piékouagame inc.*, (C.A., 2009-08-06), 2009 QCCA 1487, SOQUIJ AZ-50569591, J.E. 2009-1555, EYB 2009-162396 ; *Banque de Montréal c. Cinémas Guzzo inc.*, (C.A., 2004-11-09), SOQUIJ AZ-05019000, J.E. 2005-1, EYB 2004-81716 ; *Toronto-Dominion Bank c. 9045-1287 Québec inc. (Ike & Dean)*, (C.S., 2006-07-19), 2006 QCCS 3879, SOQUIJ AZ-50383916, J.E. 2006-1719.

35. *Demers c. Roy*, 2007 QCCS 3483, par. 37.

36. M.-I. DIONNE et D. NAUD, « La responsabilité professionnelle des arpenteurs-géomètres », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en droit de l'immobilier*, vol. 280, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 140.

37. A. MAURIN, 2009, *Guide pratique du cadastre*, Aix-en-Provence, Éditions Edilax, p. 74.

registered surveyor can be an expert witness to the court, who through his knowledge attests to physical facts, such as length, angles, elevations, etc., and mathematical calculations. Without court action, a surveyor cannot establish ownership of a land »³⁸.

Dans le cadre d'une mission de constatation, l'arpenteur-géomètre sera confronté essentiellement à trois types de limites, soit une limite bornée, une limite certaine et déterminée ou une limite incertaine et indéterminée. Les sections suivantes présentent la méthode que devra utiliser l'arpenteur-géomètre pour traiter chacune de ces limites.

3. LIMITE BORNÉE

Le bornage n'est pas translatif mais déclaratif de propriété. Les voisins, lorsqu'ils recourent au bornage, ne font entre eux aucun acte d'aliénation. Chacun d'eux est réputé tenir entre les bornes de son héritage ce qu'il n'avait jamais cessé de posséder à titre de propriétaire³⁹. Le bornage n'opère, en principe, aucun transfert de droit de propriété⁴⁰.

Dès qu'il est signé par les parties, le procès-verbal a la valeur d'un contrat et produit les mêmes effets⁴¹. Le procès-verbal de bornage ne transfère pas la propriété mais il ajoute au titre de propriété, le perfectionne⁴². Le bornage peut être vu comme un mécanisme de correction permettant de redresser les titres, voire de les préciser⁴³. Le bornage, qu'il soit exécuté avec ou sans formalités, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, constitue le titre réciproque des voisins entre eux. Le procès-verbal qui le constate, signé par les parties ou homologué par le tribunal, fait preuve de la contenance et des limites de leurs propriétés. En principe, c'est un titre définitif⁴⁴.

38. G. M. NEUNZERT, 2011, *Subdividing the land, Metes and bounds and rectangular survey systems*, CRC Press, Taylor & Francis Group, Boca Raton, p. 121.

39. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, p. 14.

40. L. LAFLAMME, M. GALARNEAU et P. DUCHAINE, *L'examen des titres immobiliers*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 253 ; voir aussi *Trudel c. Gingras*, [1996] R.D.I. 187 à 189 (C.A.).

41. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, p. 147.

42. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, p. 149.

43. L. LAFLAMME, M. GALARNEAU et P. DUCHAINE, *L'examen des titres immobiliers*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 251 et 252.

44. M.-L. BEAULIEU, *Du bornage et de l'action en bornage*, Québec, L'Action Catholique, 1937, p. 209 et M.-L. BEAULIEU, *Le bornage, l'instance et l'expertise, la possession et les actions possessoires*, Québec, Le Soleil Limitée, 1961, p. 120.

Le premier devoir de l'arpenteur-géomètre, lors d'une mission de constatation, consiste donc à détecter la présence éventuelle de procès-verbaux de bornage et à respecter la position des limites bornées. Lorsqu'il est publié, le procès-verbal de bornage fait partie intégrante de l'examen des titres réalisé par l'arpenteur-géomètre. Il doit aussi être respecté scrupuleusement lorsqu'il permet de repositionner la limite bornée sur les lieux. Toutefois, il ne vaut que pour les propriétés contiguës et ne saurait engager les autres propriétaires situés à proximité ou modifier les droits à la contenance de ces derniers.

Pour diverses raisons, il arrive que l'arpenteur-géomètre soit dans l'impossibilité de rétablir la position de la limite bornée. Dans une telle situation, l'article 978 du *Code civil du Québec*⁴⁵ prévoit que « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës [...] », cependant, cette option n'est possible que si tous les propriétaires concernés sont d'accord ou que le tribunal l'ordonne. À défaut, dans le cadre d'une mission de constatation, l'arpenteur-géomètre devra premièrement aviser son client de la situation problématique et ensuite poursuivre son analyse, auquel cas, il sera en présence, soit d'une limite certaine et déterminée ou, au contraire, en présence d'une limite incertaine et indéterminée. Le traitement applicable pour chacune de ces limites est présenté aux sections suivantes.

4. LIMITE CERTAINE ET DÉTERMINÉE

Comme le précisait le juge Bureau, les opérations professionnelles qui constituent l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre nécessitent de celui-ci la connaissance de certaines règles juridiques en matière de droit foncier⁴⁶. Si, tel que mentionné précédemment, l'arpenteur-géomètre doit éviter, en dehors du bornage, d'entreprendre un débat juridique, voire de rendre jugement en lieu et place d'un tribunal, la question se pose alors à savoir quelles sont les règles juridiques auxquelles fait allusion le juge Bureau.

À notre avis, c'est notamment au travers des différentes présomptions édictées au sein des articles du *Code civil du Québec*⁴⁷ et de certains autres principes émis en jurisprudence, que

45. L.Q. 1991, c. C-64.

46. *Claveau c. Couture*, 2009 QCCS 1747, par. 28.

47. L.Q. 1991, c. C-64.

l'arpenteur-géomètre trouvera les assises juridiques nécessaires pour appuyer son opinion professionnelle. Des auteurs avaient d'ailleurs déjà mentionné, à juste titre, que l'arpenteur-géomètre « doit faire preuve de prudence dans son analyse des faits pouvant donner lieu à l'application d'une présomption »⁴⁸.

La première présomption dont doit tenir compte l'arpenteur-géomètre découle de l'article 2944 du *Code civil du Québec*⁴⁹ qui édicte que « 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 ». Tel que le mentionnait le ministre de la justice, « Cet article est de droit nouveau ; il détermine la force probante qui s'attache à l'inscription sur un registre public. Le premier alinéa énonce qu'on peut se fier au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier jusqu'à preuve contraire des énonciations qu'on y trouve ; il s'agit là d'une présomption simple quant à l'exactitude des registres »⁵⁰.

En matière de délimitation des propriétés, l'article 2944 du *Code civil du Québec*⁵¹ doit se lire conjointement avec la jurisprudence abondante qui confirme le rôle prédominant des titres de propriété. Il a été maintes et maintes fois reconnu en jurisprudence que les titres de propriété offrent la meilleure preuve en matière de droit de propriété et que, s'ils sont clairs et précis, ils ferment la porte à toute autre pièce⁵². Il est admis aussi que le titre est le premier guide de l'arpenteur-géomètre dans ses opérations, car il peut y découvrir l'intention des parties quant à la délimitation et la contenance de l'immeuble⁵³. Quand les titres

48. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 236.

49. L.Q. 1991, c. C-64.

50. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Tome II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1850.

51. L.Q. 1991, c. C-64.

52. *Audette c. Bourgon*, [1997] SOQUIJ AZ-97011803 (C.A.), cité dans *Fortin (Ferme avicole 204) c. Fortin*, 2006 QCCS 1235, par. 22 ; M.-L. BEAULIEU, *Du bornage et de l'action en bornage*, Québec, L'Action Catholique, 1937, p. 118, cité dans *Girard c. Gosselin*, 2006 QCCS 2024, par. 76 ; F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, par. 235, p. 107 ; G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 127.

53. *Bolduc c. Fortier*, 2008 QCCS 3799, [2008] AZ-50510308 (C.S.), par. 34 et *Theile c. Andrex Holdings Ltd.*, 2005 QCCA 1064, par. 21 ; G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 170, repris dans *Fortin (Ferme avicole 204) c. Fortin*, 2006 QCCS 1235, par. 19 ; *Girard c. Gosselin*, 2006 QCCS 2024,

des parties émanant d'un auteur commun, ce sont ces titres qui doivent servir de base aux opérations de l'arpenteur-géomètre, car l'intention réelle des parties lors de la première transaction lie les acquéreurs subséquents⁵⁴. Ce n'est qu'en l'absence de titres clairs et précis qu'on peut avoir recours aux autres modes de preuve⁵⁵. La question qui se pose alors est de savoir en quoi consiste un titre clair et précis dans un contexte de mission de constatation ou, en d'autres mots, dans le cadre de l'exécution d'un mandat unilatéral.

On a considéré que la vente d'un immeuble par tenants et aboutissants était celle d'un corps certain et déterminé et que, dans ces circonstances, on doit avoir égard aux limites précises prévues dans le titre plutôt qu'à la contenance⁵⁶. Toutefois, il ne s'agit pas de n'importe quel tenant ou aboutissant. Pour apporter le degré de précision requis, les limites ou les tenants et aboutissants, au sens où l'entendent les autorités jurisprudentielles et doctrinales, signifient des repères physiques ou topographiques⁵⁷ ou des objets apparents et fixes⁵⁸. Des auteurs ont complété en spécifiant que des limites seraient considérées comme étant certaines et déterminées si elles sont apparentes au moyen de marques de possession ou si elles correspondent à des limites

par. 68 ; *Lecours c. 9041-1836 Québec Inc.*, 2008 QCCS 2381, par. 42 ; *Michaud c. Thériault*, [2002] SOQUIJ AZ-50120562 (C.S.), par. 21 ; voir aussi P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 285.

54. *Ayers Realities Co. Ltd. c. Gilbert E. Arnold*, [1974] C.S. 281 ; voir aussi *Manuel de l'arpenteur-géomètre*, Corporation des Arpenteurs-géomètres de la province de Québec, Québec, 1930, p. 175 et G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 170.

55. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 278.

56. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 977, ¶ 977/14 en ligne : <<http://www.legisdoc.soquij.qc.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent aux jugements suivants : *Joncas c. Joncas*, (C.S., 1951-02-06), SOQUIJ AZ-50303786, [1951] C.S. 401 ; *Audette c. Bourgon*, (C.A., 1997-09-30), SOQUIJ AZ-97011803, J.E. 97-1906, REJB 1997-02612 ; *McClarty c. Beaudry*, (C. Rév., 1912-11-29), 19 R. de J. 9 ; *D'Astous c. Fortin*, (C.S., 2006-01-13), 2006 QCCS 37, SOQUIJ AZ-50351690, J.E. 2006-411, [2006] R.D.I. 77, EYB 2006-100157.

57. *Duchesneau c. Shefford Valley*, [1997] R.D.I. 26 à 28 (C.A.).

58. *Vincent-Chagnon c. Letendre*, [1997] R.D.I. 421 (C.S.). Voir aussi *Tétrault c. Paquette*, [1891] 21 R.L. 62 (C.S.) ; *Perreault c. St-Georges*, [1952] B.R. 763 et *St-Félicien c. Girard*, [1980] T.E. 131, cités dans G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 161-162.

naturelles⁵⁹. Bref, ce serait la spécificité, voire la tangibilité des tenants et aboutissants, qui leur conférerait le plus souvent le degré de précision requis pour leur donner préséance sur les autres indications contenues au titre⁶⁰. Comment pourrait-il en être autrement ? Lorsque les parties construisent ou basent leur accord sur des objets physiques, tangibles et apparents, l'échange de consentement a peu de chances d'être vicié⁶¹.

Au contraire, lorsque les tenants ou aboutissants font référence à des noms de personne, des numéros de lot, des limites cadastrales ou autres, ceux-ci peuvent alors porter davantage à interprétation compte tenu de leur caractère intangible⁶². Même si le titre comporte des mesures précises, il persistera toujours un doute sur la manière dont la mesure aura été prise éventuellement par les parties et sur les véritables points de départ et d'arrivée du segment mesuré : « De nombreuses erreurs de désignations proviennent du fait que les données fournies par le client sont erronées ou insuffisantes, ou encore de l'impossibilité pour un non-expert de décrire adéquatement un terrain sans les instruments de mesure absolument nécessaires »⁶³.

Compte tenu de ses compétences en mesurage, il existe d'autres circonstances dans lesquelles l'arpenteur-géomètre est en mesure de reconstituer le morcellement initial opéré par l'auteur commun, et ce, sans ambiguïté. Essentiellement, cela peut être possible lorsque le morcellement initial a fait l'objet d'un arpentage comme, par exemple, lorsqu'il a été effectué par voie d'immatriculation cadastrale. L'intervention d'un arpenteur-géomètre au moment du morcellement initial a pour effet de laisser des traces ou des vestiges sur les lieux (repères, bornes, stations d'opérations, etc.) et une documentation pouvant permettre éventuellement de reconstituer les limites (notes d'opération, plans, rapports, plans et notes d'arpentage primitif, géométries des parcelles, rattachements à des bâtisses, rattachements à un réseau géodésique, etc.). Cela n'est pas toujours possible, mais lorsque les informations sont suffisantes et concordantes au plan mathématique, il arrive fréquemment que l'on puisse rétablir

59. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 153.

60. *Mac Farlane c. Slaby*, [2004] SOQUIJ AZ-50217217 (C.A.), par. 34.

61. Art. 1398 et s., *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

62. *Mac Farlane c. Slaby*, [2004] SOQUIJ AZ-50217217 (C.A.), par. 39.

63. L. LAFLAMME, M. GALARNEAU et P. DUCHAINE, *L'examen des titres immobiliers*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 129.

d'une manière certaine et déterminée, la position des limites primitives ou initiales même si le titre semble peu bavard à première vue.

Le succès de l'opération est avant tout tributaire du cadre de référence de l'arpenteur-géomètre ou en d'autres mots, de l'étendue de ses mesurages⁶⁴. Idéalement, le cadre de référence devrait inclure notamment, des limites certaines et déterminées localisées sur des emplacements voisins, comme par exemple, une limite séparative du domaine privé et du domaine public, des limites documentées dans un acte ou dans un rapport d'arpentage, des vieilles marques matérielles de ligne de lot originaire, etc. L'opération de reconstitution du morcellement initial dépend aussi de la cohérence géométrique des informations apparaissant sur les documents et de la concordance entre celles-ci et les éléments physiques localisés ou mesurés sur les lieux. Ce sera à l'arpenteur-géomètre d'évaluer chaque situation au mérite et d'utiliser la méthode d'analyse de son choix. Toutefois, au final, il se retrouvera tout de même devant un constat pur et simple, la corrélation mathématique est suffisante ou elle ne l'est pas. Le seul pouvoir d'appréciation dévolu à l'arpenteur-géomètre repose sur le degré de cohérence devant être atteint afin de confirmer ou non la corrélation. Il doit procéder à son analyse en prenant en considération les procédés et les équipements utilisés par l'arpenteur-géomètre à l'époque du morcellement initial. Il devra donc évaluer si l'analyse et les calculs effectués lui permettent de reconstituer avec une exactitude et une précision suffisante le morcellement initial de l'auteur commun.

En résumé, pour un arpenteur-géomètre exécutant une mission de constatation, une limite certaine et déterminée découlera soit d'une mention spécifique au sein d'un titre de propriété et faisant référence à un élément tangible sur le terrain, soit de la reconstitution du morcellement initial en s'appuyant sur les données mathématiques et/ou les vestiges laissés par un arpenteur-géomètre ou ceux laissés par l'auteur commun. Autrement, même si l'arpenteur-géomètre dispose de compétences scientifiques et techniques pointues, il n'est malheureusement pas un devin. En l'absence d'un débat contradictoire, l'arpenteur-géomètre ne pourra disposer de toutes les informations lui permettant de confirmer l'intention de l'auteur commun ou

64. Voir à ce sujet M. GERVAIS, « L'arpenteur-géomètre : Dans quelle mesure doit-il être en possession de ses limites ? », (2007) 109 *Revue du Notariat* 391 à 425.

l'intention véritable des parties et de procéder à une analyse complète de la possession. Si l'arpenteur-géomètre n'est pas en mesure de localiser les éléments tangibles mentionnés au titre ou d'obtenir la corrélation mathématique désirée, il devra donc considérer qu'il est en présence d'une limite incertaine et indéterminée.

5. LIMITE INCERTAINE ET INDÉTERMINÉE

La présomption de l'existence du droit énoncée à l'article 2944 du *Code civil du Québec*⁶⁵ pourra parfois se heurter à celle du titulariat prévue à l'article 928 dudit Code advenant possession adverse. Dans ces circonstances, il a été avancé que « pour autant que l'inscription soit démontrée, la première présomption semble avoir priorité sur la seconde, puisque s'imposant 'à l'égard de tous', ce qui pourra obliger le possesseur d'un immeuble à démontrer l'accomplissement de la prescription, l'erreur d'inscription, ou à établir autrement la preuve de sa propriété. On notera que la publicité n'interrompt pas la prescription »⁶⁶.

Pour l'arpenteur-géomètre œuvrant dans le cadre d'une mission de constatation, ce dernier pourra donner priorité à la présomption de l'article 2944 du *Code civil du Québec*⁶⁷ seulement s'il est en présence de limites certaines et déterminées, telles que définies auparavant. Autrement dit, lorsque les faits objectifs disponibles démontrent clairement qu'un tiers possède une portion de terrain revenant au propriétaire en titre, l'arpenteur-géomètre n'a pas d'autres options que de respecter la position des limites émanant du titre. L'arpenteur-géomètre n'a pas besoin des autres informations pouvant émaner d'un débat contradictoire pour conclure à l'empiètement par un tiers. Dans ces circonstances, il est acquis que c'est au possesseur à initier un débat juridique et de faire reconnaître sa possession et éventuellement la prescription acquisitive.

À défaut, c'est-à-dire en l'absence de limites certaines et déterminées, l'arpenteur-géomètre doit alors respecter les marques matérielles de ligne séparative existantes sur les lieux et

65. L.Q. 1991, c. C-64.

66. D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 35 et 36 ; D. VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 190 et 191 et P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 234.

67. L.Q. 1991, c. C-64.

donner priorité à la présomption de titulariat prévue à l'article 928 du *Code civil du Québec*⁶⁸. En effet, la possession actuelle présumée à titre de titulaire d'un droit réel ne peut être écartée que par un titre préférable et opposable⁶⁹. Lorsqu'un tel titre est absent et que la preuve de la propriété n'est pas clairement établie, le bien est conservé entre les mains du possesseur⁷⁰ parce que la possession devient alors le meilleur interprète des titres⁷¹, et ce, même si la possession n'a pas toujours duré suffisamment longtemps pour prescrire⁷². Dans ces circonstances, c'est alors au propriétaire en titre de faire la preuve de son droit de propriété⁷³, la priorité des présomptions devenant donc inversée.

Le raisonnement applicable est similaire à celui qui prévaut en bornage, c'est-à-dire qu'à défaut de pouvoir compter sur des limites certaines et déterminées, on appliquera la possession et la ligne séparative devra correspondre aux marques matérielles existantes sur les lieux. D'ailleurs, si aucun débat judiciaire ne vient modifier l'exercice du droit de propriété, le passage du temps cristallisera graduellement les limites qui pourront devenir permanentes par l'effet de la prescription.

Les deux éléments à la base de la possession sont l'élément matériel (*corpus*) et l'élément intentionnel (*animus*). Il est prévu par la Loi que la possession aura un effet juridique si les deux éléments sont réunis. La question qui se pose consiste à établir l'étendue des investigations que doit mener l'arpenteur-géomètre lorsque ce dernier est confronté à des marques matérielles de ligne séparative. Par exemple, pour chacune des marques matérielles de ligne séparative, doit-il s'enquérir de l'*animus* du ou des propriétaires concernés ? C'est ce que nous aborderons à la section suivante.

68. L.Q. 1991, c. C-64.

69. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 928, ¶ 928/3 en ligne : <<http://www.legisdoc.soquij.qc.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent au jugement suivant : *Assh c. Lévis (Cité de)*, (C.S., 1938-05-10), SOQUIJ AZ-50304463, 77 C.S. 153.

70. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 233.

71. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 231.

72. *Berlinguet c. Parent*, [2007] SOQUIJ AZ-50424402 (C.Q.), par. 40.

73. *Girard c. Gosselin*, [2006] QCCS 2024, cité dans *Giguère c. Jacques*, [2007] QCCS 6781, par. 25.

5.1 Traitement de l'*animus*

Dans le cadre d'un bornage, l'article 789 du *Code de procédure civile*⁷⁴ prévoit que l'arpenteur-géomètre investi d'une mission d'expertise doit procéder sous son serment d'office et de la même manière qu'un expert. L'article doit alors être lu conjointement avec l'article 420 dudit Code qui prévoit que l'expert « peut assigner des témoins par subpœnas décernés par le greffier, leur faire prêter serment et entendre leurs dépositions [...] »⁷⁵ (le soulignement est de nous). Même si l'article indique une possibilité et non une obligation, il est reconnu en jurisprudence⁷⁶ et en doctrine⁷⁷ que l'arpenteur-géomètre peut difficilement faire l'économie d'une audition des témoins lors de ses opérations de bornage. En matière de bornage, l'arpenteur-géomètre doit donc procéder à un levé des lieux, à l'examen des titres et recueillir tous les témoignages dans le cadre d'un débat contradictoire. En d'autres termes, il doit s'enquérir et traiter les différents *animus* exprimés par les témoins interrogés. Cela confirme et explique pourquoi le bornage (et le débat contradictoire sous-jacent) constitue la seule manière de fixer définitivement une limite séparative entre deux propriétés⁷⁸.

Par ailleurs, lors de la réalisation d'un mandat de piquetage, l'article 8 du *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*⁷⁹, impose l'obligation à l'arpenteur-géomètre de procéder à une enquête lorsqu'il constate que la pose de ses repères serait susceptible de troubler la possession de son client ou d'un voisin de ce client. Dans ce cas, il doit mener une enquête auprès de celui dont la possession est susceptible d'être troublée afin de valider les signes d'occupation constatés. Il s'agit essentiellement pour l'arpenteur-géomètre de s'enquérir de l'*animus* du propriétaire ou du possesseur qui serait potentiellement lésé par la position du futur repère. Toutefois, l'enquête dont il est question ici ne peut assurément pas être assimilée à une enquête menée au sein d'un débat contradictoire. Le seul objectif visé par cette disposition consiste à imposer à l'arpenteur-géomètre de

74. L.R.Q., c. C-25.

75. L.R.Q., c. C-25.

76. *Ruest c. Groupe Gestion 2000 inc.*, [1997] SOQUIJ AZ-97023103 (C.S.).

77. P.-C. LAFOND, *Précis du droit des biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 288, cité dans *Lecours c. 9041-1836 Québec inc.*, 2008 QCCS 2381, par. 52.

78. Art. 978, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

79. *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*, c. A-23, r. 11.

vérifier la présence d'un conflit potentiel (*animus* divergents). Si tel est le cas, il doit alors cesser immédiatement ses opérations de démarcation et dresser un plan accompagné d'un rapport écrit qu'il remet au client ou à son mandant⁸⁰. Le plan et le rapport devront contenir toutes les explications nécessaires à la compréhension de la situation ainsi que les recommandations de l'arpenteur-géomètre. Par contre, si l'enquête de l'arpenteur-géomètre infirme son opinion que la pose de repères serait susceptible de troubler la possession, il doit alors compléter le piquetage par la pose de repères et la production du certificat de piquetage, en y incluant les éléments significatifs et les conclusions de son enquête⁸¹. Cette disposition réglementaire est tout à fait justifiée pour éviter que le piquetage effectué par l'arpenteur-géomètre soit perçu ou devienne un geste agressif, geste qui pourrait potentiellement être suivi d'une poursuite en responsabilité civile⁸², voire en discipline. L'article ne prévoit pas qu'il doive tenter de concilier les *animus* divergents ou de décider lequel serait prépondérant, comme en bornage.

Mis à part ces deux situations, aucune autre disposition législative n'impose ou ne prévoit expressément l'obligation pour l'arpenteur-géomètre de procéder à une enquête sur l'*animus*⁸³. Ainsi, dans le cadre d'une mission de constatation, lorsque l'arpenteur-géomètre a été incapable de reconstituer le morcellement initial et qu'il est confronté à des marques matérielles de ligne séparative, nous concluons que l'arpenteur-géomètre doit détecter et localiser toutes démarcations au terrain (élément matériel ou *corpus*) mais n'a pas à s'enquérir de l'élément intentionnel (*animus*) des différents propriétaires et/ou des possesseurs. En l'absence d'un débat contradictoire, l'arpenteur-géomètre doit plutôt respecter la présomption prévue à cet égard, soit celle édictée à l'article 921 du *Code civil du Québec*⁸⁴ qui prévoit que la volonté d'être titulaire du droit de propriété est présumée.

80. Art. 8, *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*, c. A-23, r. 11.

81. Art. 8, *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*, c. A-23, r. 11.

82. Voir C. RIVEST, *Le piquetage obligatoire*, mémoire présenté au Fonds Joncas pour l'obtention du grade de Philosophiae Doctor (Ph.D.) en arpentage, England, Department of Land Surveying, Université of East London, 2003. L'auteur cite les décisions *Lavoie c. Cloutier*, C.P. (1967), R.L. 115 ; *Ravid c. Jasmin*, B.R. (1939), 66 B.R. 279 ; *Corporation du canton de Hope c. Thériault*, B.R. (1924), 38 B.R. 188 ; *La Cité de Montréal c. Lévis*, B.R. (1925), 40 B.R. 205.

83. Comme, par exemple le *Règlement sur la norme de pratique relative au certificat de localisation*, c. A-23, r. 10.

84. L.Q. 1991, c. C-64.

Ce ne sera qu'au terme d'un véritable débat contradictoire qu'il sera possible de découvrir, d'analyser et de conclure sur les impacts juridiques découlant de l'*animus* des propriétaires ou possesseurs ayant une limite commune. Puisqu'il en va de l'étendue de leur droit de propriété, il apparaît risqué pour un arpenteur-géomètre d'initier une enquête visant à clarifier une limite nébuleuse sauf si les parties intéressées ont convenu de procéder au bornage de la limite. La quête de l'*animus* dépasse selon nous les objectifs d'une simple mission de constatation.

Certains pourraient voir au travers de l'article 50 de la *Loi sur les arpenteurs-géomètres*⁸⁵ la reconnaissance, voire même l'obligation, pour l'arpenteur-géomètre d'interroger des témoins à chaque fois que la situation le requiert. En effet, le premier alinéa de l'article prévoit que l'arpenteur-géomètre peut interroger sous serment toute personne qu'il croit en état de donner des renseignements ou en possession d'écrits, plans ou documents concernant les bornes ou limites d'un terrain qu'il est chargé d'arpenter. Comme, jusqu'à présent, la portée de cet article n'a pas encore été débattue devant les tribunaux, à notre avis, ce pouvoir d'enquêter demeure discrétionnaire à l'arpenteur-géomètre. Toutefois, il ne doit être mis en œuvre que pour servir les fins du mandat octroyé à l'arpenteur-géomètre ou lorsque la Loi le prévoit expressément. Dans l'éventualité où l'arpenteur-géomètre désire s'en prévaloir, il peut le faire mais dans le respect de la portée de la mission qui lui est confiée. Par conséquent, lorsque son mandat n'est ni un piquetage ni un bornage, le pouvoir conféré par ledit article 50 ne devrait servir qu'à obtenir des documents ou autres faits objectifs qui permettraient à l'arpenteur-géomètre de compléter sa mission de constatation et non pour initier un débat juridique sur la position des limites de propriété ou pour s'enquérir de l'*animus* des différents propriétaires ou possesseurs. En dehors d'un débat contradictoire, toute enquête partielle visant à clarifier une limite de propriété confuse ou incertaine demeure extrêmement délicate, voire dangereuse, dans la mesure où l'arpenteur-géomètre risque alors de baser son opinion professionnelle sur des informations partielles et conséquemment de présenter des conclusions biaisées. Au surplus, il risque d'initier un débat qui, autrement, n'aurait pas eu lieu.

85. L.R.Q., c. A-23.

En résumé, l’arpenteur-géomètre doit éviter à tout prix de se substituer aux propriétaires et/ou à leurs auteurs en tentant d’interpréter leurs contrats, de déduire l’intention de l’auteur commun, de déduire l’*animus* des propriétaires ou possesseurs effectifs ou d’initier une enquête partielle qui ne comporterait pas toutes les qualités d’un débat contradictoire. Lors de ses interventions, l’arpenteur-géomètre ne nous semble pas autorisé à briser l’équilibre ou la possession paisible qui existe ou prévaut sur les lieux. Ce sera à chacun des propriétaires ou possesseurs d’initier un débat juridique s’il le juge approprié à la lumière des constats effectués par l’arpenteur-géomètre.

Ainsi, lorsque l’arpenteur-géomètre constate la présence de marques matérielles de ligne séparative, le traitement réservé à la découverte de l’élément intentionnel (*animus*), ou la portée de l’enquête devant être menée par l’arpenteur-géomètre, se présente de la manière suivante :

Types de mandat	Traitement de l’ <i>animus</i> des parties concernées
Bornage	Enquête et/ou débat contradictoire sur l’ <i>animus</i>
Piquetage	Enquête limitée à la découverte de l’existence potentielle de deux <i>animus</i> divergents
Autres	Aucune obligation d’enquêter sur l’ <i>animus</i>

La question de l’*animus* étant maintenant réglée, il importe maintenant d’analyser le traitement applicable au *corpus*, sujet des prochaines sections.

5.2 Présence d’un *corpus*

Dans le cas où l’arpenteur-géomètre doit appuyer ses opérations sur la présomption de l’article 928 du *Code civil du Québec*⁸⁶ et qu’une seule marque matérielle de ligne séparative divise deux immeubles, la situation est assez simple. L’arpenteur-géomètre doit alors localiser le centre de ladite marque matérielle et indiquer la limite séparative à cet endroit. Toutefois, il en va autrement, lorsqu’à l’endroit de la limite séparative entre deux

86. L.Q. 1991, c. C-64.

immeubles, l'arpenteur-géomètre constate la présence de deux marques matérielles juxtaposées ou de marques matérielles partielles. Dans ces situations, l'arpenteur-géomètre doit-il tenter d'opter pour une ou l'autre des marques matérielles existantes ? Si oui, comment faire ? Peut-il exister une hiérarchie quant à la force probante d'une marque matérielle de ligne séparative par rapport à une autre si la connaissance de l'*animus* est absente ? Que faire si l'une ou l'autre des marques matérielles ne courent que sur une partie de la limite séparative ?

Lorsque les titres mènent à des limites certaines et déterminées, la présence de marques matérielles juxtaposées ne soulève guère de difficultés pour l'arpenteur-géomètre puisqu'il indiquera la position de la ligne séparative en fonction des informations provenant des titres de propriété, c'est-à-dire en donnant priorité à la présomption de l'article 2944 du *Code civil du Québec*⁸⁷. Par contre, en l'absence de limites certaines et déterminées, c'est-à-dire lorsque l'arpenteur-géomètre donnera priorité à la présomption de l'article 928 du *Code civil du Québec*⁸⁸, la solution ne coule pas de source. Puisque les titres de chacun des possesseurs ne mènent pas à des limites certaines et déterminées, chacun des possesseurs pourrait éventuellement se voir déclarer propriétaire de la zone incertaine. Mais, en l'absence d'un débat contradictoire, aucun d'entre eux ne peut actuellement faire la preuve de son droit de propriété de manière absolue à l'intérieur de la zone incertaine, soit entre les marques matérielles juxtaposées. Jusqu'à ce qu'un débat judiciaire ou contradictoire vienne apporter l'éclairage nécessaire pour résoudre définitivement l'ambiguïté, nous considérons que les héritages n'ont pas de bornes ni limites fixes. Dans ce contexte, un auteur a déjà exposé une solution à ce problème :

Les héritages contigus, qui n'ont pas de bornes, n'ont pas de limites, ils sont dans l'indivision. Il règne sur leur contenance, leur identité, un vague que réprouvent l'intérêt public et l'intérêt privé. Leurs propriétaires sont assimilés aux copropriétaires d'un bien indivis. Ils ne savent où commencent et finissent leurs héritages [...] Or, pour les héritages voisins, le mode de rompre l'indivision, c'est le bornage.⁸⁹ (le soulignement est de nous)

87. L.Q. 1991, c. C-64. À la présomption de 2944 C.c.Q., s'ajoutent également les principes appliqués dans les jugements cités à la section 4.

88. L.Q. 1991, c. C-64.

89. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, p. 13.

En mission de constatation, l'arpenteur-géomètre n'a pas le mandat de procéder à un bornage qui pourrait ainsi rompre l'indivision. En attendant qu'un bornage survienne, l'arpenteur-géomètre doit donc gérer cette situation comme les autres formes d'indivision, en l'occurrence, la mitoyenneté. Il devrait considérer l'ensemble des marques matérielles comme un seul ouvrage de clôture faisant office de ligne séparative entre les deux immeubles et mettre en application la présomption de mitoyenneté prévue à l'article 1003 du *Code civil du Québec*⁹⁰. En d'autres termes, les deux possesseurs antagonistes doivent faire vie commune le temps que dure l'incertitude. Tant qu'un débat juridique ne sera pas enclenché afin d'identifier le véritable propriétaire, cette situation provisoire est, par extension, similaire à celle d'un mur mitoyen sur lequel règne aussi l'indivision. Comme l'écrivait Migneault, « lorsque la chose qui est commune entre deux personnes consiste en un objet intermédiaire, servant de séparation à des fonds contigus, la communauté de cette chose s'appelle 'la mitoyenneté'. La mitoyenneté est donc, en général, la copropriété, par portions indivises, d'un objet intermédiaire servant de limite et de séparation à deux propriétés contiguës »⁹¹. En fait, la présomption de mitoyenneté durera jusqu'à ce qu'il y ait une preuve de propriété exclusive de l'un des propriétaires⁹², voire des deux, dans une proportion qui reste à déterminer.

Ainsi, tout comme pour un ouvrage mitoyen, l'espace détenu en indivision devra servir de ligne de division théorique et provisoire entre les deux fonds. Comme l'écrivait aussi Migneault à propos de la mitoyenneté : « Il est vrai que, le mur et le sol qui le porte étant communs et indivis dans chacune de leurs parties entre les deux propriétaires, il est impossible, en pur droit, de trouver un point milieu qui puisse servir de ligne de séparation ; mais, comme, en définitive, on ne peut ni faire abstraction du mur, ni placer la ligne de séparation d'un côté plutôt que de l'autre, force est bien de la placer au milieu »⁹³. Lorsque deux fonds pour

90. L.Q. 1991, c. C-64.

91. P. B. MIGNEAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, Théoret, 1897, p. 58.

92. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 1003, ¶ 1003/1 en ligne : <<http://www.legisdoc.soquij.qc.ca>> (site consulté le 11 janvier 2011). Les auteurs réfèrent aux jugements suivants : *Orazio c. Morena*, (C.S., 1992-09-30), SOQUIJ AZ-92023060, [1992] R.D.I. 578 ; *Charbonneau c. Beauparlant*, (C.S., 1939-05-13), SOQUIJ AZ-50304468, 77 C.S. 560 (appel rejeté par (1940) 69 B.R. 373) ; *Preney c. Pouliot*, (C.P., 1983-03-04), SOQUIJ AZ-83031098, J.E. 83-454.

93. P. B. MIGNEAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, Théoret, 1897, p. 122, cité par G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de*

lesquels la position des limites demeure incertaine et indéterminée, il serait préférable pour l'arpenteur-géomètre de calculer les distances ou les dimensions des fonds respectifs en prenant le centre de l'espace considéré en indivision. Ainsi, dans une telle situation, la ligne devrait être établie au centre, jusqu'à preuve du contraire et l'indivision provisoire, dans laquelle sont plongés les possesseurs, ne cessera que le jour où l'un d'eux fournira une preuve de propriété exclusive par le biais d'un débat contradictoire.

Maintenant, la question à savoir ce qui peut être considéré ou non comme étant une marque matérielle de ligne séparative reste entière. Il faut s'en remettre au jugement de l'arpenteur-géomètre qui est le mieux placé pour analyser la situation des lieux. Par exemple, il pourra ignorer une clôture ceinturant le terrain aménagé d'une piscine creusée lorsque, visiblement, celle-ci n'a aucune signification quant à la position de la ligne séparative ou qu'elle ne laisse entrevoir aucune prétention quant à l'étendue du droit de propriété. Dans le doute quant au rôle joué par une marque matérielle, nous croyons que l'arpenteur-géomètre devrait plutôt la considérer dans son analyse plutôt que de l'ignorer.

Quant aux marques matérielles qui sont érigées seulement sur une partie d'une ligne séparative, ce sera encore à l'arpenteur-géomètre d'apprécier leur force probante et de décider s'il doit les considérer dans son analyse. Si tel est le cas, la ligne séparative devra alors être indiquée dans la direction ou le prolongement desdites marques matérielles⁹⁴. Ce principe repose sur la prémisse, qu'à moins de mention ou de preuve contraire, une ligne doit être droite et il faut retenir une solution qui se rapproche le plus possible d'une ligne droite⁹⁵. Si, dans son appréciation des faits, l'arpenteur-géomètre estime qu'une marque matérielle partielle ne devrait pas être incluse dans son analyse, il devra alors se rabattre sur les autres marques matérielles retenues ou opérer comme s'il était devant une absence de *corpus*, le cas échéant.

l'arpentage au Québec, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 64.

94. *Roy c. Foresterie V.I.G. Inc.*, [2000] SOQUIJ AZ-50077925 (C.S.), par. 75 ; voir également F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, par. 235, p. 107.

95. *Beaudoin c. Simard*, [2003] SOQUIJ AZ-50169294 (C.S.), p. 5.

Maintenant que les principes applicables au traitement du *corpus* ont été exposés, il faut maintenant analyser les principes applicables lorsque l'arpenteur-géomètre doit indiquer la position de lignes séparatives en l'absence de *corpus*.

5.3 Absence d'un *corpus*

En l'absence de titres menant à l'établissement de limites certaines et déterminées et en l'absence de marques matérielles, deux situations peuvent se présenter, soit que les emplacements ont été détachés successivement d'un immeuble plus grand par le moyen d'actes d'aliénation ou soit que plusieurs emplacements ont été détachés simultanément d'un immeuble plus grand par voie d'immatriculation cadastrale. Dans ces deux situations, si la contenance constatée par l'arpenteur-géomètre est égale à celle indiquée dans les titres, il doit attribuer purement et simplement à chacun des emplacements la contenance indiquée dans les titres⁹⁶. D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence ont déjà reconnu que lorsque les titres de propriété ne sont pas précis, on s'attardera aux autres indications qui y sont incluses, notamment la contenance⁹⁷. Le traitement est différent si l'arpenteur-géomètre constate un excédent ou un déficit de contenance par rapport à celle indiquée dans les titres.

Dans la situation où les emplacements ont été détachés successivement d'un immeuble plus grand par le moyen d'actes d'aliénation, les droits à la contenance s'appliquent prioritairement à l'emplacement dont le morcellement est le premier en date. Il en est de même pour les morcellements subséquents, le dernier devant subir le déficit ou profiter du surplus⁹⁸. Cela n'est ni plus ni moins que l'application de l'article 2941 du *Code civil du Québec*⁹⁹ qui prévoit à son premier alinéa que la publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la Loi le prévoit, leur donne effet. Un effet de la publicité est d'établir le rang des droits inscrits, qui leur accorde priorité les uns par rapport aux autres¹⁰⁰. La jurisprudence a consacré ce principe en

96. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, par. 235, p. 111.

97. *Centre maraîcher Eugène Guinois jr inc. c. Lanson*, 2006 QCCS 2493, cité dans *Giguère c. Jacques*, 2007 QCCS 6781, par. 25.

98. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 177.

99. L.Q. 1991, c. C-64.

100. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 191.

livrant d'abord toute la superficie vendue aux premiers acquéreurs¹⁰¹. Le traitement ne serait pas différent même si plusieurs emplacements avaient été détachés successivement d'un immeuble plus grand par voie de subdivision cadastrale¹⁰².

Le principe diffère dans la situation où des emplacements ont été détachés simultanément d'un immeuble plus grand par voie d'immatriculation cadastrale. L'immatriculation cadastrale de morcellement consiste à morceler un immeuble plus grand, déjà immatriculé et appartenant à un seul propriétaire. Souvent, ce type d'immatriculation précède les actes de transfert qui porteront sur les lots immatriculés¹⁰³. Dans ce cas, le plan cadastral doit être considéré comme étant la manifestation de l'intention de l'auteur commun quant au morcellement désiré. Cette manière d'immatriculer est régulièrement utilisée et elle permet à l'auteur commun de procéder au transfert de sa propriété par des actes dont les désignations reposent uniquement sur les lots immatriculés, ce numéro étant la seule désignation qui suffit dans tout document y référant¹⁰⁴. Dans cette situation, les droits à la contenance par suite des transactions sont égaux et aucune contenance n'a priorité sur l'autre. Ainsi, si un déficit ou un surplus est constaté, l'arpenteur-géomètre est alors tenu de procéder à une répartition proportionnelle dudit déficit ou dudit surplus¹⁰⁵.

Le principe demeure le même pour les immeubles ou les titres dont on ignore l'auteur commun comme, par exemple, les immeubles qui existaient déjà au moment de la confection du cadastre originaire à la fin du XIX^e siècle¹⁰⁶. Les titres qui ne sont

101. *Michaud c. Thériault*, [2002] SOQUIJ AZ-50120562 (C.S.), par. 92 ; voir aussi *La compagnie des Champs d'Or Rigaud-Vaudreuil c. Bolduc et autres*, [1916] C.B.R. 97, 101.

102. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Québec, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, 1993, p. 178.

103. M. GERVAIS et D. FORTIN, « L'abornement préalable pour soutenir le régime foncier au Québec : une nouvelle manière d'envisager la délimitation foncière », dans *Géomatique*, vol. 31, n° 2, Québec, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, 2004, p. 13.

104. Art. 3032, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

105. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 180. Voir également les références à *Quirion c. Roy*, [1948] B.R. 96, 111, *Massé c. Ricard*, [1971] C.A. 20 et *Piuze c. Pépin*, [1954] C.S. 99, 101 et à William DE MONTMOLLIN MARLER, *The law of Real Property*, n° 52, Toronto, Burroughs, 1932, p. 233 et p. 234.

106. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 174.

pas issus d'un auteur commun ne sont ni plus ni moins que des actes unilatéraux et n'engagent pas les voisins¹⁰⁷. Pour ces immeubles, les droits à la contenance sont égaux, aucune contenance n'ayant priorité sur l'autre. Si un déficit ou un surplus est constaté, l'arpenteur-géomètre est alors tenu de procéder à une répartition proportionnelle dudit déficit ou dudit surplus¹⁰⁸.

La situation se complique si les titres sont muets quant à la contenance et qu'aucune marque matérielle de ligne séparative n'existe sur les lieux. C'est ce que nous analyserons à la section suivante.

5.4 Absence d'un *corpus* et de contenance

Il existe des titres qui ne donnent aucun éclairage puisqu'ils ne mentionnent aucun tenant et aboutissant tangible, aucune mesure ou aucune contenance. Si dans le secteur d'analyse, un seul emplacement est ainsi désigné, la position de ses limites sera déterminée par déduction, c'est-à-dire après avoir positionné d'abord les limites des autres emplacements compris dans le secteur d'analyse. Cette méthode est conforme à la logique mathématique qui vise à résoudre une relation en posant d'abord les variables connues pour en déduire les variables inconnues. L'arpenteur-géomètre n'a guère d'autres options que de positionner d'abord les immeubles caractérisés par des limites certaines et déterminées, voire bornées, à défaut, ceux caractérisés par des marques matérielles sur les lieux et, à défaut, ceux dont les titres mentionnent une contenance. Le résidu est attribué à celui dont le titre demeure muet quant à la contenance¹⁰⁹.

Si, dans le secteur d'analyse, l'arpenteur-géomètre se retrouve en présence de deux emplacements et plus qui sont caractérisés par des titres muets sur la contenance, la situation devient beaucoup plus complexe et la solution plus arbitraire. La seule solution valable et souhaitable pour les propriétaires concernés est sans contredit le bornage. D'ailleurs, devant une telle situation inac-

107. *Pomerleau-Fortin c. Chrétien*, 2006 QCCS 1650, par. 19.

108. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 180 et 189. Voir également les références à *Quirion c. Roy*, [1948] B.R. 96, 111, *Massé c. Ricard*, [1971] C.A. 20 et *Piuze c. Pépin*, [1954] C.S. 99, 101 et à William DE MONTMOLLIN MARLER, *The law of Real Property*, n° 52, Toronto, Burroughs, 1932, p. 233 et p. 234.

109. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, par. 235, p. 112.

coutumée, il ne fait aucun doute que l'arpenteur-géomètre devra fortement conseiller à son ou ses clients de procéder à un bornage afin de lever définitivement l'incertitude qui affecte la position des limites de propriété. Toutefois, lors d'un mandat de rénovation cadastrale octroyé par l'État par exemple, l'arpenteur-géomètre ne sera pas toujours en mesure de provoquer le bornage, voire d'attendre son dénouement. Pourtant, il devra tout de même indiquer une limite sur le nouveau plan cadastral. Sans bornage préalable, le terrain disponible sera partagé également entre les immeubles dont les titres sont muets sur la contenance¹¹⁰.

6. IMPACTS SUR LE PIQUETAGE ET LA RÉNOVATION CADASTRALE

Dans cette section, nous désirons pousser un peu plus loin l'analyse et exposer les impacts de la méthode présentée sur les mandats de piquetage et de rénovation cadastrale exécutés par les arpenteurs-géomètres.

6.1 Le piquetage

La connaissance de la position des limites de propriété est un besoin indéniable des propriétaires fonciers. Lorsque cette connaissance est requise et qu'il n'existe pas de signes matériels sur le terrain permettant de guider les propriétaires, ceux-ci ont régulièrement recours à un arpenteur-géomètre. Le piquetage constitue alors la solution largement utilisée pour répondre à ce besoin, mais la portée d'une telle intervention est grandement limitée. Le piquetage est défini comme étant l'ensemble des opérations d'arpentage effectuées par l'arpenteur-géomètre dans le but d'indiquer, au moyen de repères, son opinion sur les limites d'un bien-fonds existant ou projeté ou d'un droit démembré d'un tel bien-fonds¹¹¹. Même si elle est réglementée, l'opération de piquetage est une opération unilatérale qui n'est cependant vala-

110. F. LORD, *Termes et Bornes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1939, par. 235, p. 112 ; M.-L. BEAULIEU, *Du bornage et de l'action en bornage*, Québec, L'Action Catholique, 1937, p. 122 et M.-L. BEAULIEU, *Le bornage, l'instance et l'expertise, la possession et les actions possessoires*, Québec, Le Soleil Limitée, 1961, p. 74.

111. Art. 1, *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*, c. A-23, r. 11.

ble que pour le seul bénéfice du client et elle ne lie pas les tiers¹¹². La portée juridique du piquetage est donc limitée, le repère de piquetage ne se voyant pas conférer la même portée que la borne légalement posée. Ainsi, suite à une opération de piquetage, aucun propriétaire n'est tenu d'accepter l'opinion exprimée par l'arpenteur-géomètre.

Quant à lui, le bornage est un acte très formaliste qui requiert la participation active de toutes les parties concernées par les limites. Le consentement formel de toutes les parties est nécessaire. Dès qu'une partie renonce à donner son consentement ou qu'un vice apparaît lors des procédures, le recours aux tribunaux demeure souvent la seule option. Cependant, il est faux de croire que tous les bornages sont réalisés dans la mésentente et réglés par le tribunal. Le bornage sans formalités est une solution simple, abordable et efficace qui offre la même protection que le bornage ordonné par le tribunal. La borne posée lors d'une opération de bornage constitue la seule manière de rendre immuable une limite de propriété, peu importe qu'elle provienne du consentement des propriétaires ou qu'elle soit ordonnée par le tribunal.

Bref, l'opération de piquetage n'offre pas un niveau de sécurité équivalent à celui de l'opération de bornage puisqu'elle n'a pas un caractère contradictoire et qu'elle ne permet pas de donner un caractère permanent et irrévocable aux limites démarquées sur le terrain par l'arpenteur-géomètre.

Évidemment, l'obligation de conseil à laquelle est tenu l'arpenteur-géomètre, l'oblige à bien exposer et expliquer à son client la différence fondamentale qui existe entre le piquetage et le bornage et leurs conséquences au plan juridique.

Ceci étant exposé, il importe maintenant de s'interroger sur les circonstances où l'opération de piquetage peut être appropriée. À notre avis, elle trouve son utilité lorsque l'arpenteur-géomètre est en présence d'une limite certaine et déterminée pour la simple et bonne raison qu'il ne fera à ce moment-là que replacer ou repositionner la limite à sa position d'origine, et ce, sans aucune interprétation des titres de propriétés ou analyse des impacts juridiques découlant de la possession. Toutefois, tel qu'il a été expli-

112. G. RAYMOND, G. GIRARD et A. LAFERRIÈRE, *Précis de droit de l'arpentage au Québec*, Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, Québec, 1993, p. 208.

qué à la section 5.1, cela ne signifie pas que l'arpenteur-géomètre pourra poser ses repères en tout temps.

Dans l'éventualité où l'arpenteur-géomètre n'est pas en présence d'une limite certaine et déterminée et que la limite sous analyse est caractérisée sur le terrain par des marques matérielles de ligne séparative, force est de conclure que l'opération de piquetage devient totalement inutile. Dans la mesure où l'arpenteur-géomètre doit appliquer et respecter les présomptions reliées à la possession édictées dans le *Code civil du Québec*¹¹³, il devrait obligatoirement poser ses repères à l'endroit des marques matérielles existantes tel que démontré auparavant. Quel serait alors le bénéfice pour le client ? Nous n'en voyons aucun et l'opération de piquetage ne constitue certes pas la solution requise en pareille circonstance. Dans un souci de protection du public, l'arpenteur-géomètre devrait alors expliquer à son client que la seule manière pour lui de lever définitivement l'incertitude sur la position de sa limite est de la fixer au moyen d'un bornage, avec ou sans formalités. Nous sommes d'avis que l'opération de piquetage exécutée unilatéralement ne peut se substituer à un débat juridique contradictoire entre les propriétaires concernés et que l'arpenteur-géomètre n'a pas l'autorité ou le pouvoir de décider unilatéralement de faire perdre les bénéfices des présomptions édictées par le *Code civil du Québec*¹¹⁴ au détriment de l'un ou l'autre des propriétaires¹¹⁵.

Dans l'éventualité où l'arpenteur-géomètre n'est pas en présence d'une limite certaine et déterminée et qu'il n'existe sur le terrain aucune marque matérielle de ligne séparative, le piquetage peut certes être utile au propriétaire. Dans ce cas, cela lui permettra de connaître si les mesures inscrites dans son titre peuvent être respectées dans la réalité et, dans la négative, de savoir qui profitera des surplus ou des déficits. Par contre, pour les mêmes raisons évoquées précédemment, nous considérons que l'arpenteur-géomètre devrait fortement conseiller à son client de procéder par bornage, avec ou sans formalités, afin, là aussi, de lever définitivement l'incertitude quant à la position de sa ou ses limites de propriété.

113. L.Q. 1991, c. C-64, art. 921 et 928.

114. L.Q. 1991, c. C-64.

115. À ce sujet, voir P. LACHANCE, *Le bornage*, Librairie des P.U.L., Québec, 1981, p. 112-125.

6.2 La rénovation cadastrale

La méthode exposée dans le présent article nous semble pleinement justifiée lors de la réalisation d'opérations cadastrales ou de mandats de rénovation cadastrale réalisés en vertu de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*¹¹⁶. En effet, lorsque les limites indiquées sur le plan cadastral ont été positionnées conformément à la méthode suggérée, la présomption d'exactitude du cadastre énoncée à l'article 3027 du *Code civil du Québec*¹¹⁷ prendra tout son sens. Cette dernière se retrouvera en étroite relation avec d'autres présomptions édictées au sein du *Code civil du Québec*¹¹⁸ comme, par exemple, la présomption de l'existence du droit¹¹⁹, la présomption de titularité du droit réel exercé¹²⁰, la présomption sur l'*animus*¹²¹ ou la présomption de mitoyenneté¹²², lorsqu'elles seront appliquées ou respectées.

En prenant appui sur lesdites présomptions ou sur les autres principes de délimitation applicables, la présomption d'exactitude du cadastre ne pourra être ébranlée qu'au terme d'un débat contradictoire, en l'occurrence un bornage pour ce qui est des limites. Le recours au bornage demeure évidemment possible même en territoire rénové¹²³. Le cas échéant, la nouvelle limite bornée qui ne coïncide pas avec la limite cadastrale, déclenchera les dispositions de l'article 2996 du *Code civil du Québec*¹²⁴. Ce dernier prévoit le refus de l'inscription du procès-verbal de bornage sur le registre foncier tant que la modification cadastrale rendue nécessaire n'aura pas été effectuée. À défaut d'un tel débat contradictoire, la situation perdurera en faveur de ceux qui profitent des présomptions ou des principes et contre ceux qui ont le fardeau de la preuve¹²⁵.

116. L.R.Q., c. R-3.1.

117. L.Q. 1991, c. C-64. Il est à noter qu'en vertu de l'article 155 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c.57, la présomption d'exactitude qui s'attache au plan cadastral ne reçoit application que dans les territoires qui ont fait l'objet d'une rénovation cadastrale postérieure au 22 juin 1992, en application de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* (L.R.Q., c. R-3.1). Dans le cas contraire, les titres relatifs à l'immeuble priment le plan cadastral.

118. L.Q. 1991, c. C-64.

119. Art. 2944, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

120. Art. 928, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

121. Art. 921, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

122. Art. 1003, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

123. Lessnick c. Bastien, 2010 QCCS 192.

124. L.Q. 1991, c. C-64.

125. Art. 2847, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

Comme on l'a vu, lorsque les titres de propriété ne mènent pas à des limites certaines et déterminées, l'arpenteur-géomètre doit alors inscrire les mesures réelles obtenues suite à l'application des présomptions ou des principes, ce qui nous apparaît tout à fait conforme à l'esprit de l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*¹²⁶. À cet effet, il est bon de préciser que la portée de cet article n'a pas été souvent débattue devant les tribunaux. Dans un jugement récent, le juge Richard indique notamment, que ledit article 19.2 constitue un remède juridique abordable qui assure la pérennité et la stabilité du régime foncier québécois¹²⁷. Il indique également que la réforme du cadastre québécois impose l'analyse des dimensions et la concordance des titres¹²⁸ et que par ailleurs « L'arpenteur-géomètre chargé de rénover une région pourrait errer en ne tenant pas compte de l'occupation effective des lieux ... »¹²⁹. Dans ce jugement, le juge Richard déclare que le demandeur a acquis par prescription le lot rénové. Toutefois, comme la rénovation cadastrale avait déjà attribué ce lot au demandeur, il soutient que la demande en justice ne semblait pas nécessaire et utile.

Il y a donc lieu de croire que l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*¹³⁰ témoigne notamment de la volonté de constater et respecter les marques matérielles lorsque les limites ne sont pas certaines et déterminées, le titre (mesures et description) étant alors corrigé par l'effet de la Loi¹³¹.

7. CONCLUSION

L'arpenteur-géomètre est investi de pouvoirs consacrés par l'État quant au positionnement des limites de propriété, et il est le seul à pouvoir le faire¹³². Il serait donc inconcevable que celui-ci trouble l'organisation paisible que des voisins ont donnée à leur propriété respective, il en va de l'intérêt et de la protection du public. Ainsi, en l'absence d'un débat contradictoire et consé-

126. L.R.Q., c. R-3.1.

127. *Désilets (Re)* 2010 QCCS 5384, par. 18. Voir également D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 466 et p. 467 : l'auteur écrit au sujet dudit article 19.2 que celui-ci peut assumer le rôle de correction des vices de titres dans le cas des immeubles.

128. *Désilets (Re)*, [2010] QCCS 5384, par. 30.

129. *Désilets (Re)*, [2010] QCCS 5384, par. 37.

130. L.R.Q., c. R-3.1.

131. *Désilets (Re)*, [2010] QCCS 5384, par. 57.

132. Art. 34, *Loi sur les arpenteurs-géomètres*, L.R.Q., c. A-23.

quemment, d'une connaissance complète des faits, l'arpenteur-géomètre doit éviter de faire sa propre interprétation des titres de propriété sur la base d'informations partielles ou de faire sa propre interprétation de l'intention des parties ou de leur *animus*, ces questions ne pouvant être définitivement réglées qu'au terme d'un débat contradictoire. L'arpenteur-géomètre doit plutôt s'en tenir aux faits constatés, faits pour lesquels le législateur a prévu des règles juridiques.

Si, en dehors du bornage, le tribunal ne reconnaît pas à l'arpenteur-géomètre une expertise en matière d'interprétation juridique des titres et des contrats, cette dernière étant du ressort exclusif du tribunal, il lui reconnaît par ailleurs un statut d'expert en mesurage, le mesurage étant une science précise, un exercice mathématique. À la lecture de ces décisions, nous croyons que, mis à part en contexte de bornage, l'arpenteur-géomètre est investi d'une mission de constatation à travers laquelle il apprécie des faits mathématiques et matériels.

Il a été démontré que la distinction entre d'une part, la mission de constatation dévolue à l'arpenteur-géomètre lors de l'exécution de mandats unilatéraux et d'autre part, la mission d'expertise dévolue s'il réalise un mandat de bornage, entraîne des effets sur la détermination de la position des limites de propriété.

Dans l'appréciation des faits, l'arpenteur-géomètre ne pourra se soustraire à l'analyse du titre, puisque ce dernier est le premier élément à prendre en compte pour l'établissement des lignes séparatives d'un fonds¹³³. Cependant, cette analyse ne doit pas avoir pour but de déterminer si un titre est clair ou nébuleux, elle doit plutôt avoir pour objectif de déterminer si un titre mène à l'établissement de limites certaines et déterminées ou non. C'est la connaissance scientifique et l'accès à des sources documentaires qui permettront à l'arpenteur-géomètre de décider s'il est en mesure de reconstituer le morcellement initial effectué par un auteur commun.

En mission de constatation, lorsqu'il existe des limites certaines et déterminées, l'arpenteur-géomètre devrait indiquer leur position exacte et, à défaut, il devrait indiquer la position exacte

133. Art. 977, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

des marques matérielles de ligne séparative constatées sur les lieux et en déduire des mesures. Parfois, l'arpenteur-géomètre constatera qu'il n'existe ni limites certaines et déterminées, ni marques matérielles de ligne séparative ou au contraire qu'il en existe plus d'une. Il devrait donc, dans de tels contextes, partager les biens-fonds en fonction des principes de délimitation applicables.

La méthode présentée ne peut couvrir toutes les situations possibles rencontrées dans la réalité. L'arpenteur-géomètre devra toujours faire preuve de jugement et tenir compte des spécificités propres à chaque cas d'espèce. Toutefois, nous croyons que si l'arpenteur-géomètre opère dans le respect de la méthode suggérée, il évitera de tomber dans l'interprétation juridique unilatérale ou dans l'arbitraire. Ce faisant, en général, la méthode contribuera à faire converger les opinions professionnelles entre arpenteurs-géomètres.

Cette méthode a des impacts sur la pratique professionnelle, notamment sur le piquetage et sur la rénovation cadastrale. En contexte de piquetage, il faut se questionner sur la pertinence de ce mandat lorsqu'il est réalisé entre des droits concurrents, puisqu'en présence de marques matérielles de ligne séparative, il peut être impossible de matérialiser la limite¹³⁴ et qu'en présence de limites incertaines et indéterminées, le piquetage n'aide pas à clarifier le titre des propriétaires concernés. Cependant, il importe de soulever toute l'importance pour un auteur commun de requérir les services d'un arpenteur-géomètre afin de procéder au piquetage des nouvelles limites créées. La matérialisation des nouvelles limites et la documentation y afférente contribuent fortement à assurer la pérennité des nouvelles limites créées et au maintien de la sécurité des droits fonciers.

En contexte de rénovation cadastrale, nous croyons que la présomption d'exactitude du cadastre du Québec prend tout son sens si la confection du plan cadastral est basée sur les présomptions du *Code civil du Québec*¹³⁵ ou sur les principes de délimitation applicables selon les circonstances.

134. Art. 8, *Règlement sur la norme de pratique relative au piquetage et à l'implantation*, c. A-23, r. 11.

135. L.Q. 1991, c. C-64.

Finalement, à la lumière de ses constats, l'arpenteur-géomètre doit mettre en œuvre ses obligations professionnelles de renseignements, de conseils et de mises en garde¹³⁶ et dans l'intervalle, c'est au titulaire présumé et informé que revient la décision, soit de faire cesser l'empiètement, le cas échéant¹³⁷, ou au contraire de faire reconnaître sa prescription acquisitive¹³⁸, soit de prendre action afin de lever l'incertitude qui affecte la position de la ligne séparative des fonds et ce, de la seule manière prévue par le *Code civil du Québec*¹³⁹, c'est-à-dire le bornage¹⁴⁰.

136. M. GERVAIS, « L'arpenteur-géomètre : Dans quelle mesure doit-il être en possession de ses limites ? », (2007) 109 *Revue du Notariat* 395.

137. Art. 992, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

138. Art. 2918, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

139. L.Q. 1991, c. C-64.

140. Art. 978, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile*

Raphaël LESCOP

Résumé

Dans le récent arrêt *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, la Cour d'appel statue qu'une demande en justice non fondée en droit en vertu de l'article 165(4) du *Code de procédure civile* n'est pas nécessairement abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c., cette dernière disposition exigeant la démonstration additionnelle que la partie ayant introduit la demande en justice a agi « in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an abuse of process » (par. 58).

La Cour d'appel n'aborde toutefois pas la question suivante dans le cadre de son raisonnement. L'ancien article 75.1 C.p.c. permettait aux tribunaux de rejeter une procédure si un interrogatoire démontrait qu'elle était « frivole ou manifestement mal fondée ». Cette disposition a été abrogée lors de l'entrée en vigueur des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*. Le législateur a toutefois clairement exprimé lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption du projet de loi n° 9 que l'article 75.1 C.p.c. a été abrogé parce qu'il était devenu superflu : la requête en rejet qui était présentable en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. peut être introduite en vertu de l'article 54.1 C.p.c. Ceci a été confirmé par une jurisprudence étoffée, provenant même de la Cour d'appel.

L'auteur pose donc la question suivante : en distinguant les articles 54.1 et 165(4) C.p.c. comme la Cour d'appel l'a fait dans *Acadia Subaru*, qu'advient-il désormais des demandes en justice qui se révèlent manifestement mal fondées après la tenue d'un

interrogatoire préalable (au sens de l'ancien article 75.1 C.p.c.) sans par ailleurs constituer en soi des abus de procédure ? En effet, la jurisprudence en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. abonde d'exemples où un tribunal a accueilli une requête en rejet sans exiger la démonstration additionnelle d'une conduite répréhensible de la part de la partie ayant introduit la demande en justice. À la lumière des enseignements de la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*, ceci est-il toujours envisageable en vertu de l'article 54.1 C.p.c. ? Il semble que non.

Il s'agit du deuxième article de l'auteur sur le sujet, le premier ayant été publié dans l'édition précédente de la Revue du Barreau sous le titre suivant : « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319. Dans ce second article, il expose sous un autre angle sa position selon laquelle les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* ont non seulement intégré le moyen d'irrecevabilité de l'article 75.1 C.p.c., mais également celui de l'article 165(4) C.p.c., rendant par le fait même cette dernière disposition superflue.

L'arrêt *Acadia Subaru c. Michaud* : la conciliation difficile entre les articles 54.1 et 165(4) du *Code de procédure civile**

Raphaël LESCOP**

I.	Introduction	173
II.	L'arrêt <i>Acadia Subaru c. Michaud</i>	176
III.	Les anciens articles 75.1 et 75.2 C.p.c.	182
IV.	Les articles 54.1 et 165(4) C.p.c..	189
V.	L'article 26 C.p.c..	191
VI.	Conclusion	194
VII.	Annexe : les dispositions législatives en cause	196

* À sa connaissance, l'auteur a répertorié tous les arrêts et jugements pertinents jusqu'au 30 juin 2011.

** Avocat, associé du cabinet Fasken Martineau DuMoulin, <rlescop@fasken.com>. L'auteur tient à remercier M^e Louise Mailhot, Ad. E., anciennement juge à la Cour d'appel du Québec entre 1987 et 2006, pour ses suggestions utiles quant à l'aspect rédactionnel du texte. Il tient aussi à remercier ses collègues M^e Eleni Yiannakis et M^e Enrico Forlini pour les discussions éclairantes sur le sujet ainsi que sa collaboratrice Isabelle Comtois pour sa rigueur.

I. INTRODUCTION

La règle semblait avoir été consacrée en jurisprudence : la requête en rejet qui était présentable en vertu de l'ancien article 75.1 du *Code de procédure civile* peut toujours être introduite en vertu de l'article 54.1 C.p.c. Plus précisément : bien que l'article 75.1 C.p.c. ait été abrogé lors de l'entrée en vigueur des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*, il demeure possible de demander le rejet sommaire d'une demande en justice (ou d'une autre procédure) si un interrogatoire démontre son caractère manifestement mal fondé. En effet, une demande en justice « manifestement mal fondée » est l'une des situations « abusives » énumérées à l'article 54.1 C.p.c. et peut être rejetée en vertu de l'article 54.3 C.p.c. sans nécessité d'une démonstration additionnelle de mauvaise foi, de témérité ou d'un refus injustifié de faire face à l'évidence de la part de la partie l'ayant introduite¹. Par exemple, la juge La Rosa écrit dans *Drouin c. Gagné*, « [c]'est donc dire qu'un acte manifestement non fondé en droit peut être qualifié d'acte abusif au sens des articles 54.1 et suivants C.p.c. sans qu'il y ait lieu de qualifier le fait d'avoir produit cette procédure de geste fautif »².

Sur ce point, les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* n'ont donc pas modifié le droit antérieur. Les commentaires de la ministre de la Justice préalablement à l'adoption du projet de loi n° 9 sont d'ailleurs clairs à ce sujet³ : l'intention n'était

1. Voir par exemple : *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 18-35 ; *Kabbabe c. Elfassy*, 2010 QCCS 404, j. Dugré, par. 30 ; 9176-187 *Québec inc. (FPG Construction) c. Dion*, 2009 QCCS 2865, j. Dumas, par. 14 ; *Huard c. Sague-nay (Ville de)*, 2010 QCCS 1454, j. Lemelin, par. 27 ; *Dessercom inc. c. Dubreuil*, 2010 QCCS 5383, j. Savard, par. 79-80 ; *Werbin c. Werbin*, 2009 QCCS 5253, j. Fournier, par. 8 ; *Lavoie c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 4452, j. Blanchet, par. 6.
2. 2010 QCCS 2934, j. La Rosa, par. 18. Voir aussi notamment *Matte c. Bernadet*, 2011 QCCQ 3348, j. Massol, par. 32 ; *Geysens c. Julien*, 2009 QCCQ 10013, j. Chicoine, par. 34-47.
3. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n° 9 – *Loi modifiant le Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n° 16, pp. 13-14, 25 et 100. Les passages pertinents aux pages 13-14 et 25 sont reproduits dans Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 332.

pas de retirer aux tribunaux l'outil dont ils disposaient en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c., mais plutôt de le réintroduire dans le cadre des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* en lui donnant davantage de mordant, tout en lui adjoignant d'autres outils afin de permettre une intervention plus efficace et plus ciblée de la part des tribunaux.

Le récent arrêt *Acadia Subaru c. Michaud*⁴ rendu le 6 juin 2011 pourrait toutefois compromettre la règle énoncée ci-haut.

La Cour d'appel y statue qu'une demande en justice non fondée en droit en vertu de l'article 165(4) C.p.c. n'est pas nécessairement abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c., cette dernière disposition exigeant la démonstration additionnelle d'une « conduite répréhensible » de la part de la partie l'ayant introduite⁵. La Cour réfère premièrement à l'expression « manifestement mal fondée » utilisée à l'article 54.1 C.p.c. plutôt que simplement « non fondée » utilisée à l'article 165(4) C.p.c. Elle réfère également aux autres situations abusives énumérées à l'article 54.1 C.p.c., plus particulièrement celles visant les comportements vexatoires, querulents et dictés par la mauvaise foi ainsi que l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable, de manière à nuire à autrui. Appliquant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, la Cour conclut que toutes les situations abusives décrites à l'article 54.1 C.p.c., incluant l'introduction d'une demande en justice manifestement mal fondée, supposent une conduite répréhensible de la part de la partie ayant introduit la demande en justice, ce que n'exige pas l'article 165(4) C.p.c.⁶.

Enfin, la Cour remarque que le législateur a choisi de conserver l'article 165(4) C.p.c. lors de l'introduction des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*, ce qui confirme la nature distincte des deux moyens préliminaires.

4. 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard. Réitéré par la Cour d'appel dans *Paquette c. Laurier*, 2011 QCCA 1228, j. **Thibault**, Rochette, Kasirer.

5. *Ibid.*, par. 41-43, 57-58, 106.

6. Voir aussi *Paquette c. Laurier*, 2011 QCCA 1228, j. **Thibault**, Rochette, Kasirer : par. 27 : « Avant de déclarer un recours abusif, il est nécessaire d'y déceler un comportement blâmable. Le terme abus porte en lui-même l'idée d'un usage mauvais, excessif ou injuste. Cette appréciation est confortée par l'utilisation d'un vocabulaire particulier qui est relié à la démesure, l'excès ou l'outrance. Dans cette optique, l'utilisation des mots « acte de procédure manifestement mal fondé » en parallèle avec les mots frivole, dilatoire, vexatoire, querulent, etc. emporte la nécessité d'y associer une mesure de blâme avant de déclarer un acte de procédure abusif ». Le juge Massol avait soulevé cet argument d'interprétation dans *Matte c. Bernadert*, 2011 QCCQ 3348, par. 26-27, mais ne l'avait retenu.

Bref, selon la Cour d'appel, pour qu'une demande en justice non fondée en droit soit considérée comme abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c., la partie l'ayant introduite « must have done so in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an *abuse of process* »⁷. À titre de guide objectif, elle réfère à la définition de « témérité » formulée par le juge Dalphond dans *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*⁸ comme source d'abus de procédure : « le fait de mettre de l'avant un recours ou une procédure alors qu'une personne raisonnable et prudente, placée dans les circonstances connues par la partie au moment où elle dépose la procédure ou l'argumente, conclurait à l'inexistence d'un fondement pour cette procédure »⁹. Rappelons que cette définition a été proposée par le juge Dalphond afin de compléter l'analyse du juge Rochon dans *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*¹⁰ qui établit les circonstances dans lesquelles une partie pourra être tenue de rembourser les honoraires extrajudiciaires encourus par son adversaire. Comme le rappelle la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*, ce test est exigeant : « a finding of impropriety on this basis is not to be arrived at lightly »¹¹ ; la demande en justice doit révéler « une légèreté blâmable » de la part de son auteur¹².

Ce qui, à nos yeux, conduit à la problématique suivante : la jurisprudence en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. abonde d'exemples où un tribunal a accueilli une requête en rejet sans exiger la démonstration additionnelle d'une conduite « téméraire » de la part de la partie l'ayant introduite (et par le fait même, sans condamner cette dernière à rembourser les honoraires extrajudiciaires encourus par son adversaire). À la lumière des enseignements de la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*, ceci est-il toujours envisageable en vertu de l'article 54.1 C.p.c. ? Une lecture stricte de l'arrêt incitera sûrement des plaideurs faisant face à une telle requête à plaider que non : le rejet en vertu de cette disposition serait possible uniquement s'il y a démonstration d'un abus de procédure.

7. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 58 (nos italiques).

8. 2007 QCCA 915, j. **Dalphond**, Hilton, Giroux.

9. *Ibid.*, par. 46, cité dans *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 58.

10. [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. **Rochon**, Gendreau, Forget.

11. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 58.

12. *Royal Lepage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, j. **Dalphond**, Hilton, Giroux, par. 46.

Voici l'essence de notre propos que nous tenterons de justifier dans le présent texte : il est difficile, voire impossible, de distinguer les moyens préliminaires prévus aux articles 54.1 et 165(4) C.p.c., sans que ceci n'entraîne de conséquences quant à la requête qui pouvait autrefois être présentée en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. À titre d'illustration, un motif de prescription peut être découvert uniquement lors d'un interrogatoire préalable plutôt que dans le cadre des allégations de la demande en justice et le demandeur peut fort bien ne pas avoir introduit sa demande en justice de façon téméraire, au point d'être responsable d'un abus de procédure¹³. En vertu de quelle disposition du *Code de procédure civile* peut-on désormais demander le rejet sommaire si le test à rencontrer est celui proposé par la Cour d'appel dans *Acadia Subaru* ? Serait-il plus prudent désormais de coiffer également sa requête des articles 20 et 46 C.p.c. ? Afin d'alléger le texte, ces dispositions, comme les autres étudiées dans le présent texte, sont retranscrites en annexe, à la section VII.

II. L'ARRÊT *ACADIA SUBARU* c. *MICHAUD*

Un rappel sommaire des faits de l'arrêt *Acadia Subaru* est nécessaire afin de mettre en contexte les nouveaux enseignements de la Cour d'appel.

Pierre Michaud, un chroniqueur automobile, est poursuivi par 93 concessionnaires automobiles de la région de Québec en raison de propos diffamatoires émis lors d'une émission de radio. Au sujet de certaines composantes du prix de vente des automobiles, telles les frais de préparation et de transport, il a affirmé en ondes à plusieurs reprises que les consommateurs se faisaient « fourrer » par les concessionnaires et que leurs pratiques étaient du « crossage ». Deux jours plus tard, M. Michaud a offert des excuses en ondes pour le choix des mots utilisés, tout en maintenant toutefois sa position quant au caractère injustifié du prix de vente des automobiles. Ceci n'a pas satisfait les concessionnaires demandeurs qui se sont joints dans une même demande en justice déposée contre M. Michaud. Ils lui réclament chacun la somme

13. Voir l'exemple offert dans *Roy c. Pageot*, B.E. 2002BE-703 (C.S.), j. Isabelle, par. 51-54.

de 5 000 \$ pour atteinte à leur réputation et 5 000 \$ à titre de dommages punitifs, pour un montant total de 930 000 \$.

Sur la base des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*, M. Michaud demande d'entrée de jeu le rejet de la demande en justice introduite contre lui en raison d'une absence de faute, dommage et lien de causalité. Plus particulièrement, il prétend que ses propos n'étaient pas diffamatoires et « n'étaient que des critiques objectives et loyales de pratiques réelles reliées au milieu de l'automobile »¹⁴ et qu'au surplus, il s'est excusé pour son langage excessif. Il ajoute qu'aucun concessionnaire n'a été spécifiquement pointé du doigt et que les conclusions en dommages totalisant 930 000 \$ « ne visent qu'à le faire taire en tant que critique automobile et à l'étouffer financièrement »¹⁵.

Le juge de première instance conclut qu'à ce stade des procédures, il ne peut être statué d'emblée que le recours en diffamation « n'est aucunement fondé ou qu'il est frivole ou dilatoire et que pour cette raison, il doit être déclaré abusif ou paraissant l'être »¹⁶. Le juge Grenier rappelle à cet égard l'existence et la teneur des propos diffamatoires allégués, « le tout suivi par des excuses – ce que chaque partie peut invoquer à son avantage »¹⁷. Le juge Grenier est toutefois d'avis que la réclamation de 465 000 \$ pour dommages punitifs est abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c. et a pour « unique but de publiquement lui faire mal, si on veut reprendre une expression populaire ou à tout le moins, de l'impressionner suffisamment pour qu'il se tienne tranquille »¹⁸. Bref, s'il refuse de rejeter le recours à l'encontre de M. Michaud, le juge Grenier fixe néanmoins un plafond de 200 \$ par concessionnaire en ce qui a trait aux dommages punitifs. Les deux parties portent le jugement en appel.

La Cour d'appel accueille l'appel principal des concessionnaires : au stade préliminaire, un tribunal ne peut, dans l'abstrait, déclarer que le montant des dommages punitifs est excessif et déraisonnable et fixer une limite qui, sans le bénéfice de la preuve, apparaît arbitraire¹⁹.

14. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2009 QCCQ 14458, j. Grenier, par. 22.

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, par. 62.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, par. 69.

19. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 36-38.

Quant à l'appel incident, il est accueilli partiellement : la Cour d'appel déclare que la demande en justice paraît abusive et ordonne aux demandeurs le versement d'un cautionnement pour frais de 65 000 \$.

Premièrement, la Cour d'appel remarque que les arguments soulevés par M. Michaud pour demander le rejet du recours en vertu des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* relèvent plutôt, d'un point de vue substantif, de la requête en irrecevabilité en vertu de l'article 165(4) C.p.c. C'est à la suite de ce constat que la Cour d'appel entreprend son analyse, résumée en introduction, distinguant les deux dispositions. Succinctement, une demande en justice non fondée en droit en vertu de l'article 165(4) C.p.c. n'est pas forcément abusive en vertu de l'article 54.1 C.p.c. et de ce fait, ne peut, indistinctement, être rejetée en vertu de l'article 165(4) C.p.c. et de l'article 54.3, al. 1 C.p.c. Le défendeur aura accès aux sanctions de l'article 54.3, al. 1 (qui permet notamment le rejet et le rejet partiel d'une demande en justice) uniquement si la partie ayant introduit la demande en justice non fondée en droit a agi « in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an *abuse of process* »²⁰.

Ainsi, procédant par étape, la Cour d'appel détermine dans un premier temps si la demande en justice des concessionnaires serait irrecevable au sens de l'article 165(4) C.p.c. Or, après une analyse détaillée de la requête introductive, la Cour conclut par la négative étant d'avis que la requête allègue correctement les éléments de faute, dommages et lien de causalité²¹. N'étant pas « non fondée en droit » au sens de l'article 165(4) C.p.c., celle-ci ne peut donc forcément être « manifestement mal fondée » en droit au sens de l'article 54.1 C.p.c. et de ce fait, ne peut être rejetée en vertu de l'article 54.3 C.p.c.²².

20. *Ibid.*, par. 58 (nos italiques). En jurisprudence, la Cour d'appel s'appuie sur un autre arrêt rendu dans le cadre d'une requête pour rejet d'appel : *Duni c. Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c.r.l., l.l.p.*, 2011 QCCA 677, j. Chamberland, Pelletier, Kasirer, par. 10-14. Elle s'appuie également sur le jugement *Lapointe c. Lacroix-Loiselle*, 2010 QCCS 3609, j. Moulin, par. 4, 27-34. Voir nos commentaires quant à ce jugement qui nous apparaît erroné dans : Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 338-339 et 345-346.

21. *Ibid.*, par 44-56.

22. *Ibid.*, par. 106 : « Given that the suit cannot be dismissed under article 165(4), it cannot be considered to be clearly unfounded in law under article 54.1 ».

Soyons clair : nous ne remettons pas en question la décision finale de la Cour d'appel qui écarte la prétention de M. Michaud selon laquelle la demande en justice des concessionnaires devrait être rejetée sur la base des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. Il appert en effet que tous les éléments nécessaires à un recours en diffamation sont présents dans la requête introductive et en conséquence, ne peut être considérée comme manifestement mal fondée. Tel que mentionné en introduction, nous nous interrogeons cependant sur la proposition selon laquelle il aurait fallu davantage qu'une irrecevabilité en droit au sens de l'article 165(4) C.p.c. pour conclure au rejet du recours en vertu des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. Nous y reviendrons.

Deuxièmement, la Cour d'appel indique que la détermination qu'une demande en justice n'est pas manifestement mal fondée en droit n'empêche pas un tribunal de la déclarer abusive, ou de déclarer qu'elle paraît abusive, en vertu des autres situations identifiées à l'article 54.1 C.p.c.²³. La Cour procède donc ensuite à déterminer si le recours entrepris par les concessionnaires vise à détourner les « fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics ».

Or, après un développement étoffé sur la question (que nous ne résumerons pas ici, cette question étant à l'extérieur du cadre de cet article), la Cour d'appel conclut que la demande en justice *paraît* abusive sous cette enseigne à la lumière des trois indices suivants : 1) la mise en demeure qui menace de retirer toute publicité de la station de radio à moins d'un règlement rapide est une indication que l'intention n'est pas uniquement d'obtenir compensation, mais aussi de vouloir empêcher M. Michaud de critiquer des sujets se rapportant aux concessionnaires automobiles ; 2) le fait que le recours a été entrepris uniquement contre M. Michaud (alors que la mise en demeure était également adressée à l'animateur de l'émission radio et au directeur de la station de radio) ce qui, joint à la mise en demeure, a pour effet d'isoler M. Michaud et d'inciter la station de radio à réduire ce dernier au silence ; 3) l'allégation contenue à la requête introductive selon laquelle

23. *Ibid.*, par. 60, 64. Voir aussi cet extrait du paragraphe 25 de l'arrêt, au même effet : « By separating the grounds of « clearly unfounded » from some of the other measures of impropriety, the legislature has made plain that circumstances exist in which an action might have a basis in law or in fact yet still be subject to dismissal or some other sanction ».

tous les dommages-intérêts octroyés par le tribunal, une fois les honoraires et frais des avocats remboursés, seront versés à un organisme de charité, ce qui laisse entendre que la compensation demandée est une préoccupation secondaire²⁴.

Quant au montant des dommages, la Cour d'appel refuse de caractériser le recours comme une seule réclamation de 930 000 \$; prises séparément, les réclamations monétaires des 93 concessionnaires sont raisonnables. Elle reconnaît toutefois qu'à la lumière des indices ci-haut révélant les motivations des concessionnaires²⁵, il serait erroné de ne pas considérer les effets d'un tel regroupement non seulement à l'égard de M. Michaud, mais également à l'égard des autres journalistes qui, dans l'avenir, pourraient vouloir s'autocensurer pour éviter d'être la cible de recours similaires²⁶.

La Cour d'appel conclut donc à une apparence d'abus et sur la base de l'article 54.3, al. 2 C.p.c. assujettit la poursuite de la demande en justice au versement par les concessionnaires demandeurs d'un cautionnement pour frais de 65 000 \$, ceci afin de garantir le paiement de dommages-intérêts (tel le remboursement des honoraires extrajudiciaires de M. Michaud) auxquels ils pourraient être condamnés si le tribunal, au terme du procès, confirme la présence d'un abus²⁷.

-
24. Soulignons qu'une telle allégation est considérée comme non pertinente par la jurisprudence et aurait pu faire l'objet d'une requête en radiation d'allégations de la part de M. Michaud. Voir : *Dubé c. Cogeco Radio-télévision*, J.E. 98-532 (C.S.), j. Denis, p. 3-4 : « L'intention est chevaleresque, mais on a peine à déceler l'élément générateur de droit qui aidera le tribunal à rendre sa décision. Elle laisse également le tribunal sous la désagréable impression que, rejetant le recours principal, il prive une œuvre caritative d'une entrée de fonds attendue [...] La crainte des intimés que l'opération ne soit assimilée à un exercice de relations publiques n'est pas sans fondement ».
 25. Voir aussi les jugements suivants ayant formulé la règle selon laquelle le seul montant de la demande ne peut servir *en soi*, en l'absence d'autres indices, de mesure à l'abus au sens de l'article 54.1 C.p.c. : *Minco-Division construction inc. c. 9170-6929 Québec inc.*, 2010 QCCS 3339 j. Roy, par. 35 ; *Daoust c. Vézeau*, 2011 QCCQ 2803, par. 75.
 26. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 60-94.
 27. *Ibid.*, par. 95-105. Voir aussi les jugements suivants ayant octroyé une telle sanction : *Big Boom Entertainment Québec Inc. c. Astral Media Radio Inc.*, 2011 QCCS 1230, j. Reimnitz, par. 60-61 ; *MDS Pharma Services, Division of MDS (Canada) Inc. c. 2938197 Canada inc.*, 2010 QCCS 4621, j. Cournoyer, par. 31-35.

De nouveau, soyons clair : nous ne remettons évidemment pas en question cette analyse de la Cour d'appel qui servira forcément de cadre lors de l'examen futur des poursuites-bâillons par les tribunaux. Toutefois, revenant au sujet de notre article, nous posons la question suivante : si le détournement des fins de la justice, comme motif d'abus aux termes de l'article 54.1 C.p.c., est autonome (ce avec quoi nous sommes totalement en accord) et peut en soi justifier le rejet de la demande en justice ou l'imposition d'une autre sanction, pourquoi n'en serait-il pas de même pour la première situation abusive définie à l'article 54.1 C.p.c., une demande en justice « manifestement mal fondée » ? Pourquoi ce motif en particulier devrait-il être interprété à la lumière des autres motifs énumérés à l'article 54.1 C.p.c. ? Pourquoi ce motif, qui avait pourtant une existence autonome en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c., n'est-il plus suffisant pour obtenir le rejet d'une demande en justice et doit désormais être couplé d'une démonstration d'une conduite « téméraire » ou répréhensible de la partie ayant introduit la demande en justice ?

Étant au cœur de notre analyse, nous proposons d'étudier dans la section suivante le texte des anciens articles 75.1 et 75.2 C.p.c. et de relever la jurisprudence pertinente à nos yeux.

Ultimement, l'objectif est le même que celui que nous poursuivions dans un article récent que nous avons écrit sur le sujet dans la même revue à l'automne 2010²⁸ : démontrer que l'article 54.1 C.p.c. vise une gamme de situations « abusives », incluant à une extrémité du spectre, la simple introduction d'une demande en justice manifestement mal fondée, sans nécessité d'une démonstration additionnelle de mauvaise foi, de témérité ou d'un refus injustifié de faire face à l'évidence de la part de la partie l'ayant introduite. Ce faisant, l'article 54.1 C.p.c. peut non seulement servir d'assise à l'ancienne requête en rejet en vertu de l'article 75.1 C.p.c., mais également à la requête en irrecevabilité en vertu de l'article 165(4) C.p.c.

Nous en sommes toutefois conscients : le récent arrêt *Acadia Subaru* (dont les enseignements ont été réitérés par la Cour

28. Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319.

d'appel dans l'arrêt encore plus récent *Paquette c. Laurier*)²⁹ présente désormais un écueil à cette démonstration.

III. LES ANCIENS ARTICLES 75.1 ET 75.2 C.P.C.

Reprenons donc le texte des anciens articles 75.1 et 75.2 C.p.c. La première disposition permettait au tribunal de rejeter une demande en justice ou une autre procédure si un interrogatoire préalable démontrait que celle-ci était « frivole ou manifestement mal fondée »³⁰. Quant à la seconde, elle autorisait le tribunal, lorsqu'il ordonnait le rejet en vertu de l'article 75.1 C.p.c., de déclarer la demande en justice ou la procédure « abusive ou dilatoire » et le cas échéant, de condamner la partie déboutée à payer des dommages-intérêts.

Or, l'étude de la jurisprudence sur ces articles nous enseigne ceci : une demande en justice « frivole ou manifestement mal fondée » n'était pas considérée nécessairement comme « abusive ou dilatoire ». En d'autres termes, le tribunal pouvait conclure au rejet sans nécessairement condamner le demandeur à des dommages-intérêts. Citons à titre d'exemple la juge Lemelin dans *Gauthier c. Ville de Ste-Julie*, qui, après avoir conclu au rejet de la demande en justice en vertu de l'article 75.1 C.p.c., écrit en 2000 que l'attribution des dommages-intérêts en vertu de l'article 75.2 C.p.c. « n'est pas automatique » et ce faisant, refuse d'en attribuer, rien ne permettant selon elle « de conclure que M. Gauthier a agi de mauvaise foi, avec l'intention de se venger de M. Gemme ou avec une témérité engageant sa responsabilité »³¹.

Raisonnement similaire du juge Isabelle dans *Roy c. Pageot* rendu en 2001. Ce dernier, après avoir conclu au rejet de l'action en dommages-intérêts parce que manifestement mal fondée pour cause de prescription, refuse de condamner le demandeur à rem-

29. 2011 QCCA 1228, j. **Thibault**, Rochette, Kasirer, par. 22-27.

30. Mentionnons que l'article 75.1 C.p.c. ajoutait que le motif en vertu duquel la demande en justice ou la procédure était manifestement mal fondée devait être un motif autre que ceux prévus à l'article 165 C.p.c. Cette restriction avait plus ou moins été écartée par les tribunaux qui invoquaient la règle selon laquelle la procédure doit être la servante de la justice et non sa maîtresse. En effet, les tribunaux avaient peine à justifier qu'un défendeur ne puisse obtenir le rejet préliminaire d'une demande en justice lorsque c'est uniquement lors de l'interrogatoire préalable que le motif de rejet lui a été révélé (par exemple, la prescription). Voir notamment : *Plante c. Lemieux*, J.E. 2002-120 (C.A.), j. Michaud, Forget, Pelletier, par. 9.

31. B.E. 2001BE-86 (C.S.), j. Lemelin, par. 32-37 (nos italiques).

bourser les frais légaux du défendeur car « [n]’eut été de la prescription extinctive du recours, laquelle est devenue évidente après l’interrogatoire hors Cour du demandeur, la procédure du demandeur n’était pas abusive ou dilatoire »³².

Cette règle a été confirmée en 2002 par le juge Rochon dans l’arrêt de principe *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*³³ qui établit les circonstances dans lesquelles une partie pourra être tenue à rembourser les honoraires extrajudiciaires encourus par son adversaire. Elle le sera uniquement si elle est responsable d’un abus de procédure (ou abus du droit d’ester en justice). Ce sera le cas par exemple si de mauvaise foi, elle multiplie les procédures ou poursuit inutilement et abusivement un débat judiciaire. Ce sera le cas aussi si, par mauvaise foi ou *témérité*, elle intente un recours pour causer des désagréments à son adversaire plutôt que pour faire reconnaître le bien-fondé de ses prétentions ou si elle refuse de façon injustifiée de faire face à l’évidence et de renoncer, en demande ou en défense, à une procédure condamnée d’avance à l’échec³⁴.

Or, après avoir énoncé cette règle, le juge Rochon écrit ceci en faisant référence à l’article 75.2 C.p.c. : « [c]’est, il me semble, une règle que reconnaît implicitement le législateur »³⁵. Ces enseignements ont notamment été suivis en 2004 par le juge Lefebvre dans *Chouinard c. Miranda Technologies inc.*³⁶ et en 2005 par le juge Landry dans *Matériaux à bas prix ltée c. Commission des normes du travail*³⁷. Dans ces jugements, la requête en rejet a été accueillie en vertu de l’article 75.1, mais la demande de remboursement des honoraires extrajudiciaires en vertu de l’article 75.2 C.p.c. a été rejetée sur la base des critères établis dans l’arrêt *Viel*.

Enfin, dans *Royal LePage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*³⁸, le juge Dalphond a lui aussi confirmé que le pouvoir accordé aux tribunaux aux termes de l’article 75.2 C.p.c. était assujéti aux critères établis dans l’arrêt *Viel*. Rappelons que dans cette affaire, le juge Dalphond complète l’analyse du juge Rochon

32. *Roy c. Pageot*, B.E. 2002BE-703 (C.S.), j. Isabelle, par. 54.

33. [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. **Rochon**, Gendreau, Forget.

34. *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon, par. 75.

35. *Ibid.*, par. 82.

36. B.E. 2004BE-597 (C.S.), j. Lefebvre, par. 28-33.

37. J.E. 2005-1653 (C.S.), j. Landry, par. 32, 40-45.

38. 2007 QCCA 915, j. **Dalphond**, Hilton, Giroux.

dans *Viel* et formule un test objectif définissant la témérité comme source d'abus de procédure sanctionnable par l'octroi de dommages-intérêts : « le fait de mettre de l'avant un recours ou une procédure alors qu'une personne raisonnable et prudente, placée dans les circonstances connues par la partie au moment où elle dépose la procédure ou l'argumente, conclurait à l'inexistence d'un fondement pour cette procédure »³⁹ – ce test est exigeant car comme l'a rappelé le juge Dalphond, en faisant référence aux enseignements du juge Rochon, « il faut éviter de conclure à l'abus dès que la thèse mise de l'avant est quelque peu fragile sans être abusive »⁴⁰.

Après avoir référé à l'arrêt *Viel* à titre d'arrêt de principe établissant les critères à rencontrer pour pouvoir condamner une partie à rembourser les honoraires extrajudiciaires encourus par la partie adverse, le juge Dalphond, écrit : « [l]e *Code de procédure civile* le reconnaît d'ailleurs expressément aux articles 75.2 et 524 C.p.c. »⁴¹.

Bref, il nous apparaît clair que l'approche en vertu des anciens articles 75.1 et 75.2 C.p.c. comportait deux étapes. Une première étape qui permettait le rejet de la demande en justice ou d'une procédure : celle-ci devait être « frivole ou manifestement mal fondée ». Et une seconde étape qui permettait l'octroi de dommages-intérêts : si celle-ci, en plus d'être « frivole ou manifestement mal fondée », était « abusive ou dilatoire » selon les critères établis dans l'arrêt *Viel* et précisés dans *Royal LePage*. Le point suivant est important pour les fins de notre démonstration : le test établi par le juge Dalphond dans l'arrêt *Royal LePage* – et repris par la Cour d'appel dans *Acadia Subaru* – ne s'inscrit pas dans le cadre de la première étape, mais plutôt dans le cadre de la seconde.

39. *Ibid.*, par. 46, cité dans *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 58.

40. *Royal LePage commercial inc. c. 109650 Canada Ltd.*, 2007 QCCA 915, j. Dalphond, par. 44 ; *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), j. Rochon, par. 82. Sur la notion de témérité, voir aussi : Yves-Marie MORISSETTE, « L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant », (1984) 44 *R. du B.* 397.

41. *Ibid.*, par. 36-37. Voir aussi au même effet : *Hétu c. Notre-Dame-de-Lourdes (Municipalité de)*, J.E. 2005-458 (C.A.), j. Pelletier, **Dalphond**, Bich, par. 54 ; *Quantz c. A.D.T. Canada inc.*, J.E. 2002-1648 (C.A.), j. Beauregard, Proulx, **Dalphond**, par. 68 ; *Taran Furs (Mtl) Inc. / Fourrures Taran (Mtl) inc. c. TUAC, section locale 501*, B.E. 2005BE-724 (C.S.), j. Gascon, par. 50 ; Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 207.

Par analogie, ces deux étapes sont aussi présentes aux articles 501, al. 1, par. 4.1 et 5 et 524 C.p.c. Selon l'article 501, al. 1, par. 4.1 C.p.c., la Cour d'appel peut rejeter sommairement un appel qui « ne présente aucune chance raisonnable de succès » et selon l'article 524 C.p.c., elle peut condamner l'appelant à des dommages-intérêts si l'appel rejeté est « dilatoire ou abusif ». Dans *Kovac c. Gurman*, la Cour d'appel a clairement établi qu'il n'y a pas adéquation entre ces deux notions. Ainsi, bien qu'elle ait rejeté sur requête l'appel de M. Gurman, la Cour d'appel a refusé d'octroyer des dommages-intérêts à M. Kovac. En effet, même si les griefs d'appel étaient sans fondement et le pourvoi voué à l'échec, l'appel n'était pas abusif ou dilatoire, celui-ci ne constituant pas « un détournement de l'institution ou un usage de la procédure pour des motifs étrangers à la recherche raisonnable de la réformation du jugement de première instance »⁴².

Revenant maintenant à l'article 54.1 C.p.c. et à l'arrêt *Acadia Subaru*, voici notre propos.

Le législateur indique à l'article 54.1 C.p.c. que l'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure « manifestement mal fondé, frivole *ou* dilatoire »⁴³ ; les deux premiers termes proviennent du texte de l'article 75.1 C.p.c. et le troisième, de l'article 75.2 C.p.c. L'utilisation de la conjonction « ou », plutôt que « et », confirme à notre avis l'intention du législateur de continuer à permettre aux tribunaux, en vertu des articles 54.1 et 54.3 C.p.c., de rejeter des demandes en justice ou autres actes de procédure qui sont simplement « manifestement mal fondés ou frivoles », au sens de l'ancien article 75.1 C.p.c., sans qu'elles doivent en plus être « dilatoires » au sens de l'article 75.2 C.p.c. Bref, à une extrémité du spectre des situations « abusives », il y a les procédures « manifestement mal fondées ou frivoles » et à l'autre, il y a les procédures constituant des abus de procédure au sens traditionnel. Si les premières peuvent conduire au rejet (pourquoi poursuivre la procédure si elle est manifestement vouée à l'échec ?), les secondes peuvent conduire, en sus du rejet, à une condamnation à des dommages-intérêts et même à des dommages-intérêts punitifs si les circonstances le justifient. Tel que mentionné en introduction, cette interprétation est confirmée par une lecture des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du projet de loi

42. J.E. 2001-1052 (C.A.), j. Michaud, Gendreau, Delisle, p. 2-3. Voir aussi : *Lecoin c. Cornec*, J.E. 2003-759 (C.A.), j. Dussault, Pelletier, Dalphond, par. 5.

43. Art. 54.1, al. 2 C.p.c. (nos italiques).

n° 9 : il n'a jamais été question de retirer aux tribunaux l'outil à leur disposition en vertu de l'article 75.1 C.p.c. Cette interprétation est également confirmée par une jurisprudence étoffée des tribunaux de première instance rendue sur les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*⁴⁴.

Dans *Acadia Subaru*, la Cour d'appel cherche à distinguer les moyens préliminaires prévus aux articles 54.1 et 165(4) C.p.c. Si le législateur a choisi de conserver l'article 165(4) C.p.c. lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 9 écrit-elle, c'est que les moyens préliminaires prévus à ces deux dispositions sont de nature différente⁴⁵. Elle souligne également que l'article 26, al. 2, par. 4.1 C.p.c. prévoit que les jugements qui rejettent une demande en justice en raison de son caractère abusif sont appelables uniquement sur permission, contrairement à ce qui est le cas lorsqu'une demande en justice est rejetée en vertu de l'article 165(4) C.p.c. qui est appelable de plein droit, sauf si la valeur du litige est inférieure à 50 000 \$; il y a donc nécessairement un stigmate associé au premier type de jugement qui est absent dans le cas du second⁴⁶.

C'est ainsi que pour les distinguer, la Cour d'appel établit que : 1) l'article 54.1 C.p.c. « requires a further finding of blame on the part of the litigant who brought the suit »⁴⁷ ; 2) en vertu de cette disposition « the litigant must not only have brought a suit that is unfounded in law, he or she must have done so in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an abuse of process » ; 3) le test à rencontrer pour qu'une demande en justice soit considérée comme manifestement mal fondée en droit est celui

44. Voir notamment : *Huard c. Saguenay (Ville de)*, 2010 QCCS 1454, j. Lemelin, par. 27 ; *Kabbabe c. Elfassy*, 2010 QCCS 404, j. Dugré, par. 23, 26 et 31 ; *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 18-35 ; *Werbin c. Werbin*, 2009 QCCS 5253, j. Fournier, par. 8 ; 9176-187 *Québec inc. (FPG Construction) c. Dion*, 2009 QCCS 2865, j. Dumas, par. 14.

45. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 41.

46. *Ibid.*, par. 41, note 10. Voir aussi : *Duni c. Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c.r.l., l.l.p.*, 2011 QCCA 677, j. Chamberland, Pelletier, Kasirer, par. 10-14.

47. En comparant le terme « abus » utilisé dans la version française et le terme « impropriety » utilisé dans la version anglaise, la Cour d'appel remarque que le premier terme, davantage que le deuxième, met en évidence l'intention du législateur. Sur ce point, il est intéressant de constater que le juge Taschereau a procédé au même exercice de comparaison dans *Bernard c. Desrochers*, mais en a tiré une inférence contraire. Il écrit : « [l]e nom « impropriety » peut par ailleurs se traduire, dans le sens où il est utilisé dans cet article, par « inconvenance, indécence » » et ajoute : « [u]n acte de procédure peut donc être qualifié d'« impropriety » sans nécessairement constituer « an abuse of process » fautif » (*Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 30-31).

établi par le juge Dalphond dans l'arrêt *Royal Lepage*, lequel est exigeant car, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Viel*, « a finding of impropriety on this basis is not to be arrived at lightly »⁴⁸.

Mais, en tout respect, en réglant le problème de cette façon, la Cour d'appel n'en a-t-elle pas créé un autre ? Qu'advient-il désormais des demandes en justice qui se révèlent manifestement mal fondées après la tenue d'un interrogatoire préalable (au sens de l'ancien article 75.1 C.p.c.) sans constituer par ailleurs des abus de procédure (au sens de l'ancien article 75.2 C.p.c.) ?

En fait, serait-il possible que la Cour d'appel, sans l'écrire expressément, alerte le législateur que sa réforme comporte une lacune et lui indique que tels que rédigés, les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*, coiffés du titre « Du pouvoir de sanctionner les abus de la procédure »⁴⁹, n'ont pas intégré la requête en rejet qui était prévue à l'ancien article 75.1 C.p.c. ? Bref, qu'il y aurait lieu de réintroduire l'article 75.1 C.p.c. à l'endroit où il se trouvait au Code sous son ancien titre « Des actions et procédures manifestement mal fondées ou frivoles »⁵⁰ ?

Si telle est l'intention de la Cour d'appel, rappelons toutefois l'arrêt *Aliments Breton (Canada) inc. c. Bal Global Finance Canada Corporation* où elle a écrit que l'abus en vertu de l'article 54.1 C.p.c. « peut notamment résulter d'un acte de procédure manifestement mal fondé » et que la jurisprudence découlant des articles 75.1 et 75.2 C.p.c. demeure pertinente aujourd'hui. Dans cet arrêt, elle a ainsi évalué si la défense et demande reconventionnelle d'*Aliments Breton (Canada) inc.* devait ou non être rejetée en vertu des articles 54.1 et 54.3 C.p.c. en se référant uniquement à la notion d'« acte de procédure manifestement mal fondée », sans exiger en sus que *Bal Global Finance Canada Corporation* démontre un abus de procédure au sens traditionnel⁵¹.

48. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, Kasirer, Bouchard, par. 58.

49. Nos italiques.

50. Si le législateur choisit cette avenue, il y aurait lieu à notre avis, pour éviter toute ambiguïté, d'amender l'article 54.1, al. 2 C.p.c. pour qu'il prévoit ceci : « L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole [et] dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent » (bref, remplacer la conjonction « ou » par la conjonction « et »).

51. 2010 QCCA 1369, j. Brossard, **Thibault**, Léger, par. 37-49.

Rappelons aussi les arrêts *Clinique Ovo inc. c. Curalab inc.*⁵² et *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*⁵³ où la Cour d'appel a reconnu que le refus d'une partie de se soumettre à un interrogatoire (et par extension, le refus d'une partie de transmettre les engagements souscrits lors de cet interrogatoire) est une situation abusive au sens de l'article 54.1 C.p.c. et peut, le cas échéant, conduire au rejet de la demande en justice ou de la défense. Or, ce motif était le second motif de rejet qui était prévu à l'ancien article 75.1 C.p.c. et n'a pas été repris spécifiquement dans le texte de l'article 54.1 C.p.c. Ce qui conduit à la question suivante : si, selon la Cour d'appel, ce motif de rejet a été intégré à l'article 54.1 C.p.c., alors pourquoi la situation serait-elle différente pour le premier motif de rejet de l'ancien article 75.1 C.p.c. (une procédure manifestement mal fondée ou frivole) qui, lui, a pourtant été repris textuellement à l'article 54.1 C.p.c. ?

La jurisprudence future de la Cour d'appel nous éclairera peut-être sur ces questions.

En résumé, nos prétentions peuvent être formulées comme suit : pour les motifs énoncés ci-haut, nous croyons que le législateur a inclus les demandes en justice manifestement mal fondées ou frivoles au sens de l'ancien article 75.1 C.p.c. à titre de situation d'abus visée par l'article 54.1 C.p.c. (les situations abusives qui y sont décrites sont alternatives⁵⁴ et les débats parlementaires sont clairs à ce sujet). Toutefois, ce faisant, en n'exigeant pas la présence d'un « abus de procédure » au sens de l'arrêt *Viel*, le législateur n'a pas pris conscience que rien n'empêchait alors une partie défenderesse de se prévaloir des articles 54.1 et 54.3 C.p.c., plutôt que de l'article 165(4) C.p.c., pour faire rejeter une demande en justice manifestement mal fondée en droit à sa face même, rendant par le fait même cette disposition superflue. Il s'agit du sujet de la section suivante.

52. 2010 QCCA 1214, j. **Chamberland**, Rochon, Doyon, par. 16-19.

53. 2010 QCCA 1600, j. **Rochon, Dalphond**, Bouchard, par. 22-30, 74-77.

54. Voir par exemple *Guimont c. RNC Média inc. (CHOI-FM)*, 2010 QCCS 5109, j. Dallaire, par. 22 « Ces notions sont alternatives et non cumulatives. Il suffit de faire face à l'une de ces situations pour y donner suite tout en ayant à l'esprit que chaque cas est un cas d'espèce et que ces notions doivent être interprétées avec prudence » (requête pour permission d'appeler accueillie, 2010 QCCA 2296).

IV. LES ARTICLES 54.1 ET 165(4) C.P.C.

De deux choses l'une.

Ou bien la notion d'abus à l'article 54.1 C.p.c. est limitée à celle d'abus de procédure dans son sens traditionnel comme l'écrit la Cour d'appel dans *Acadia Subaru*. Dans ce cas, l'article 165(4) C.p.c. a effectivement toujours sa raison d'être. Cependant, la requête en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. qui permettait aux tribunaux de rejeter une demande en justice « manifestement mal fondée ou frivole » sans nécessité d'une démonstration additionnelle de mauvaise foi, de témérité ou d'un refus injustifié de faire face à l'évidence de la part de la partie l'ayant introduite, n'est plus possible, sauf en invoquant les articles 20 et 46 C.p.c.

Ou bien, comme nous le croyons, la notion d'abus à l'article 54.1 C.p.c. « couvre un domaine beaucoup plus étendu que la notion traditionnelle de l'abus du droit d'agir »⁵⁵, et permet alors de servir d'assise non seulement à la requête en rejet qui était autrefois prévue à l'article 75.1 C.p.c., mais également au moyen d'irrecevabilité prévu à l'article 165(4) C.p.c.

Ce qui nous conduit à un exercice déjà effectué dans notre article de l'automne 2010 où nous avons exposé en détail les raisons pour lesquelles, au plan de la mécanique, le moyen d'irrecevabilité prévu à l'article 165(4) C.p.c. peut être demandé à même les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*⁵⁶. Pour mémoire, nous les réitérons ci-après, mais de façon plus succincte.

Premièrement, les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* autorisent les tribunaux à se prononcer à la face même du dossier sur le caractère abusif d'une demande en justice en analysant uniquement les allégations de la demande en justice et les pièces invoquées, *avant* la tenue d'un interrogatoire⁵⁷. En

55. *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 31.

56. Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 347-354.

57. *Lavoie c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCCS 4452, j. Blanchet, par. 6 : « [c]omme on le voit, le tribunal peut maintenant prononcer le rejet « sur demande ou même d'office », sans qu'il soit nécessaire pour les défendeurs d'avoir procédé d'abord à l'interrogatoire de la partie demanderesse » (requêtes en rétractation de jugement rejetées, 2009 QCCS 5024, j. Gendreau). Confirmé par la Cour d'appel dans *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 28.

effet, l'article 54.1 C.p.c. prévoit que les tribunaux peuvent à *tout moment* déclarer qu'une demande en justice est abusive. L'article 54.1, al. 2 C.p.c. prévoit également que le rejet d'une demande en justice doit se faire *par moyen préliminaire*.

Deuxièmement, le législateur n'a pas repris à l'article 54.1 C.p.c. une restriction prévue à l'ancien article 75.1 C.p.c. selon laquelle le tribunal ne pouvait rejeter une demande en justice pour *un motif prévu à l'article 165 C.p.c.* (donc notamment lorsque la demande n'est pas fondée en droit, le motif du paragraphe 4)⁵⁸. Ainsi, le texte de l'article 54.1 C.p.c. n'empêche pas de conclure qu'une demande en justice est « manifestement mal fondée ou frivole » en droit.

Troisièmement, nous constatons qu'en pratique les tribunaux n'utilisent pas un fardeau différent pour déterminer si une demande en justice est « non fondée » (le critère de l'article 165(4) C.p.c.) et si une demande en justice est « manifestement mal fondée » (le critère de l'article 54.1, al. 2 C.p.c. et de l'ancien article 75.1 C.p.c.). Devant un moyen d'irrecevabilité présenté en vertu de l'article 165(4) C.p.c., les tribunaux doivent agir avec *prudence*, dans des situations *claires* et *évidentes* et l'application de la règle de droit aux allégations de la demande en justice et aux pièces invoquées *ne doit pas être discutable*⁵⁹.

Quatrièmement, le mécanisme prévu à l'article 54.2 C.p.c. n'empêche aucunement les tribunaux d'évaluer, comme le requiert l'article 165(4) C.p.c., si une demande en justice est manifestement mal fondée en droit en tenant pour avérées les allégations de celle-ci et les pièces invoquées. En fait, la Cour d'appel écrit même dans *Acadia Subaru* : « the enactment of article 54.1 C.C.P. does not relieve a judge from deciding, on the basis of the presumptive truth of the facts alleged, whether or not a suit is founded in law »⁶⁰.

58. Cette restriction avait plus ou moins été écartée par les tribunaux qui invoquaient la règle selon laquelle la procédure doit être la servante de la justice et non sa maîtresse. En effet, les tribunaux avaient peine à justifier qu'un défendeur ne puisse obtenir le rejet préliminaire d'une demande en justice lorsque c'est uniquement lors de l'interrogatoire préalable que le motif de rejet lui a été révélé (par exemple, la prescription). Voir notamment : *Plante c. Lemieux*, J.E. 2002-120 (C.A.), j. Michaud, Forget, Pelletier, par. 9.

59. Voir notamment : *Construction Médur inc. c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, 2008 QCCS 6042, j. Courteau, par. 11-12.

60. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 57 ; voir aussi par. 106. La Cour d'appel réfère à cet égard à l'arrêt *Commission des normes du travail c. Manful Benjamin*, 2011 QCCA 721, par. 6. Réitérons

En somme, comme nous concluons à l'automne 2010, voulu ou non, le texte des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* a été ainsi rédigé : l'article 165(4) C.p.c. n'est plus la seule disposition en vertu de laquelle il est possible de demander le rejet d'une demande en justice manifestement mal fondée en droit à sa face même. « L'absence de toute allégation factuelle, en regard des commandités et du commanditaire, commande le rejet de l'action contre celle-ci tant en vertu de l'article 165.4 C.p.c. que de l'article 54.1 C.p.c. », écrit par exemple la juge Mayrand dans *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*⁶¹. Plusieurs autres jugements sont au même effet⁶².

Ces jugements sont-ils toutefois toujours bien fondés à la lumière des nouveaux enseignements de la Cour d'appel ?

V. L'ARTICLE 26 C.P.C.

En terminant, il y a lieu d'aborder un argument soulevé par la Cour d'appel dans *Acadia Subaru* afin de distinguer les articles 54.1 et 165(4) C.p.c. : selon l'article 26 C.p.c., les jugements rejetant une demande en justice en raison de leur caractère abusif (en application de l'article 54.1 C.p.c.) sont appelables sur permission alors que ceux rejetant une demande en justice en vertu de l'article 165(4) C.p.c. sont appelables de plein droit, sauf si la valeur du litige est inférieure à 50 000 \$; il y aurait donc nécessairement un stigmate associé au premier type de jugement qui est absent dans le cas du second⁶³.

toutefois notre position que si un tribunal peut effectivement tenir pour avérées les allégations de la demande en justice dans le cadre d'une requête en rejet en vertu de l'article 54.1 C.p.c., il n'est pas tenu de le faire car le texte des articles 54.1 et 54.2 C.p.c. n'impose pas cette exigence. Voir : Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 354, 358.

61. *Développement Bleury – de la Gauchetière inc. c. Lalonde*, 2010 QCCS 3359, j. Mayrand, par. 35.

62. Voir par exemple la jurisprudence citée dans Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 355, note 86.

63. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 41, note 11. Voir aussi à ce sujet : *Duni c. Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c.r.l., l.l.p.*, 2011 QCCA 677, j. Chamberland, Pelletier, Kasirer, par. 10-14.

Dans l'hypothèse où l'article 54.1 C.p.c. « couvre un domaine beaucoup plus étendu que la notion traditionnelle de l'abus du droit d'agir »⁶⁴, et incidemment inclut la requête qui était autrefois prévue à l'article 75.1 C.p.c., nous concédons qu'il est difficile au plan logique de justifier le fait par exemple qu'il y ait appel de plein droit lorsque le jugement relève un motif de prescription à même les allégations de la requête introductive d'instance (s'il repose sur l'article 165(4) C.p.c.), mais qu'il y ait appel sur permission lorsque le jugement relève un motif de prescription qui ressort uniquement de l'interrogatoire préalable du demandeur (s'il repose sur l'article 54.1 C.p.c.). La Cour d'appel y voit une indication qu'une conduite répréhensible de la part de la partie ayant introduit la procédure est nécessaire pour que celle-ci soit rejetée en vertu de l'article 54.1 C.p.c. Pourtant, ceci n'était pas ce que recherchait le législateur qui voulait maintenir la requête en rejet en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. à même le nouvel article 54.1 C.p.c.⁶⁵. Or, tel qu'exposé ci-haut, la démonstration d'une conduite répréhensible n'était pas requise pour obtenir le rejet en vertu de l'article 75.1 C.p.c.

Notre opinion sur ce point est plutôt la suivante : nous croyons que le législateur n'a tout simplement pas pris conscience lors de la réforme qu'il assujettissait à une permission d'appel *tous* les jugements rejetant une demande en justice en vertu de l'article 54.1 C.p.c., incluant ceux rejetant la procédure « manifestement mal fondée ou frivole », sans « abus de procédure » de la part de la partie déboutée. À cet égard, nous référons de nouveau aux débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du projet de loi n° 9 : d'un côté, le législateur y expose très clairement son intention de conserver le moyen préliminaire prévu à l'ancien article 75.1 C.p.c. à même l'article 54.1 C.p.c., mais de l'autre, en ce qui a trait au droit d'appel, traite en un seul bloc toute la gamme de situations « abusives » prévues à l'article 54.1 C.p.c., sans faire de distinction entre celle qui était originalement prévue à l'article 75.1 C.p.c. et les autres, plus graves⁶⁶.

64. *Bernard c. Desrochers*, 2009 QCCS 5535, j. Taschereau, par. 31.

65. Voir à cet égard la référence aux débats parlementaires cités en introduction du présent article.

66. Voir les débats parlementaires sur cette question, notamment aux pages 22 et 23, 111-114 : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n° 9 – Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n° 16.

Il ne s'agirait d'ailleurs pas de la première faille reconnue par la jurisprudence dans le texte des articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile*. Rappelons par exemple que l'article 54.2, al. 2 C.p.c. prévoit que la requête visant à faire rejeter la demande en justice doit être présentée *à titre de moyen préliminaire*, ce qui *stricto sensu* implique que les tribunaux ne pourraient rejeter un recours pour motif d'abus qu'au stade préliminaire d'un dossier. Or, selon l'article 54.1 C.p.c. les tribunaux peuvent *à tout moment*, sur demande et même d'office, déclarer qu'un acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive. Ainsi, selon la jurisprudence, l'article 54.2, al. 2 C.p.c. n'a pas d'application et pourrait tout aussi bien être rayé⁶⁷.

Ainsi, dans l'hypothèse où le législateur ou la jurisprudence devait confirmer que l'article 54.1 C.p.c. inclut effectivement la requête qui était autrefois prévue à l'article 75.1 C.p.c., il y aurait lieu à notre avis d'envisager un amendement au paragraphe 4.1 de l'article 26, al. 2 C.p.c. afin d'exclure spécifiquement l'exigence d'une permission d'en appeler pour les jugements rejetant une demande en justice uniquement en raison de son caractère manifestement mal fondé ou frivole⁶⁸.

À moins que la Cour d'appel ne décide d'apporter elle-même la correction. En effet, l'article 26, al. 2, par. 4.1 prévoit que sont assujettis à une permission d'appeler « les jugements qui rejettent une demande en justice en raison de son caractère abusif », sans référence spécifique à l'article 54.1 C.p.c. (contrairement par exemple, à l'article 26, al. 2, par. 4 qui réfère spécifiquement aux jugements rendus en application de l'article 846 C.p.c.). Dans ces circonstances, serait-il envisageable de référer uniquement à la notion d'« abus de procédure » dans son sens traditionnel pour interpréter la notion d'abus utilisée à l'article 26, al. 2, par. 4.1, plutôt qu'à la définition large de l'article 54.1 C.p.c. ? Une telle

67. Expliqué en détail dans : Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 329-333. En jurisprudence, voir notamment : *Werbin c. Werbin*, 2009 QCCS 5253, j. Fournier, par. 8 ; *Kabbabe c. Elfassy*, 2010 QCCS 404, j. Dugré, par. 23, 26 et 31.

68. Le paragraphe 4.1 de l'article 26, al. 2 C.p.c. pourrait se lire comme suit : « les jugements rejetant une demande en justice en raison de leur caractère abusif en application de l'article 54.1, sauf ceux dont l'abus consiste uniquement en l'introduction d'une demande en justice manifestement mal fondée ou frivole ».

interprétation aurait pour effet de permettre un appel de plein droit des jugements rendus en vertu de l'article 54.1 C.p.c. accueillant les requêtes en rejet qui autrefois étaient prises en vertu de l'article 75.1 C.p.c. Elle mettrait également un terme à la difficulté de déterminer si l'appel est de plein droit ou sur permission lorsque le rejet a été prononcé en première instance tant sur la base de l'article 54.1 C.p.c. que de l'article 165(4) C.p.c.⁶⁹.

VI. CONCLUSION

Dans *Cyr c. 9093-8879 Québec inc. et al.*, le juge Caron rejette en vertu de l'article 54.1 C.p.c. la demande en justice à l'encontre de la dirigeante et administratrice de 9093-8879 Québec inc. (M^{me} Belleau) sur la base d'un aveu de la demanderesse lors de son interrogatoire préalable, mais refuse de condamner cette dernière à rembourser les honoraires extrajudiciaires de M^{me} Belleau « puisque le dossier tel que constitué ne démontre pas une attitude ou un comportement de la demanderesse justifiant » cette sanction⁷⁰.

Dans *St-Onges c. Reeves*, le juge Reimnitz rejette en vertu de l'article 54.1 C.p.c. la demande en justice sur la base d'un aveu du demandeur lors de son interrogatoire préalable, mais refuse de condamner ce dernier à rembourser les honoraires extrajudiciaires du défendeur car si la requête introductive est effectivement « non fondée et frivole », celle-ci « n'est pas cependant abusive au point de justifier la demande en réparation pour le préjudice qu'aurait subi le défendeur »⁷¹.

Or, il appert que l'arrêt *Acadia Subaru* ne permet plus les conclusions ordonnées par les juges Caron et Reimnitz dans ces affaires. En effet, pour qu'un tribunal puisse rejeter une demande en justice manifestement mal fondée en vertu de l'article 54.1 C.p.c., il doit désormais conclure que la partie l'ayant introduite a agi « in a manner that is so patent, or so frivolous or dilatory as to be an *abuse of process* »⁷². Selon les nouveaux enseignements de la Cour d'appel, les juges Caron et Reimnitz n'auraient donc pas pu

69. Voir par exemple : *Duni c. Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c.r.l., l.l.p.*, 2011 QCCA 677, j. Chamberland, Pelletier, Kasirer.

70. C.S., 200-17-013542-105, 16 juin 2011, j. Caron, par. 21-27.

71. 2009 QCCS 4895, j. Reimnitz, par. 53.

72. *Acadia Subaru c. Michaud*, 2011 QCCA 1037, j. Hilton, **Kasirer**, Bouchard, par. 58 (nos italiques).

accueillir les requêtes en rejet présentées en vertu de l'article 54.1 C.p.c. vu leurs conclusions quant à la conduite des demandeurs dans ces affaires.

Bref, force est de constater que la Cour d'appel, en cherchant à distinguer les moyens préliminaires prévus aux articles 54.1 et 165(4) C.p.c., a, intentionnellement ou non, retiré aux tribunaux l'outil dont ils disposaient en vertu de l'ancien article 75.1 C.p.c. Pourtant, ceci n'était certainement pas ce qu'avait en tête le législateur lors de l'adoption du projet de loi n° 9. « Les nouvelles dispositions intègrent, en les adaptant, celles du droit actuel et rendent donc inutile le maintien des articles 75.1 et 75.2 du *Code de procédure civile* », affirmait la ministre de la Justice lors des débats du 26 mai 2009. Ce à quoi la députée Véronique Hivon de l'opposition a répondu : « Alors, on vient effectivement tout couvrir, il n'y a plus aucune raison d'être à ces articles-là du fait du droit nouveau qu'on est en train d'adopter. O.K., moi, ça me va »⁷³.

Avec le plus grand respect, nous soumettons que l'approche proposée dans le présent texte correspond davantage à l'intention du législateur. Certes, certains argueront qu'elle a pour effet de rendre superflu l'article 165(4) C.p.c., ce que ne voulait pas le législateur⁷⁴. Toutefois, l'administration de la justice y trouve davantage son compte à notre avis puisqu'elle permet non seulement de conserver le moyen qui était prévu à l'article 75.1 C.p.c., mais également de mettre à la disposition des tribunaux l'ensemble des sanctions prévues à l'article 54.3 C.p.c. (telle l'irrecevabilité partielle) lorsqu'aux prises avec une demande en justice non fondée en droit à sa face même⁷⁵.

73. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} session, 39^e législature, *Commission permanente des institutions*, Étude détaillée du projet de loi n° 9 – *Loi modifiant le Code de procédure civile* pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, 26 mai 2009, n° 16, p. 100.

74. Raphaël LESCOP, « Les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* : la mise au rancart de l'article 165(4) et le retour de l'irrecevabilité partielle en droit québécois », (2010) 69 *R. du B.* 319, 359-361.

75. *Ibid.*, 354-358.

VII. ANNEXE : LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES EN CAUSE

TITRE I DISPOSITIONS INTRODUCTIVES	TITLE I INTRODUCTORY PROVISIONS
20. Si le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par ce code, on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient ou avec quelque autre disposition de la loi.	20. Whenever this Code contains no provision for exercising any right, any proceeding may be adopted which is not inconsistent with this Code or with some other provision of law.
SECTION II DE LA COUR D'APPEL	SECTION II COURT OF APPEAL
26. Peuvent faire l'objet d'un appel, à moins d'une disposition contraire : 1. les jugements finals de la Cour supérieure et de la Cour du Québec, sauf dans les causes où la valeur de l'objet du litige en appel est inférieure à 50 000 \$; [...] Peuvent aussi faire l'objet d'un appel, sur permission d'un juge de la Cour d'appel, lorsque la question en jeu en est une qui devrait être soumise à la Cour d'appel, ce qui est notamment le cas s'il est d'avis qu'une question de principe, une question nouvelle ou une question de droit faisant l'objet d'une jurisprudence contradictoire est en jeu : 1. les autres jugements ou ordonnances rendus en vertu des dispositions du Livre VI du présent code ; 2. le jugement qui prononce sur la requête en annulation d'une saisie avant jugement ; 3. les jugements ou ordonnances rendus en matière d'exécution ; 4. les jugements rendus en application de l'article 846 ;	26. Unless otherwise provided, an appeal lies (1) from any final judgment of the Superior Court or the Court of Québec, except in a case where the value of the object of the dispute in appeal is less than \$50,000 ; [...] An appeal also lies, with leave of a judge of the Court of Appeal, when the matter at issue is one which ought to be submitted to the Court of Appeal, particularly where, in the opinion of the judge, the matter at issue is a question of principle, a new issue or a question of law that has given rise to conflicting judicial precedents, (1) from any judgment or order rendered under the provisions of Book VI of this Code ; (2) from any judgment ruling on a motion to quash a seizure before judgment ; (3) from any judgment or order rendered in matters concerning execution ; (4) from any judgment rendered under article 846 ;

SECTION II DE LA COUR D'APPEL <i>(suite)</i>	SECTION II COURT OF APPEAL <i>(suite)</i>
4.1. les jugements qui rejettent une demande en justice en raison de son caractère abusif ; 5. les autres jugements finals de la Cour supérieure et de la Cour du Québec.	(4.1) from any judgment that dismisses an action because of its improper nature ; (5) from any other final judgment of the Superior Court or the Court of Québec.
SECTION I POUVOIRS GÉNÉRAUX	SECTION I GENERAL POWERS
46. Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.	46. The courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction. They may, at any time and in all matters, whether in first instance or in appeal, issue orders to safeguard the rights of the parties, for such time and on such conditions as they may determine. As well, they may, in the matters brought before them, even on their own initiative, issue injunctions or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to deal with cases for which no specific remedy is provided by law.
SECTION III DU POUVOIR DE SANCTIONNER LES ABUS DE LA PROCÉDURE	SECTION III POWER TO IMPOSE SANCTIONS FOR IMPROPER USE OF PROCEDURE
54.1. Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive. L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou querulente. Il peut aussi	54.1. A court may, at any time, on request or even on its own initiative after having heard the parties on the point, declare an action or other pleading improper and impose a sanction on the party concerned. The procedural impropriety may consist in a claim or pleading that is clearly unfounded, frivolous or dilatory or in conduct that is vexatious or quarrelsome. It may also consist in

SECTION III (<i>suite</i>)	SECTION III (<i>suite</i>)
résulter de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics.	bad faith, in a use of procedure that is excessive or unreasonable or causes prejudice to another person, or in an attempt to defeat the ends of justice, in particular if it restricts freedom of expression in public debate.
54.2. Si une partie établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit. La requête visant à faire rejeter la demande en justice en raison de son caractère abusif est, en première instance, présentée à titre de moyen préliminaire.	54.2. If a party summarily establishes that an action or pleading may be an improper use of procedure, the onus is on the initiator of the action or pleading to show that it is not excessive or unreasonable and is justified in law. A motion to have an action in the first instance dismissed on the grounds of its improper nature is presented as a preliminary exception.
54.3. Le tribunal peut, dans un cas d'abus, rejeter la demande en justice ou l'acte de procédure, supprimer une conclusion ou en exiger la modification, refuser un interrogatoire ou y mettre fin ou annuler le bref d'assignation d'un témoin. Dans un tel cas ou lorsqu'il paraît y avoir un abus, le tribunal peut, s'il l'estime approprié : 1^o assujettir la poursuite de la demande en justice ou l'acte de procédure à certaines conditions ; 2^o requérir des engagements de la partie concernée quant à la bonne marche de l'instance ; 3^o suspendre l'instance pour la période qu'il fixe ; 4^o recommander au juge en chef d'ordonner une gestion particulière de l'instance ; 5^o ordonner à la partie qui a introduit la demande en justice ou l'acte	54.3. If the court notes an improper use of procedure, it may dismiss the action or other pleading, strike out a submission or require that it be amended, terminate or refuse to allow an examination, or annul a writ of summons served on a witness. In such a case or where there appears to have been an improper use of procedure, the court may, if it considers it appropriate, (1) subject the furtherance of the action or the pleading to certain conditions ; (2) require undertakings from the party concerned with regard to the orderly conduct of the proceeding ; (3) suspend the proceeding for the period it determines ; (4) recommend to the chief judge or chief justice that special case management be ordered ; or (5) order the initiator of the action or pleading to pay to the other party,

SECTION III (<i>suite</i>)	SECTION III (<i>suite</i>)
de procédure de verser à l'autre partie, sous peine de rejet de la demande ou de l'acte, une provision pour les frais de l'instance, si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement.	under pain of dismissal of the action or pleading, a provision for the costs of the proceeding, if justified by the circumstances and if the court notes that without such assistance the party's financial situation would prevent it from effectively arguing its case.
54.4. Le tribunal peut, en se prononçant sur le caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, ordonner, le cas échéant, le remboursement de la provision versée pour les frais de l'instance, condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs. Si le montant des dommages-intérêts n'est pas admis ou ne peut être établi aisément au moment de la déclaration d'abus, il peut en décider sommairement dans le délai et sous les conditions qu'il détermine.	54.4. On ruling on whether an action or pleading is improper, the court may order a provision for costs to be reimbursed, condemn a party to pay, in addition to costs, damages in reparation for the prejudice suffered by another party, including the fees and extrajudicial costs incurred by that party, and, if justified by the circumstances, award punitive damages. If the amount of the damages is not admitted or may not be established easily at the time the action or pleading is declared improper, the court may summarily rule on the amount within the time and under the conditions determined by the court.
54.5. Lorsque l'abus résulte de la querulence d'une partie, le tribunal peut, en outre, interdire à cette partie d'introduire une demande en justice à moins d'obtenir l'autorisation du juge en chef et de respecter les conditions que celui-ci détermine.	54.5. If the improper use of procedure results from a party's quarrelsomeness, the court may, in addition, prohibit the party from instituting legal proceedings except with the authorization of and subject to the conditions determined by the chief judge or chief justice.
54.6. Lorsque l'abus est le fait d'une personne morale ou d'une personne qui agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui, les administrateurs et les dirigeants de la personne morale qui ont participé à la décision ou l'administrateur du bien d'autrui peuvent être condamnés personnellement au paiement des dommages-intérêts.	54.6. If a legal person or an administrator of the property of another resorts to an improper use of procedure, the directors and officers of the legal person who took part in the decision or the administrator may be ordered personally to pay damages.

CHAPITRE III.1 DES ACTIONS ET PROCÉDURES MANIFESTEMENT MAL FONDÉES OU FRIVOLES [Les articles 75.1 et 75.2 ont été abrogés par l'article 3 de L.Q. 2009, c. 12]	CHAPTER III.1 CLEARLY UNFOUNDED OR FRIVOLOUS ACTIONS AND PROCEEDINGS [Sections 75.1 and 75.2 were repealed by section 3 of L.Q. 2009, c. 12]
75.1. En tout état de cause, le tribunal peut, sur requête, rejeter une action ou une procédure si un interrogatoire tenu en vertu du présent code démontre que l'action ou la procédure est frivole ou manifestement mal fondée pour un motif autre que ceux que prévoit l'article 165 ou si la partie qui a intenté l'action ou produit la procédure refuse de se soumettre à un tel interrogatoire. Si la procédure ainsi rejetée est une défense, le défendeur est forclos de plaider.	75.1. At any stage of proceedings, the Court, on a motion, may dismiss an action or a proceeding if the examination held pursuant to this Code shows that the action or proceeding is frivolous or clearly unfounded, on a ground other than those provided in article 165, or if the party who instituted the action or filed the proceeding refuses to have such examination. If the proceeding dismissed under the first paragraph is a defence, the defendant is foreclosed from pleading.
75.2. Lorsqu'il rejette, dans le cadre de l'article 75.1, une action ou une procédure frivole ou manifestement mal fondée, le tribunal peut, sur demande, la déclarer abusive ou dilatoire. Il peut alors condamner la partie déboutée à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie si le montant en est établi. Lorsque le montant n'est pas établi au moment du jugement ou lorsqu'il excède la limite de compétence du tribunal, ce dernier peut réserver, dans le délai et aux conditions qu'il détermine, le droit de s'adresser par requête au tribunal compétent pour réclamer le montant des dommages-intérêts. Cette requête fait partie du dossier initial.	75.2. Where pursuant to article 75.1 the court dismisses a frivolous or clearly unfounded action or proceeding, it may, upon application, declare the action or proceeding excessive or dilatory. In that case, the court may order the unsuccessful party to pay damages in compensation for the prejudice suffered by another party if the amount thereof has been determined. Where, at the time of the judgment, the amount has not been determined or where it exceeds the monetary jurisdiction of the court, the latter may reserve, for the period of time and on the conditions it determines, the right of the party to apply by motion to the competent court to claim the amount of the damages. The motion forms part of the initial record.

SECTION III MOYENS DE NON-RECEVABILITÉ	SECTION III EXCEPTION TO DISMISS ACTION
165. Le défendeur peut opposer l'irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet : 1. S'il y a litispendance ou chose jugée ; 2. Si l'une ou l'autre des parties est incapable ou n'a pas qualité ; 3. Si le demandeur n'a manifestement pas d'intérêt ; 4. Si la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.	165. The defendant may ask for the dismissal of the action if : (1) There is <i>lis pendens</i> or <i>res judicata</i> ; (2) One of the parties is incapable or has not the necessary capacity ; (3) The plaintiff has clearly no interest in the suit ; (4) The suit is unfounded in law, even if the facts alleged are true.
TITRE II DE L'APPEL	TITLE II APPEAL
501. Dans les 10 jours qui suivent l'expiration du temps fixé pour comparaître, l'intimé peut, par requête, demander le rejet de l'appel, en raison : [...] 4.1. du fait que l'appel ne présente aucune chance raisonnable de succès ; 5. de son caractère abusif ou dilatoire. À défaut de rejeter l'appel pour les motifs prévus aux paragraphes 4.1 ou 5 du premier alinéa, la Cour peut assujettir cet appel aux conditions qu'elle détermine, notamment en exigeant de l'appelant qu'il fournisse un cautionnement conformément aux dispositions de l'article 497. La Cour peut rejeter une requête fondée sur les motifs prévus aux paragraphes 4.1 ou 5 du premier alinéa sans entendre les parties. [...]	501. Within 10 days following the expiration of the time fixed for appearance, the respondent may by motion ask for the dismissal of the appeal by reason of : [...] (4.1) the fact that the appeal has no reasonable chance of success ; (5) its improper or dilatory nature. Instead of dismissing the appeal for a reason set out in subparagraph 4.1 or 5 of the first paragraph, the Court may subject the appeal to such conditions as it may determine, particularly that the appellant furnish security pursuant to article 497. The Court may dismiss a motion for a reason set out in subparagraph 4.1 or 5 of the first paragraph without hearing the parties. [...]

TITRE II (<i>suite</i>)	TITLE II (<i>suite</i>)
524. La Cour peut, d'office ou à la requête d'une partie, déclarer dilatoire ou abusif un appel qu'elle rejette ou déclare déserté. Elle peut condamner l'appellant à payer les dommages-intérêts causés par cet appel si leur montant apparaît au dossier ou s'il est admis par les parties. Dans les autres cas, l'intimé peut, dans les 60 jours de la date du jugement de la Cour d'appel, réclamer des dommages-intérêts de l'appellant, par requête adressée à la Cour supérieure ou à la Cour du Québec, selon le montant réclamé. Le greffier des appels, sur réception d'une copie de la requête, transmet le dossier au greffe du tribunal auquel la requête s'adresse.	524. The Court may, <i>ex officio</i> or on motion of a party, declare dilatory or abusive an appeal that it dismisses or declares abandoned. It may condemn the appellant to pay the damages caused by the appeal if their amount appears in the record or is accepted by the parties. In other cases, the respondent may, within 60 days of the date of the judgment of the Court of Appeal, claim damages from the appellant, by motion addressed to the Superior Court or the Court of Québec, according to the amount claimed. Upon receipt of a copy of the motion, the clerk of appeals transmits the record to the office of the court to which the motion is addressed.

CHRONIQUE

DROIT CIVIL

Robert P. GODIN*

Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec*

Deuxième partie

« ...we say we are intelligent, but what intelligent creature, knowing that water is a sacred, life-giving element, would use water as a toxic dump ? We are water, and whatever we do to water, we do to ourselves. »

– David Suzuki**

Rappel

Dans une première chronique parue l'an dernier dans cette Revue¹, nous avons considéré la notion d'*intérêt général* qui sous-tend la mise en œuvre des recours très exceptionnels que le législateur de 1991 a introduits dans le *Code civil du Québec* aux termes de l'article 982². Nous nous sommes intéressés à recher-

cher une définition de cette notion qui serait plus représentative de l'évolution sociale que nous connaissons depuis les dernières années. En effet, le clivage qui existe de plus en plus entre l'expression du législateur sous forme de lois et de règlements, d'une part, et les choix exprimés par la population par l'entremise de groupes de pression de toutes sortes, d'autre part, permet de constater

* Professeur auxiliaire à la Faculté de droit de l'Université McGill et Senior Wainwright Fellow. L'auteur tient à remercier très sincèrement Rodrigo Garcia, étudiant en deuxième année à la Faculté de droit de l'université McGill, pour le travail assidu et empressé qu'il a fourni en tant qu'assistant à la recherche. L'auteur tient également à remercier la Fondation Wainwright pour la subvention à la recherche qu'elle a accordée aux fins de ce *Commentaire*.

** David SUZUKI, *The Legacy – An elder's vision for our sustainable future*, Vancouver, Greystone Books, 2010, p. 77.

1. Robert P. GODIN, « L'intérêt général – Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* ou « JE PUISE, MAIS N'ÉPUISE », 69 *Revue du Barreau*, Printemps 2010, p. 137.

2. Art. 982 C.c.Q. « À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général, celui qui a droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante, peut, de façon à éviter la pollution ou l'épuisement de l'eau, exiger la destruction ou la modification de tout ouvrage qui pollue ou épuise l'eau. »

qu'il existe sinon un certain scepticisme de la part de la population face à la classe politique, tout au moins un désir de faire reconnaître des valeurs bien différentes de celles qui sont souvent véhiculées par les gouvernements en place. Nous avons donc proposé un point de vue plus dynamique au processus de détermination de ce que peut constituer *l'intérêt général*, dans chaque situation particulière. Il devrait alors être possible de tenir compte à la fois du rôle traditionnel du législateur ainsi que des objectifs de la population qui peuvent alors trouver leur expression par l'entremise de mécanismes de droit privé qui leur offrent un encadrement à la fois efficace et flexible, conforme à la *règle de droit* qui demeure bien sûr fondamentale.

* * * * *

Sujets abordés

Nous voulons maintenant poursuivre notre étude de l'article 982 C.c.Q.³ et porter notre attention sur certains autres aspects de cette disposition du « Livre des Biens ».

À partir du texte même de cet article, nous aborderons les quatre sujets suivants :

1. Qui est « Celui qui a droit à l'usage... » ?
2. De quelle « eau » s'agit-il ?
3. Comment qualifier la nature et quantifier le degré de pollu-

tion » ou de l'« épuisement » afin de justifier le recours en destruction ou en modification ?

4. Comment régler les conflits inévitables entre les dispositions des « lois spéciales » et le « droit commun » ?

1. Celui qui a droit à l'usage...

L'article 982 C.c.Q.⁴ désigne la personne (physique ou morale) qui peut se prévaloir du recours prévu à cet article :

Celui qui a droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante... (Nous soulignons)

Bien que cette désignation soit extrêmement large, elle n'est pas sans limites.

Au départ, il faut garder à l'esprit le fait que cette disposition se trouve dans le chapitre qui traite des *Règles particulières à la propriété immobilière*⁵ et l'article 982 C.c.Q.⁶ se trouve dans la section III de ce chapitre. Dans une certaine mesure, il faudra considérer les notions de proximité et celles se rapportant généralement aux relations entre voisins, tout en évitant de restreindre l'application de cette disposition uniquement à ceux qui détiennent des droits réels dans les immeubles concernés⁷.

3. Voir *supra*, note 2.

4. Voir *supra*, note 2.

5. Art. 976 à 1008 C.c.Q.

6. Voir *supra*, note 2.

7. Voir *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64, [2008] A.C.S. n° 65, par. 83. Voir aussi : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007 et généralement, Robert P. GODIN,

Dans un premier temps, on pourrait donc dire que le recours prévu à l'article 982 C.c.Q.⁸ s'attarde à régler un cas de trouble de voisinage bien précis, un conflit entre voisins qui survient à l'occasion de « [l']usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante ». Il faudra alors tenir compte du principe clairement énoncé à l'article 976 C.c.Q., celui de l'acceptation par les voisins des « 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 »⁹.

Mais il ne nous semble pas que le recours prévu à l'article 982 C.c.Q.¹⁰ soit limité exclusivement aux voisins immédiats. Le *droit à l'usage* dont il est question ici peut résulter de relations juridiques qui existent en dehors de l'espace habituellement compris dans la définition limitative de « *voisins* ».

Le *droit à l'usage* de l'article 982 C.c.Q.¹¹ ne doit pas être assimilé à l'*Usage*, parent pauvre de l'usufruit, qui fait l'objet des règles énoncées aux articles 1172 C.c.Q. à 1176 C.c.Q. L'*Usage* est d'une application restreinte, il est un vestige du *Code civil du Bas-Canada*¹² et de l'ancien droit, trouvant sa raison d'être dans une vision de la famille et de la dévolution successorale propres à une époque entièrement révolue.

Il est sans doute exact de dire que l'accès à l'eau potable est maintenant reconnu comme un droit fondamental, comme si ce droit fondamental n'avait pas toujours existé, par la nature même de la vie et des choses. Ainsi, le 28 juillet 2010, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait, par un vote de 122 votes pour, 0 contre et 41 abstentions¹³, la résolution suivante¹⁴ :

Déclare que le droit à une eau potable salubre et propre est un

« Limitations à l'exercice du droit de propriété – Abus de droit et troubles de voisinage », fascicule 8, *Biens et publicité des droits*, JurisClasseur Québec, LexisNexis Canada inc., 2009, aux numéros 15 et s.

8. Voir *supra*, note 2.

9. Art. 976 C.c.Q. : « 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. ». L'article 976 C.c.Q. est une disposition générale applicable à l'ensemble du chapitre III du titre 2 du livre 4. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec – Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 573 : « Cet article [976 C.c.Q.] est nouveau. Il pose le principe de la tolérance que l'on se doit dans les rapports de voisinage et le codifie dans une disposition générale qui coiffe l'ensemble du chapitre et le sous-tend... ». (Nous soulignons)

10. Voir *supra*, note 2.

11. Voir *supra*, note 2.

12. Art. 487 et s. *Code civil du Bas-Canada*.

13. Assemblée générale, 64^e session, 108^e séance plénière – matin, 28/7/2010, AG / 10967. Le Canada comptait parmi les pays qui se sont abstenus : « Le représentant du Canada a déclaré que le droit à l'accès à l'eau et à l'assainissement n'était pas codifié de manière explicite au niveau international et qu'il était par conséquent prématuré de déclarer l'existence de ce droit, alors qu'il n'y a pas encore de consensus sur cette question au niveau international. C'est pourquoi le Canada s'est abstenu, a-t-il dit. »

14. AG/10967.

droit fondamental, essentiel au plein exercice du droit à la vie et de tous les droits de l'homme.

Déjà, au Québec, dans une facture plus timide et moins généreuse, le législateur québécois adoptait essentiellement le même principe, au premier alinéa de l'article 2 de *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*¹⁵ :

2. Dans les conditions et les limites définies par la loi, chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable.

Dans l'un et dans l'autre cas, ces droits, même s'ils sont reconnus comme étant des droits fondamentaux et essentiels à la vie, ne peuvent

pas en eux-mêmes constituer les seules bases du « droit à l'usage » de l'article 982 C.c.Q., bien qu'ils aient une influence directe sur la détermination de ce que pourra constituer « l'intérêt général ».

Le droit d'accès décrit à l'article 2 de la *Loi sur l'eau*, est tout de même encadré et tempéré par « les conditions et les limites définies par la loi », même lorsqu'il est question de l'alimentation et l'hygiène d'une personne physique¹⁶.

Parmi ces conditions et limites, il faudra également tenir compte des règles touchant à l'étendue du droit de propriété, en particulier celles qui sont énoncées aux articles 920¹⁷, 952¹⁸ et 953¹⁹ C.c.Q. et à celles se rapportant à l'eau, nommément les articles 979²⁰, 980²¹, 981²² et

15. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2 (ci-après la « *Loi sur l'eau* »).
16. Voir Madeleine CANTIN CUMYN, « L'eau, une ressource collective : portée de cette désignation dans la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* », (2010) 51 *Les Cahiers de Droit* 595, 607 où l'auteure fait référence aux nouvelles dispositions sur les prélèvements d'eau douce ajoutés à la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, aux articles 31.74 à 31.87 aux termes de l'article 19 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.Q. 2009, c. 21.
17. Art. 920 C.c.Q. : Toute personne peut circuler sur les cours d'eau et les lacs, à la condition de pouvoir y accéder légalement, de ne pas porter atteinte aux droits des propriétaires riverains, de ne pas prendre pied sur les berges et de respecter les conditions d'utilisation de l'eau.
18. Art. 952 C.c.Q. : Le propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voie d'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.
19. Art. 953 C.c.Q. : Le propriétaire d'un bien a le droit de le revendiquer contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit ; il peut s'opposer à tout empiètement ou à tout usage que la loi ou lui-même n'a pas autorisé.
20. Art. 979 C.c.Q. : Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement. Le propriétaire du fonds inférieur ne peut élever aucun ouvrage qui empêche cet écoulement. Celui du fonds supérieur ne peut aggraver la situation du fonds inférieur ; il n'est pas présumé le faire s'il effectue des travaux pour conduire plus commodément les eaux à leur pente naturelle ou si, son fonds étant voué à l'agriculture, il exécute des travaux de drainage.
21. Art. 980 C.c.Q. : Le propriétaire qui a une source dans son fonds peut en user et en disposer. Il peut, pour ses besoins, user de l'eau des lacs et étangs qui sont entièrement sur son fonds, mais en ayant soin d'en conserver la qualité.
22. Art. 981 C.c.Q. : Le propriétaire riverain peut, pour ses besoins, se servir d'un lac, de la source tête d'un cours d'eau ou de tout autre cours d'eau qui borde ou traverse

982²³ C.c.Q. Également, certaines dispositions de la *Loi sur le régime des eaux*²⁴, de la *Loi sur la qualité de l'environnement*²⁵, de la *Loi sur les mines*²⁶, des lois afférentes au monde municipal et des lois portant sur la gestion des cours d'eau et des barrages, viendront établir à la fois des droits à l'accès, mais également des restrictions et des modalités quant à l'exercice de ces droits²⁷.

Enfin, le « droit à l'usage » dont il est fait mention ici pourrait très

bien résulter d'une convention ou même de l'établissement d'une servitude réelle de la nature d'un droit de puisage sur un fonds au bénéfice d'un autre fonds.

C'est donc à partir de la détermination de la source du « droit à l'usage » dont peut se prévaloir l'usager qu'il sera possible de satisfaire, en partie tout au moins, les exigences de l'article 55 du *Code de procédure civile*²⁸. Le recours prévu à l'article 982 C.c.Q.²⁹ doit

son fonds. À la sortie du fonds, il doit rendre ces eaux à leur cours ordinaire, sans modification importante de la qualité et de la quantité de l'eau.

Il ne peut, par son usage, empêcher l'exercice des mêmes droits par les autres personnes qui utilisent ces eaux.

23. Voir *supra*, note 2.

24. L.R.Q., c. R-13. Voir, par exemple l'article 5 : « 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, pour cette fin, y faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonctionnement, telles que canaux, écluses, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables. »

25. L.R.Q., c. Q-2.

26. L.R.Q., c. M-13.1. Voir par exemple les articles 237 et 238. Art. 237 : « Le titulaire de droit minier ou le propriétaire de substances minérales peut, pour ses activités minières et conformément à la loi, détourner ou drainer l'eau et enlever les boues couvrant un terrain submergé par un marécage, un lac ou un cours d'eau. » Article 238 : « L'exploitant peut, aux fins d'exploitation minière et conformément à la loi :
1^o aménager un cours d'eau pour le rendre navigable ;
2^o construire un canal reliant des cours d'eau pour aménager une voie de transport nécessaire à l'exploitation ;
3^o prendre de l'eau à toute source d'approvisionnement en respectant les droits de toute autre personne sur cette source ;
4^o détourner l'eau d'un cours d'eau afin d'exploiter des placers contenant des minéraux. »

27. Voir l'étude de Suzanne COMTOIS et Bianca TURGEON, « L'eau, chose commune à l'usage de tous : l'État québécois a-t-il les moyens de donner effet à ce statut ? », (2010) 51 *Les Cahiers de Droit* 617.

28. L.R.Q., c. C-25, art. 55. « Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant. ». Voir également Charlotte LEMIEUX, « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation », (1992) 23 *R.D.U.S.* 191 : « Si le seul droit à l'usage de l'eau devait conférer l'intérêt requis, l'article 982 C.c.Q. constituerait à coup sûr une révolution apparente. Une révolution, car reconnaître l'intérêt requis à des demandeurs n'exerçant pas effectivement leur droit d'usage de l'eau, et pouvant même être dans l'impossibilité de l'exercer, donnerait à chacun un droit de regard sur les constructions d'autrui. Mais une révolution apparente, car la limite de l'intérêt général empêcherait le recours innovateur de s'appliquer aux ouvrages et constructions jugées d'intérêt général. » (Références omises)

29. Voir *supra*, note 2.

donc se situer dans un cadre précis de l'exercice d'un *droit à l'usage* identifié et dont on peut tracer les limites. L'obligation d'en établir la base incombera au demandeur³⁰.

Par ailleurs, la nature du « *droit à l'usage* » dont il est question ici devra être qualifiée, car il deviendra nécessaire de pouvoir comparer et juger de l'importance relative d'usages conflictuels.

2. De quelle eau s'agit-il ?

Le texte de l'article 982 C.c.Q.³¹ sur cette question nous donne une description très large de ce sur quoi porte cette disposition.

En effet, la protection est accordée à l'*usager*

- d'une source ;
- d'un lac ;

- d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine ;
- d'une eau courante.

Aucune distinction n'est faite entre l'eau de surface et l'eau souterraine, ce qui est conforme à la législation actuelle³² et à la doctrine³³. En réalité, c'est l'usage de l'eau sous à peu près toutes ses formes qui peut bénéficier de la protection accordée par cette disposition. Le champ d'action possible du recours prévu est très large, plus large d'ailleurs que ce qui est prévu à l'article 980 C.c.Q. (« Le propriétaire qui a une source... »)³⁴ ou à l'article 981 C.c.Q. (« Le propriétaire riverain peut... »)³⁵. Il est donc surprenant que très peu de recours aient été entrepris sur la base de l'article 982 C.c.Q.³⁶ depuis 1994, date de sa mise en vigueur³⁷.

30. Voir Charlotte LEMIEUX, « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : Problèmes d'interprétation », (1992) 23 *R.D.U.S.* 191, « La conséquence de son [l'article 982 C.c.Q.] autonomie et de sa généralité pourrait être de le rendre disponible à toute personne ayant droit à l'usage de l'eau sous toutes ses formes descriptives, ce qui pose la question de l'intérêt à poursuivre. Sans doute faut-il raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit soulevée, en particulier dans des causes types portées devant les tribunaux par les groupes de protection de l'environnement, qui se verront opposer leur intérêt insuffisant et indistinct. Ces derniers pourraient faire valoir que toute personne a l'intérêt requis en vertu de l'article 55 C.p.c. et en satisfait les conditions, puisque chacun a droit à l'usage de l'eau, ou encore que l'article 982 lui-même accorde l'intérêt requis, du seul fait qu'il est ouvert à « celui qui a droit à l'usage de l'eau. Dans la même veine, l'article 980, al. 2 pourrait leur servir à démontrer que toute personne a un intérêt suffisant à poursuivre lorsque la qualité de l'eau est menacée, à défaut de quoi il s'agirait d'un article inapplicable, puisqu'il créerait alors une obligation dépourvue de bénéficiaire. » Voir aussi Monique LUSSIER, « De certaines notions et recours de droit civil en matière de responsabilité environnementale extracontractuelle », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, 1999, EYB1999DEV136.

31. Voir *supra*, note 2.

32. *Loi sur l'eau*, art. 1, *supra*, note 15.

33. Madeleine CANTIN CUMYN, *supra*, note 16.

34. Voir *supra*, note 21.

35. Voir *supra*, note 2.

36. Voir *supra*, note 2.

37. La jurisprudence que nous avons pu recenser ne fait en général qu'une référence indirecte au recours prévu à l'article 982 C.c.Q. Il n'y a que dans l'affaire *Roy c.*

Ce n'est donc pas de la *propriété* de l'eau qu'il s'agit ici, mais bien de son *usage*. Depuis longtemps, l'eau de surface était considérée comme une *res communis*³⁸ et le débat qui a perduré concernant la propriété de l'eau souterraine semble maintenant clos. S'il subsistait encore un doute, l'article 1 de la *Loi sur l'eau*³⁹ déclare expressément ce qui suit :

1. Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise.

Ainsi que l'énonce l'article 913 du Code civil, leur usage est commun à tous et elles ne peuvent faire l'objet d'appropriation, sauf dans les conditions définies par cet article.⁴⁰

Cette précision qu'a apportée le législateur est d'une importance capitale, car elle permet de traiter les problèmes touchant à l'eau souterraine sans égard aux droits que pouvaient prétendre les propriétaires de surface qui se voyaient erronément reconnaître un droit de propriété de l'eau souterraine selon le vieil adage qui veut que le propriétaire du dessus soit égale-

ment propriétaire du dessous, donc de l'eau souterraine⁴¹.

3. Comment définir la « pollution » et l'« épuisement » à la base du recours en destruction ou en modification ?

Les termes *pollution* et *épuisement* utilisés dans l'article 982 C.c.Q.⁴² ne sont pas définis dans le Code civil. Quels seront les principes qui devront guider un juge dans l'appréciation d'un recours basé sur cet article pour lui permettre de déterminer si le degré de *pollution* ou d'*épuisement* évoqué par le demandeur peut justifier l'application d'un recours qui demeure extraordinaire, soit la destruction ou la modification d'ouvrages fautifs ?

Une solution évoquée à quelques reprises par la doctrine et la jurisprudence consiste à préconiser le recours aux définitions « objectives » qui se trouvent dans les lois environnementales.

Par exemple, Me Anne-Marie Sheahan, dans l'article qu'elle écrivait en 1994⁴³, suggère qu'il y a lieu de s'inspirer des lois et règlements en

Tring-Jonction, AZ-01021419, J.E. 2001-769, [2001] R.R.A. 806 (rés.) (ci-après *Tring-Jonction*) où la question a été considérée directement par le juge Pelletier qui met de côté le recours en démolition ou en modification pour des questions d'intérêt général.

38. *Morin c. Morin*, [1998] R.J.Q. 23 (C.A.).

39. Voir *supra*, note 15.

40. Voir aussi Madeleine CANTIN CUMYN, *supra*, note 16.

41. Art. 951 C.c.Q. Nous verrons *infra* que la *Loi sur les mines*, S.R.Q., c-M-13.1, vient considérablement modifier l'application de cette règle générale.

42. Voir *supra*, note 2.

43. Anne-Marie SHEAHAN, « Le nouveau Code civil du Québec et l'environnement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, 1994, EYB1994DEV9, p. 9 : « ...il sera intéressant de prendre connaissance de l'interprétation qui sera donnée par les tribunaux à l'expression « pollution de l'eau ». Il nous semble qu'en l'absence de définition de ce terme dans le Code civil du Québec, les tribunaux auront tendance

matière environnementale ainsi que de la jurisprudence ayant interprété l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁴⁴.

Dans l'affaire *Tring Jonction*, le juge Pelletier prend essentiellement la même position, tout en étant plus catégorique sur le fait que la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁴⁵ devrait avoir préséance⁴⁶.

Par contre dans l'affaire du *Lac Mercier*⁴⁷, le juge Louis Crête nous propose une interprétation plus flexible des termes « polluer », « pollution » et « polluant », basée à la fois sur les définitions du Petit Robert et sur la jurisprudence portant sur l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁴⁸.

à s'inspirer des lois et règlements en matière d'environnement qui en précisent la portée. À titre d'exemple, l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoit la prohibition de rejeter des contaminants lorsque la présence de ceux-ci dans l'environnement est prohibée par règlement, lorsque leur rejet est interdit au-delà de concentrations établies par règlement ou lorsque leur rejet est susceptible de modifier ou d'altérer la qualité de l'environnement. Les tribunaux pourraient s'inspirer de la jurisprudence ayant déjà interprété de telles dispositions. » (Références omises).

44. L.R.Q., c. Q-2.

45. L.R.Q., c. Q-2.

46. *Supra*, note 24, par. 135 et 136 : « 135. Dans un premier temps, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas lieu dans la présente cause d'ordonner la destruction ou la modification des ouvrages d'assainissement. L'article 982 C.c.Q. subordonne à l'intérêt général le droit du propriétaire d'empêcher la pollution, ce qui nous ramène à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, sujet traité précédemment. On peut cependant ajouter les commentaires qui suivent. 136. Toute activité humaine est susceptible d'engendrer de la pollution et la *Loi sur la qualité de l'environnement* a précisément pour objet d'encadrer et de limiter la pollution à ce qui est strictement requis dans l'intérêt général. »

47. *Association des résidents du lac Mercier inc. c. Paradis*, [1996] R.J.Q. 2370, [1996] R.D.I. 597 (rés.), juge Louis Crête.

48. L.R.Q., c. Q-2. *Supra*, note 45, par. 58, 59, 71 et 72 : « 58 L'article 982 C.c.Q. prévoit la possibilité de demander la destruction ou la modification d'un ouvrage qui pollue ou épuise l'eau. La première question est donc de savoir si le parc linéaire situé sur l'emprise constitue un tel ouvrage polluant. On ne trouve à l'article 982 C.c.Q. aucune définition, aucune description ni aucune balise permettant de déterminer ce qu'il faut entendre ici par pollution ni, surtout, le degré requis pour qu'une pollution donnée puisse conférer le droit d'exiger la destruction ou la modification de l'ouvrage qui en serait la cause.

59 Le Petit Robert donne des mots « polluer », « pollution » et « polluant » les définitions suivantes :

Polluer : [...] Dégrader l'environnement, de quelque manière que ce soit.

Pollution : [...] Dégradation d'un milieu par l'introduction d'un polluant.

Polluant : [...] Agent (physique, chimique ou biologique) provoquant une dégradation dans un milieu donné.

71 Comme on l'a indiqué plus haut, le législateur n'a pas précisé à l'article 982 C.c.Q. le degré de pollution requis pour pouvoir conférer aux personnes intéressées le droit de demander la destruction ou la modification de l'ouvrage qui en est la cause. Me Sheahan estime, pour sa part, que les tribunaux pourraient s'inspirer de la jurisprudence ayant interprété l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Il s'agirait, dans le cas qui nous occupe ici, de l'article 20 « *in fine* », puisque manifestement les deux premières parties de cet article n'ont aucune pertinence en l'espèce.

À partir de ces définitions, le tribunal est venu à la conclusion que les demandeurs n'avaient pas établi qu'il existait un degré suffisant de « pollution » aux fins du recours prévu à l'article 982 C.c.Q.⁴⁹. Mais ce qui est intéressant, c'est que le juge Crête s'inspire des définitions tirées à la fois du langage courant (Petit Robert), tout en se référant à la partie générale de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁵⁰.

Pour ce qui est de l'épuisement dont parle l'article 982 C.c.Q.⁵¹, il existe une abondante source de données techniques portant sur les méthodes hydrologiques pour calculer les taux d'utilisation et de recharge des eaux souterraines ainsi que de l'utilisation des eaux de surface⁵².

Dans les cas où il s'agira de régler des litiges entre des voisins selon les règles applicables aux troubles de voisinage, le tribunal, en analysant la preuve de « pollution » ou d'« épuisement », devra

tenir compte également du « seuil de tolérance » qui doit exister entre voisins.

Comme le mentionnait le juge Crête dans l'affaire du *lac Mercier* ci-dessus⁵³, il faudra tout d'abord que le demandeur démontre que la dégradation est « plus que négligeable ». Mais nous croyons qu'il faudra également que les impacts de cette *pollution* ou de cet *épuisement* aient fait subir au demandeur des inconvénients anormaux de voisinage qui excèdent les limites de la tolérance que les voisins se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, sans être tenus, toutefois, de démontrer une faute quelconque de la part des défendeurs⁵⁴.

M^e Michel Bélanger, dans un article portant sur la décision *Ciment du St-Laurent*⁵⁵, est d'avis que la normalité dont il est question à l'article 976 C.c.Q.⁵⁶ ne devrait pas être déterminée en référence à la réglementation ou à l'autorisation administrative⁵⁷.

72 Comme on l'a vu plus haut en parlant de la portée d'une disposition semblable à l'article 20 « in fine » de la Loi, la Cour suprême du Canada a insisté sur la nécessité de démontrer une dégradation significative ou « plus que négligeable » de l'environnement naturel pour pouvoir mettre en œuvre les sanctions draconiennes attachées par la *Loi à la pollution appréhendée*. »

49. Voir *supra*, note 2.

50. L.R.Q., c. Q-2, art. 20, deuxième alinéa : « ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens. »

51. Voir *supra*, note 2.

52. Voir, par exemple, les références techniques fournies par le *Centre d'expertise hydrique du Québec*.

53. *Supra*, note 45.

54. Art. 976 C.c.Q. Voir *supra*, note 9.

55. Voir *supra*, note 7.

56. Voir *supra*, note 9.

57. Michel BÉLANGER, « L'après-*Ciment St-Laurent* pour les recours collectifs en environnement », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, 2009, EYB2009DEV1609 : « Au plan

Et le professeur Lafond d'ajouter qu'en fin de compte les règles qui encadrent l'octroi d'un permis ou d'une autorisation ne sont pas nécessairement applicables aux situations qui surviennent dans le domaine privé⁵⁸.

Les mêmes principes devraient s'appliquer lors de l'interprétation des termes « pollution » et « épuisement » de l'article 982 C.c.Q.⁵⁹.

4. Conflits « lois spéciales » « droit commun ».

Il faut avoir l'audace de le dire – maigre audace au demeurant – puisque c'est la Disposition préliminaire elle-même qui le dit : le Code civil n'est pas un code de droit privé ; c'est un code de droit commun, qui n'a pas le droit privé pour objet exclusif.⁶⁰

À plusieurs reprises, nous avons évoqué les conflits qui peuvent exister entre les dispositions du *Code civil du Québec* et des dispositions des lois spéciales. Nous avons déjà brièvement fait état de cette question ailleurs⁶¹ ainsi que dans la première partie de ce *Commentaire*⁶².

C'est une question complexe dont l'analyse en profondeur dépasse certainement les paramètres de ce *Commentaire*. Mais comme elle demeure d'une grande importance, nous croyons qu'il est utile d'y revenir ici brièvement, surtout que des événements récents ont alimenté notre réflexion et notre imagination.

Déjà en 1999, Me Monique Lusier voyait en l'article 982 C.c.Q.⁶³

strictement juridique on ne peut souscrire à cette proposition qui aurait indirectement pour effet de rétablir le régime de responsabilité pour faute, ou du moins revenir à la confusion dans le fondement du régime de l'article 976 C.c.Q. Si la normalité devait être établie par la norme réglementaire ou l'autorisation administrative, cela reviendrait à dire que seule une contravention à ces normes ou autorisations donnerait ouverture à une responsabilité sous l'article 976 C.c.Q. ».

58. Pierre-Claude LAFOND, « L'heureuse alliance des troubles de voisinage et du recours collectif : portée et effets de l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », (2009) 68 *R. du B.* 385 : « Le législateur, malgré le fait qu'il est présumé adopter des règles dans l'intérêt public, ne peut tenir compte de chacune des situations particulières pouvant survenir dans le domaine privé entre deux parties. De surcroît, ces règles sont en fait des balises et non pas des dogmes immuables. Ces mêmes balises, si elles peuvent assurément servir de guides, ne doivent pas devenir l'unique référence, car il en résulterait une analyse tronquée des questions juridiques soumises aux tribunaux. En suivant ce raisonnement, quiconque réglerait sa conduite sur les conditions d'octroi d'un permis, par exemple, pourrait poursuivre son activité polluante malgré les conséquences que cela entraînerait pour le voisinage, tout simplement parce que le permis qu'il détient l'y autorise. La Cour suprême ne partage pas cette approche de la prédominance des normes réglementaires. »

59. Voir *supra*, note 2.

60. Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *Revue de droit de McGill* 539-65.

61. Robert P. GODIN, « Limitations à l'exercice du droit de propriété – Abus de droit et troubles de voisinage », fascicule 8, Biens et publicité des droits, JurisClasseur Québec, LexisNexis Canada inc., 2009, par. 100 et s.

62. Robert P. GODIN, « L'intérêt général – Commentaire sur l'article 982 du *Code civil du Québec* ou « JE PUISE, MAIS N'ÉPUISE », (printemps 2010) 69 *Revue du Barreau*, Printemps 137.

63. Voir *supra*, note 2.

une source distincte de recours civils en matière environnementale⁶⁴. Et plus récemment, dans la foulée de l'après-*Ciment du St-Laurent*, Michel Bélanger faisait le commentaire que les deux domaines n'étaient pas mutuellement exclusifs⁶⁵.

Dans cette perspective, nous sommes amenés à considérer la situation difficile, tant en droit que dans la réalité du quotidien, qui résulte de l'exploitation minière sur le territoire du Québec, plus particulièrement dans la vallée du Saint-Laurent, où il peut se pro-

duire des conflits entre les propriétaires fonciers du domaine privé et les exploitants détenant des droits miniers en tréfonds.

La définition et les particularités de la relation qui existe entre le propriétaire foncier et le détenteur de droits miniers n'ont malheureusement pas fait l'objet d'une réflexion trop approfondie de la part du législateur, ni de celle de la doctrine⁶⁶.

Les dispositions de la *Loi sur les mines*⁶⁷ définissent, dans un premier temps, la nature juridique de certains droits miniers et les articles 8 et

64. Monique LUSSIER, « De certaines notions et recours de droit civil en matière de responsabilité environnementale extracontractuelle », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, 1999, EYB1999DEV136 : « Il semble que le législateur cherche à restreindre ou contrôler l'usage qui peut être fait de l'eau et partant, en cas de violation, à conférer une possibilité plus étendue de recours civils devant les tribunaux de droit commun pour protéger tant la qualité que la quantité de l'eau au Québec.

Bien plus, le nouveau Code a, à ce titre, créé un nouveau recours inédit, lequel existe en vertu de certains critères et peut donner lieu à des conclusions de destruction ou de modification de tout ouvrage (art. 982 C.c.Q.). »

65. Michel BÉLANGER, « L'après-*Ciment St-Laurent* pour les recours collectifs en environnement », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, 2009, EYB2009DEV1609 : « Il apparaît étonnant que par une simple procédure d'autorisation l'État viendrait limiter, au bénéfice de certains usagers, le droit des voisins qui en seraient affectés et ce, sans autre indemnisation... D'ailleurs, cette réalité environnementale a été prise en compte par la jurisprudence et la doctrine, qui reconnaissent généralement qu'une autorisation administrative de polluer délivrée au terme du droit statutaire ne limite en rien les recours civils. » (Références omises)

66. Voir Denys-Claude LAMONTAGNE, *Bien et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, par. 213 et les références y mentionnées. Voir aussi Pierre LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec-Traité de droit domanial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 240 et s.

67. L.R.Q., c. M-13.1. À la date de la publication de ce *Commentaire*, le législateur québécois avait déjà indiqué son intention d'amender la *Loi sur les mines*. En effet, le 12 mai 2011, le projet de loi no. 14, *Loi sur la mise en valeur des ressources minérales dans le respect des principes du développement durable*, était déposé en première lecture à l'Assemblée nationale et la Commission de l'agriculture, des pêcheries, de l'énergie et des ressources naturelles devait tenir une consultation particulière sur ce projet de loi qui modifie la *Loi sur les mines* à plusieurs égards. Entre autres, « ce projet de loi instaure des dispositions qui permettent au ministre de soustraire certaines zones à l'activité minière et de refuser d'accorder certains types de droits miniers afin d'éviter les conflits avec d'autres utilisations du territoire » (Notes explicatives). Lors de la lecture de ce *Commentaire*, le lecteur devra donc tenir compte des nouvelles dispositions de cette loi, le cas échéant, après leur adoption.

9 de cette Loi en font des droits réels immobiliers qui constituent une propriété distincte⁶⁸.

Comme le fait remarquer le professeur Lamontagne⁶⁹, le texte de l'article 951 C.c.Q. n'est que partiellement exact si l'on tient compte de ces dispositions de la *Loi sur les mines*⁷⁰.

Aux termes de la *Loi sur les mines*⁷¹ c'est l'État qui est propriétaire des droits miniers qui se trouvent dans le tréfonds, sous réserve de

certaines exceptions⁷², et la *Loi sur les mines*⁷³ prévoit que l'État peut accorder des droits d'exploitation pour l'extraction et la mise en valeur des « substances minérales »⁷⁴, selon les modalités prévues à cette Loi.

Par ailleurs, la *Loi sur les mines*⁷⁵ accorde à l'exploitant minier des droits exorbitants du droit commun, en particulier des droits d'expropriation afin d'obtenir, contre le gré du propriétaire de surface, le cas échéant, des droits d'accès permettant à l'exploitant d'entreprendre les

68. 8. Sont des droits réels immobiliers les droits miniers conférés au moyen des titres suivants :

- claim ;
- permis d'exploration minière ;
- bail minier ;
- concession minière ;
- permis de recherche dans les fonds marins ;
- bail d'exploitation dans les fonds marins ;
- permis de recherche de substances minérales de surface ;
- bail d'exploitation de substances minérales de surface ;
- permis de recherche de pétrole, de gaz naturel et de réservoir souterrain ;
- bail d'exploitation de pétrole et de gaz naturel ;
- autorisation d'exploiter de la saumure ;
- bail d'exploitation de réservoir souterrain.

9. Tout droit minier, réel et immobilier constitue une propriété distincte. (Nous soulignons)

69. Denys-Claude LAMONTAGNE, *supra*, note 64, par. 59 : « La propriété du sol emporte celle du dessous, c'est-à-dire notamment que le propriétaire peut excaver son terrain, construire, etc. (art. 951 C.c.Q.). Mais, il reste que le tréfonds ou sous-sol est un volume en soi, un amalgame de minéraux, qui relève généralement du droit de propriété de l'État. Ce volume doit être considéré comme un immeuble par nature, détaché juridiquement du fonds de terre. Les minéraux conservent leur caractère immobilier tant qu'ils ne sont pas extraits du tréfonds, donc détachés matériellement, sinon par anticipation (art. 900, 2^e alinéa C.c.Q.). »

70. L.R.Q., c. M-13.1.

71. L.R.Q., c. M-13.1.

72. Voir *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1, art. 3, 4 et 5. Sous réserve, également, des conclusions possibles d'une analyse détaillée et critique de la *Loi sur la révocation des droits de mine et modifiant la Loi sur les mines*, L.Q. 1982, c. 27, tel qu'amendée. Voir la description de cette Loi dans Pierre LABRECQUE, *op. cit.*, note 64, p. 234 et s.

73. L.R.Q., c. M-13.1.

74. L.R.Q., c. M-13.1, art. 1. : « substances minérales » les substances minérales naturelles, solides, liquides à l'exception de l'eau, gazeuses ainsi que les substances organiques fossilisées ; ».

75. L.R.Q., c. M-13.1.

travaux nécessaires dans le tréfonds. C'est ce qui est prévu aux articles 235 et 236 de la *Loi sur les mines*⁷⁶, droits qui violent le grand principe énoncé à l'article 952 C.c.Q.⁷⁷ puisqu'il n'est pas question ici « d'une cause d'utilité publique ».

Toute la polémique récente entourant l'exploitation du gaz de schiste a fait ressortir la nature presque exorbitante de certaines dispositions de cette Loi⁷⁸. Il nous semble que les droits miniers, qua-

lifiés de « droits réels immobiliers » (art. 8) constituant une « propriété distincte » (art. 9)⁷⁹, établissent une relation juridique entre le propriétaire foncier d'un immeuble et le détenteur de droits miniers, qui comporte tous les éléments d'une relation de voisinage. Le propriétaire foncier et le détenteur de droits miniers dans le même fonds sont en réalité des voisins auxquels les dispositions portant sur les troubles de voisinage devraient s'appliquer⁸⁰.

76. L.R.Q. c. M-13.1, art. 235. « Sur les terres concédées ou aliénées par l'État à des fins autres que minières, sauf les cimetières au sens de la *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains* (c. C-40.1) ou établis conformément à la *Loi sur les cimetières non catholiques* (c. C-17), le titulaire de droit minier ou le propriétaire de substances minérales peut acquérir, à l'amiable ou par expropriation, tout bien nécessaire à l'accès au terrain ou à l'exécution de ses travaux d'exploration ou d'exploitation.

Sur les terres louées par l'État à des fins autres que minières ou sur celles qui font l'objet d'un bail exclusif d'exploitation de substances minérales de surface, il ne peut exercer son droit d'accès au terrain ou son droit de faire des travaux d'exploration ou d'exploitation qu'avec le consentement du locataire ou sur paiement d'une indemnité à ce dernier. À défaut d'entente concernant le montant de l'indemnité, celle-ci sera fixée par le tribunal compétent. La demande de fixation de l'indemnité est présentée par requête ; elle est instruite et jugée d'urgence.

Art. 236. Le titulaire de droit minier ou le propriétaire de substances minérales qui exploite une mine peut, sur tout autre terrain que celui qui fait l'objet du droit minier ou qui est un cimetière au sens de la *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains* (c. C-40.1) ou qui est établi comme cimetière conformément à la *Loi sur les cimetières non catholiques* (c. C-17), acquérir à l'amiable ou par expropriation :

1^o une servitude de passage pour construire, utiliser ou entretenir des chemins, transporteurs aériens, chemins de fer, pipelines, lignes de transport d'énergie électrique nécessaires à ses activités minières et les conduits servant à amener l'eau requise pour l'exploitation de la mine ;

2^o un terrain destiné à recevoir les résidus miniers.

Sur les terres louées par l'État, il ne peut exercer ces droits qu'avec le consentement du locataire ou sur paiement d'une indemnité à ce dernier. À défaut d'entente concernant le montant de l'indemnité, celle-ci sera fixée par le tribunal compétent. La demande de fixation de l'indemnité est présentée par requête ; elle est instruite et jugée d'urgence. » (Nous soulignons)

77. Art. 952 C.c.Q. : « Le propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voir d'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. » (Nous soulignons)

78. L.R.Q., c. M-13.1.

79. Voir *supra*, note 66.

80. Voir à titre d'exemple, les nombreuses préoccupations soulevées par des propriétaires fonciers lors des audiences publiques qui font l'objet du Rapport 273 du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, *Développement durable de l'industrie des gaz de schiste au Québec*, février 2011, disponible à <www.bape.gouv.qc.ca> (ci-après le « Rapport du BAPE »).

Compte tenu des risques de contamination de l'eau potable (de surface ou souterraine) résultant du procédé de « fracturation hydraulique » décrit sommairement dans le Rapport du BAPE⁸¹, il nous semble que les recours prévus à l'article 982 C.c.Q.⁸² seraient des moyens tout à fait légitimes et adaptés aux situations envisagées par un propriétaire dont le puits ou autre source d'eau potable serait contaminé par les activités de forage et d'extraction d'une entreprise minière détenant des droits miniers en tréfonds.

Dans l'état actuel du droit⁸³, il nous apparaît que les droits accordés à l'exploitant aux termes de la *Loi sur les mines*⁸⁴ n'ont pas pré-séance sur ceux accordés au propriétaire foncier aux termes des dispositions du *Code civil du Québec*, en l'occurrence l'article 982 C.c.Q.⁸⁵, ainsi qu'aux termes des règles applicables aux troubles de voisinage⁸⁶. Il est vrai que les activités réglementées par la *Loi sur les mines*⁸⁷ bénéficient déjà d'un régime d'exception dans certains cas⁸⁸, mais à notre connaissance, le

droit commun relatif aux troubles de voisinage n'a pas été mis de côté, comme c'est le cas aux termes de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*⁸⁹ ou de la *Loi sur les véhicules hors route*⁹⁰.

D'ailleurs comme le démontre clairement le *Rapport du BAPE*, l'exploitation et la mise en valeur du gaz de schiste doivent se faire avec le plus grand souci d'équilibre entre tous les éléments en jeu :

Les activités humaines devraient être respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité. Toutes ces activités devraient maintenir l'équilibre entre les besoins de développement et la conservation de la qualité de l'eau, la qualité de l'air, la protection des sols et la biodiversité, et éviter de dépasser le seuil au-delà duquel les fonctions et l'équilibre d'un milieu seraient irrémédiablement altérés.⁹¹

Il serait donc difficile d'invoquer la notion « d'intérêt général » afin de mettre de côté, au bénéfice d'une exploitation minière polluante, la

81. *Rapport du BAPE*, chap. 7, p. 97 à 140, *L'usage et la protection de l'eau*.

82. Voir *supra*, note 2.

83. Voir en particulier l'analyse qui est faite par la Cour suprême du Canada dans *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392.

84. L.R.Q., c. M-13.1.

85. Voir *supra*, note 2.

86. Art. 976 C.c.Q.

87. L.R.Q., c. M-13.1.

88. Voir par exemple, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., c. A-19.1, art. 246, premier alinéa : « Aucune disposition de la présente loi, d'un plan métropolitain, d'un schéma, d'un règlement ou d'une résolution de contrôle intérimaire ou d'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction ne peut avoir pour effet d'empêcher le jalonnement ou la désignation sur carte d'un claim, l'exploration, la recherche, la mise en valeur ou l'exploitation de substances minérales et de réservoirs souterrains, faits conformément à la *Loi sur les mines* (c. M-13.1). »

89. L.R.Q., c. P-41.1, art. 79.17 et s.

90. L.R.Q., c. V-1.2, art. 87.1.

91. *Rapport du BAPE*, p. 222.

mise en œuvre d'un recours prévu à l'article 982 C.c.Q.⁹². Il reviendra au tribunal saisi d'un tel recours de rechercher et de faire valoir l'équilibre dont fait état le *BAPE* dans son rapport⁹³.

92. Voir *supra*, note 2, « À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général... ».

93. Voir *supra*, note 89.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca