

Thèse
M. J. Joly

UNIVERSITE D'OTTAWA

LA NOTION DE PERPETUITE EN MATIERE CONTRACTUELLE
PRÉSENTÉE À L'ÉCOLE DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET DE LA RECHERCHE

THESE POUR LA MAITRISE EN DROIT PRIVE

présentée par

Gilles Joly

Août 1982



UMI Number: EC56177

INFORMATION TO USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleed-through, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

UMI[®]

UMI Microform EC56177
Copyright 2011 by ProQuest LLC
All rights reserved. This microform edition is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.

ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

Introduction

La notion de perpétuité paraît de nos jours un concept plus ou moins réaliste; autrefois, on ne craignait pas de s'engager à long terme parce que le monde semblait d'une stabilité à toute épreuve; mais aujourd'hui, il est rare que l'on ose parler de perpétuité tellement l'évolution semble se faire à un rythme de plus en plus rapide. Ainsi, par exemple, il n'y a pas si longtemps, on ne reculait pas devant un bail de plusieurs années, sans modifier en cours de route les conditions et le loyer, car on savait sans grand risque de se tromper, quelles seraient les conditions du marché et du milieu au terme prévu. Aujourd'hui, le propriétaire qui se permet de consentir un bail de deux ans est téméraire, ou insouciant ou bien au-dessus de ses affaires. Le marché hypothécaire offre un exemple plus saisissant encore: voilà à peine vingt ans, les institutions financières consentaient des prêts hypothécaires dont le remboursement pouvait s'étendre sur une période de vingt-cinq ans, sans en modifier le taux d'intérêt; aujourd'hui, on craint tellement ce que sera le marché l'année prochaine que l'on n'ose guère stipuler le taux d'intérêt pour une période excédant un an tout au plus.

Ainsi donc, les contrats de longue durée, autrefois si courants, sont devenus des risques, susceptibles de conduire à

la ruine ou à la faillite; l'instabilité de notre temps fait donc que les engagements à long terme deviennent rares; on favorise plutôt le court terme.

D'une façon générale, le concept de perpétuité évoque l'idée de quelque chose qui ne s'arrête jamais. La définition qu'on en tire des dictionnaires peut comporter quelques variantes, mais il en ressort toujours la même expression de quelque chose qui ne finit pas.

Ainsi, le Robert donne deux définitions: s'il s'agit du nom lui-même, le sens de perpétuité sera "durée infinie ou indéfinie, et par extension, très longue, sans interruption, sans discontinuité". L'expression "à perpétuité" est définie comme étant "pour toujours, pour toute la vie" (1).

Ces définitions peuvent sembler contradictoires; en effet, la vie ne dure pas toujours. Lorsque "à perpétuité" signifie "pour la vie", l'exemple donné par les dictionnaires est la peine d'emprisonnement "à perpétuité"; cette définition rejoint par extension la première qui avait été donnée: "durée très longue, sans interruption, sans discontinuité". Il n'y a donc pas de terme qui soit précisé autrement que par un événement fatal dont on ignore le moment.

1. Le Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1977, tome V, Vo Perpétuité.

Le terme "perpétuité" est présent dans notre droit civil. On en retrouve l'application dans certaines sections du Code. Les auteurs, mais plus encore les tribunaux, ont été appelés à interpréter le caractère perpétuel de certains actes juridiques; on découvre surtout ces études lors de l'analyse de contrats de louage de choses qui ont fait l'objet de litiges quant à leur durée. On peut ainsi constater qu'il semble exister présentement dans notre droit une certaine confusion quant à la validité des actes juridiques faits sur une base perpétuelle.

La question fondamentale à poser est la suivante: une personne peut-elle valablement s'engager à perpétuité? Si oui, la loi impose-t-elle des limites ou un cadre quelconque à l'exercice d'un droit perpétuel? La personne qui s'oblige à perpétuité peut-elle se dégager de cette situation qui, théoriquement, pourrait ressembler à de l'esclavage?

C'est la question que nous nous proposons d'étudier au cours de cette thèse. Dans la première partie, nous étudierons les solutions qui ont été apportées à ce problème dans différents contextes; dans l'ancien droit d'abord, en France et au Canada, et ensuite nous analyserons la façon dont la perpétuité est traitée par nos auteurs et nos tribunaux; notre analyse se complètera alors par une analogie avec le droit français actuel et le common law.

Dans une deuxième étape, nous critiquerons l'interprétation actuellement retenue, en analysant notamment les droits qui sont reconnus comme étant perpétuels au code et le concept de l'ordre public vis-à-vis l'idée de perpétuité. Enfin, nous verrons brièvement les leçons qu'on peut tirer des autres systèmes juridiques. Notre conclusion tentera de trouver une solution qui puisse s'appliquer logiquement dans notre système.

Première partie

L'application de la notion de perpétuité

Comme nous venons de l'annoncer, cette première partie de l'étude est consacrée à l'analyse de l'évolution du concept de la perpétuité et de l'application qui en est faite. En effet, nous pourrions constater que depuis l'arrêt de la Cour suprême en 1945 dans l'affaire Consumers Cordage (2), les tribunaux d'appel ont pris position sur le sujet et devant les attaques que, notamment, certains juges de la Cour supérieure ont tentées à l'endroit de cette interprétation, en s'appuyant surtout sur la doctrine et les arrêts de France, ils ont dû justifier leur thèse; l'étude historique de l'évolution de la législation tant en France qu'au Québec est donc des plus intéressantes afin de saisir les différences que l'ordre social a imposées dans les deux systèmes de droit.

D'autre part, on ne saurait nier l'influence de common law puisque l'arrêt Consumers Cordage relevait autant de l'application des normes du droit administratif d'inspiration anglaise que de celles du droit civil.

C'est pourquoi il est important de nous arrêter sur l'application que l'on faisait de cette notion dans l'ancien droit, en France, avant le Code Napoléon et ici, avant l'introduction du Code

(2) Consumers Cordage Company Limited c. St-Gabriel Land and Hydraulic Company Limited, 1945 R.C.S. 158

de 1866; on pourra par la suite constater l'évolution différente qui a prévalu dans les deux systèmes et les tentatives faites au Québec, sans succès, afin d'implanter ici aussi les mêmes principes qu'en France. Notre analyse se terminera par une étude rapide de l'application de la perpétuité en common law.

Chapitre I

La perpétuité dans l'ancien droit

Dans l'ancien droit, à cause de la complexité et de la diversité des systèmes de droit alors en vigueur, on ne peut prétendre qu'il y ait une application uniforme des théories de droit relatives au problème. En France, les auteurs discutent quand même de la possibilité du bail à longue durée et certains arrêts des tribunaux tranchent des problèmes de cet ordre. Au Québec, cependant, avant l'introduction du Code civil, il en va tout autrement; bien sûr, au départ, le bail est beaucoup moins courant qu'il ne l'est en France à cause de la disponibilité de l'espace. Les baux retracés à l'époque de la Nouvelle-France, baux à loyer ou baux à ferme, sont en général faits pour un terme ne dépassant pas trois ans; la conquête n'a guère changé les habitudes de nos ancêtres car le bail reste relativement peu utilisé jusqu'au milieu du XIXe siècle; d'ailleurs, les quelques exemples que l'on peut retracer concernent tout autant le bail d'une ferme, d'une maison, d'animaux ou d'objets (3). C'est avec le développement urbain que le contrat de bail connaîtra beaucoup d'essor. Mais en attendant, la préférence va carrément vers les droits viagers tendant à assurer une situation permanente et stable, conférant au titulaire tous les attributs de la propriété foncière, mais en assurant aussi le retour de l'objet du contrat dans le patrimoine du cédant.

(3) Répertoire des Archives Nationales, Ministère des Affaires Culturelles du Québec.

Section I

L'ancien droit français

Dans l'ancien droit français, la question des baux à longue durée ne suscitait pas de grandes discussions; en règle générale, on considérait que la durée maximale du bail était de neuf ans; s'il était pour une plus longue période, ce bail était réputé être une aliénation comportant transfert du domaine utile et assujettissant le preneur aux droits seigneuriaux. On admettait quand même généralement qu'un simple bail pût être viager sans comporter aliénation. Un dictionnaire de droit de l'époque en donne la définition suivante:

Ce contrat (le bail) se fait pour un temps, dont les parties conviennent; mais si le temps convenu entr'elles excède neuf années, la convention des parties ne forme pas un simple bail, mais un autre contrat, comme un emphytéose et fait passer le domaine utile en la personne du preneur.

Bail fait pour plus de neuf années emporte aliénation. Ainsi ceux qui ne peuvent aliéner et qui n'ont qu'une simple administration ne peuvent faire de tels baux. Il s'ensuit encore de ce principe que pour raison de pareils baux, les droits sont au Seigneur, comme pour vente. Bail à vie est une espèce de vente d'usufruit d'un héritage fait pour la vie du preneur. Par le moyen d'un tel bail, la propriété de l'héritage n'est point transférée; car

quoique l'usufruit soit constitué au profit d'une personne jeune, néanmoins la durée en est incertaine et peut être momentanée. C'est pourquoi les droits seigneuriaux ne sont point dus dans ce cas, quoiqu'ils soient dus pour bail emphytéotique, à raison de l'argent déboursé (4) .

Pothier considérerait que la durée normale du bail n'exède pas neuf années et ne peut être perpétuelle.

Les contrats de louage et de baux à loyer ou à ferme, se font pour un temps convenu entre les parties, et ils ne se font point à toujours: en cela ils diffèrent des baux à rente, ou à longues années" (5) .

Il conclut donc que les baux qui sont faits pour un temps plus long sont des baux à rente, transférant le droit réel entre les mains du preneur. Il admet cependant que le bail de longue durée puisse n'être qu'un simple bail si les parties ont déclaré expressément au contrat qu'elles entendaient faire une telle convention; de même, un simple bail peut être constitué pour la vie du preneur même si, à son avis, de tels baux sont présumés être plutôt des baux à rente ou un usufruit.

Merlin, dans son répertoire de jurisprudence, donne des exemples de décisions des tribunaux portant sur cette question.

(4) C.J. de Ferrière, Dictionnaire de droit, Toulouse, 1779, tome 1, pages 170 et 176.

(5) M. Bugnet, Oeuvres de Pothier, Marchal et Billard, Paris, 1847, tome 4, Traité du contrat de louage, p. 13, no 27.

Un bail à longues années est celui qui excède le terme de neuf ans, parce que tout espace de temps qui embrasse au moins dix années, est compris, en droit, sous la dénomination de longum tempus.

A l'égard de la nature de ce bail, presque tous les auteurs pensent qu'il ne diffère pas, à proprement parler, du bail emphytéotique; et qu'il est, comme celui-ci, translatif du domaine utile du fonds qui en est l'objet.

Ainsi, concluent-ils, toute jouissance qui se continue jusqu'à dix ans, doit être regardée comme une aliénation.

C'est en effet ce qui a été jusqu'au parlement de Toulouse, par arrêt du 1er mars 1576, rapporté dans le Traité des Droits seigneuriaux de la Roche-Flavin, chap. 38, art. 2, il était question, dans l'espèce, d'un bail à loyer de 29 ans; et cette cour a décidé qu'il était dû des lods et ventes, comme d'une aliénation proprement dite (6).

D'autres arrêts dans le même sens sont aussi cités par cet auteur: un du 26 octobre 1641 du parlement de Provence; un autre du parlement de Paris de 1734:

Le bail à ferme pour plus de neuf ans passe pour une longue jouissance certaine; ainsi il est sujet aux droits seigneuriaux: on fait alors un prix total de toutes les années du fermage, depuis et compris la première jusqu'à la dernière, et on y lève le droit seigneurial, tel qu'il est dû par la coutume en cas de vente, de sorte qu'en ce cas, ce qui est vicieux infecte ce qui est valable (7).

(6) M. Merlin, Répertoire de Jurisprudence, 5e édition, Bruxelles, 1825, tome 2, p. 330.

(7) Rapporté par Merlin, op .cit., note 6. p. 330.

Merlin discute du bien fondé de cette opération et il rapporte d'autres décisions portant sur des contrats assimilés par les tribunaux à des emphytéoses, en raison du fait que le preneur s'engageait à payer les redevances foncières; par ailleurs, on a aussi jugé qu'un bail consenti pour une période excédant neuf ans restait un simple bail même si le bailleur laissait le preneur en possession après l'expiration du terme; celui-ci devenait alors assujetti aux diverses redevances foncières.

Malgré ces quelques opinions divergentes, la majorité des auteurs français anciens considéraient le bail à ferme ou à loyer excédant neuf années comme étant translatif du domaine utile et conférant donc à son titulaire un droit réel dans l'objet du contrat. On admettait à titre exceptionnel qu'un bail de plus de neuf ans ou même viager pût être un bail simple si les parties exprimaient ainsi leurs intentions. Bien que souvent les auteurs et la jurisprudence ancienne aient reconnu la validité de ces engagements, d'autres y voyaient plutôt un moyen de frauder le seigneur de ses droits, en ne faisant pas payer par le preneur les lods et ventes. Ces diverses interprétations dépendent évidemment de l'époque, de la coutume concernée, souvent bien différente d'une région à l'autre. L'introduction du Code civil par Napoléon allait tenter de rallier les opinions des auteurs français et des tribunaux de France, comme nous le verrons dans un chapitre subséquent.

Il faut cependant considérer que dans la France d'avant

la Révolution, le régime d'occupation des terres était un héritage direct de la féodalité et l'assujettissement des paysans au sol relevait d'un autre système que du bail. En règle générale, quelque fût le titre d'occupation du fermier, celui-ci était sujet à payer des droits sous forme de rentes ou autrement car, en réalité, les terres appartenaient à de grands propriétaires fonciers. La Révolution permettait ainsi à Hippolyte Taine de dire: "Quels que soient les grands noms, liberté, égalité, fraternité, dont la Révolution se décore, elle est par essence une translation de la propriété: en cela consiste son support intime, sa force permanente, son moteur premier et son sens historique" (8). Les premiers décrets adoptés par l'Assemblée constituante sont très révélateurs sur ce point.

Celui du 15-28 mars 1790 (Titre II, art. 1) s'attache d'abord aux droits attachés à la souveraineté féodale, en les abolissant; ce décret avait de plus pour effet de mettre fin à la féodalité en donnant la possibilité à l'occupant de racheter les droits féodaux non abolis (Titre II, art. 24 et Titre III, art. 1).

L'autre décret, du 18-29 décembre 1790 (Titre I, art.1), déclare rachetables les droits purement fonciers à cause du sentiment hostile rattaché aux locations perpétuelles. Le premier supprimait donc le droit à la fois foncier et seigneurial et

(8) H. Taine, Les Origines de la France contemporaine, Paris, 1878, volume II, p. 386.

le second, le droit strictement foncier. Dans les deux cas cependant, les redevances devaient continuer à être payées jusqu'au rachat; cela illustre bien l'esprit de modération qui animait alors les membres de l'Assemblée constituante.

Puis, en 1792, l'Assemblée abolit, à toutes fins pratiques, les redevances seigneuriales, sans indemnité (Décrets du 18 juin-6 juillet 1792, art. 1 et du 25-28 août 1792, art. 5). En 1793, elle ne conserva que la redevance purement foncière, mais soumise à la faculté de rachat (décret du 17 juillet 1793, art. 1 et 2): on mettait ainsi définitivement fin au régime seigneurial et féodal en France.

Il est intéressant d'ailleurs de citer l'article 1er du décret du 18-29 décembre 1790:

Il est défendu de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses non perpétuels qui seront exécutés pour toute leur durée et pouvant être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'ex-céderont pas le nombre de trois.

Lors de l'adoption du Code civil en France, on a remis en question cette législation en se demandant s'il n'y aurait pas lieu de rétablir les redevances perpétuelles purement foncières ou le bail à rente perpétuelle. Au cours de ce débat, Cambacérès avait dit, au sujet du décret du 18-29 décembre 1790:

L'Assemblée constituante avait à lutter contre la classe des privilégiés, qui était en même temps

celle des grands propriétaires; elle l'a attaquée en attaquant la propriété d'où cette classe tirait sa force, et par ce même moyen elle s'est attachée le tiers-état qu'elle voulait opposer aux privilé-
giés. Ce système a produit, entre autres lois, celle qui permet le rachat des rentes foncières. Une telle loi n'est pas fondée sur des principes de législation; elle est toute politique, toute de circonstance, et l'effet en est tellement passé que peut-être ceux qui s'en sont servis pour racheter donneraient aujourd'hui leurs propriétés à rente foncière, si la législation les y autorisait (9).

L'opinion de Bonaparte devait par la suite prévaloir:

Le simple bail à ferme a sur le bail à rente foncière l'avantage d'obliger le propriétaire à surveiller ses intérêts et de l'empêcher de devenir étranger à sa propriété, tandis que le créancier de la rente foncière, dégagé de toute sollicitude, consomme habituellement son revenu dans la ville (10)

Ce décret, avec les articles 530 et 1709 du Code civil de Napoléon, réglait donc la durée des baux en France au lendemain de la Révolution; Garsonnet résume ainsi le droit alors en vigueur:

On ne peut en vertu de ces articles, donner à bail, contre une redevance en argent ou en fruits, pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies. Le bail consenti pour un plus long temps n'est pas

(9) E.Garsonnet, Histoire des locations perpétuelles, L.Larose, éditeur, Paris, 1879, p. 446.

(10) Ibidem.

nul, mais son effet dépend de l'intention des parties: si elles n'ont voulu faire qu'un bail, il est réduit à quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies; si elles ont voulu faire une aliénation, le preneur devient propriétaire avec faculté de racheter la rente dont la non rachetabilité ne peut être stipulée pour plus de trente ans (11).

C'est à partir de ces textes que la jurisprudence française et les auteurs ont façonné le droit actuellement appliqué.

(11) Idem, p. 548.

Section 2

Le droit québécois avant le Code civil

Les premières discussions retrouvées dans notre jurisprudence sur ce problème ont été soulevées lors de litiges relatifs au canal de Lachine; et comme nous pourrons le constater, ce canal a eu une importance considérable non seulement dans le transport maritime intérieur, mais aussi dans l'évolution de notre droit.

C'est donc le 18 octobre 1854 que la Cour supérieure de Montréal rend jugement sur la requête d'un nommé Harvey (12). Celui-ci avait été condamné par la Cour du recorder à payer à la cité de Montréal une certaine somme d'argent représentant quatre années de taxes foncières sur un terrain concédé par bail des commissaires des Travaux publics pour vingt et un ans, avec faculté de le renouveler à perpétuité. Par voie de bref d'évocation, le requérant Harvey saisit la Cour supérieure du litige parce qu'il prétend que le recorder a excédé sa juridiction; suivant ses prétentions, ce terrain près du canal Lachine ne lui avait été cédé que par bail et non à titre de propriétaire de sorte qu'il n'a sur le fonds aucun droit réel.

(12) De parte Harvey, (1854) 4, R.J.R.Q. 381

La Cour est d'avis qu'il s'agit plutôt d'un bail emphytéotique conférant un droit réel à son détenteur.

La loi autorisant les commissaires des Travaux publics à disposer des terrains et cours d'eau établit ainsi leurs pouvoirs:

...et lorsque ces propriétés ou aucune terre, propriété immobilière, rivière ou cours d'eau, ou quelque partie d'iceux, ne seront pas requises pour lesdits travaux, elles pourront être vendues sous la sanction et l'autorité du Gouverneur-en-conseil, et leur produit mis au compte comme deniers publics; et Sa Majesté, ses Héritiers et Successeurs sera investie de tous les pouvoirs hydrauliques qui ont été ou pourront être par la suite créés par la construction de tout ouvrage public, ou par l'emploi des deniers publics sur iceux; et toute partie des dits pouvoirs hydrauliques qui ne sera pas requise pour les fins desdits travaux publics pourra être vendue ou louée avec l'autorisation du Gouverneur-en-conseil; et les produits de telles ventes ou louages seront mis en compte comme deniers publics (13).

Suivant l'opinion de la Cour, le terme "vendues" s'applique à une aliénation et non pas à un bail ordinaire, entre un bailleur et un locataire; il faut donc considérer qu'il doit s'agir de l'aliénation par voie de cession du droit réel.

Le contrat des commissaires avec Harvey prévoyait que le bail était fait pour une période de vingt et un ans et qu'il était renouvelable à perpétuité; le locataire devait y ériger des bâtisses et payer les taxes municipales. Ce contrat revêt donc toutes les ca-

(13) 9 Vict, chap. 37, art. 13.

ractéristiques du bail emphytéotique ou du bail à rente; pour appuyer ses prétentions, le juge Day réfère aux auteurs français comme Troplong et Merlin.

Une autre décision de 1909 traite d'un contrat de 1856 (14); la Couronne avait alors cédé des terrains entre le canal de Lachine et le port de Montréal, sous forme de bail d'une durée de 21 ans, renouvelable à l'expiration du terme pour une autre période de 21 ans, à perpétuité; une clause au contrat prévoit le droit du bailleur de reprendre possession du terrain en tout temps au cas de défaut de paiement du loyer. Il n'est cependant pas prévu que le locataire ait à ériger des bâtisses ou autres améliorations sur l'immeuble. Le juge, sans discuter de la validité même du contrat, conclut qu'il s'agit là d'un bail pur et simple:

The grants from the Crown, under which they occupy, are simply leases. The defendants are only lessees of the lots.

It is true they are lessees for twenty-one years, and that their leases are renewable at the expiration of each period of twenty-one years. But that does not change the nature of their tenure, which is that of détenteurs précaires, they hold as lessees and the right of property remains in the Crown. If the leases were emphyteutic, they would carry alienation and the defendants would be owners, but the grants are not such. It is of the essence of an emphyteutic lease, as defined by the code, article 567, that the lessee should undertake to make impro-

(14) The Montreal Harbour Commissionners c. The Record Foundry and Machine Co., (1909) 38 C.S. 161.

vements to the land leased, and no such undertaking is to be found in the grants in question. It follows therefore that the defendants are not owners, but only lessees of the lots (15).

En appel (16), la Cour

du Banc du Roi n'aborde même pas la question de la perpétuité ; il faut cependant ajouter que le litige ne portait pas sur ce point en particulier ni même sur le contrat de 1856, mais plutôt sur un autre document datant de 1873 et d'une nature juridique différente. Cette jurisprudence, malgré le passage cité de la Cour supérieure, n'est donc pas déterminante pour le problème qui nous intéresse particulièrement.

Il est donc difficile de tirer une conclusion précise de l'état du droit québécois à cette époque. On sait qu'en 1856, des baux de 21 ans renouvelables à perpétuité étaient consentis sans qu'aucune autorité n'eut à se pencher sur la validité de ces contrats. D'autre part, suivant la jurisprudence d'avant le Code, on semblait, dans certains cas du moins, appliquer la même doctrine que celle qui était alors d'usage en France.

Cette contradiction apparente trouvée dans la théorie et dans la pratique allait faire l'objet de l'arrêt Consumers Cordage qui reste encore aujourd'hui solidement accepté par les tribunaux malgré les attaques qui se font, semble-t-il, plus fréquentes.

(15) Idem, p. 171.

(16) The Montreal Harbour Commissionners c. The Record Foundry and Machine Co., (1912) 21 B.R. 241.

Il faut enfin noter que le Québec n'a pas connu de révolution sociale comme en France en 1789; les événements dans l'ancienne métropole n'ont eu aucune incidence au Canada. Il n'y a donc pas eu de loi semblable au décret du 18-29 décembre 1790; en fait, la seule loi qui peut y ressembler est celle sanctionnée le 18 décembre 1854 qui abolit le régime seigneurial. Cette loi (18 Vict., c.3, intitulée *Acte Seigneurial*) ne prévoit d'ailleurs que le rachat de la rente seigneuriale et institue des mécanismes pour parvenir à cette fin et pour aider les censitaires au rachat. Elle ne comporte rien de révolutionnaire et ne déborde pas le cadre précis de son champ d'application. Elle ne résulte pas d'un rejet de quelque ordre social, mais constitue une étape évolutive normale. L'effet de cette loi cependant, joint quelques années plus tard à l'adoption du Code civil, faisait que chez nous comme en France, toute forme de tenure permanente obligeant une personne vis-à-vis d'une autre d'une façon perpétuelle était rendue impossible par la faculté de rachat reconnue dans l'établissement des rentes affectant des biens-fonds. Ici donc comme en France, cette forme d'esclavage héritée de la féodalité rattachant à jamais l'individu à la terre du seigneur ou à un créancier foncier était abolie.

Chapitre II

La perpétuité dans le droit contemporain au Québec

C'est en 1945 que la Cour suprême du Canada a rendu un jugement qui, depuis, fait autorité en matière de bail perpétuel; il est donc nécessaire de nous arrêter sur cette décision.

Dans ce chapitre, nous étudierons donc en premier lieu les différents jugements de l'affaire Consumers Cordage, d'abord en Cour supérieure, puis, en Cour d'appel et enfin, en Cour suprême du Canada; les arguments avancés notamment par les tribunaux d'appel ont été repris ultérieurement dans d'autres décisions. Ensuite, dans une deuxième section, nous verrons les décisions subséquentes à l'arrêt Consumers Cordage, en analysant plus particulièrement la position adoptée par certains juges de la Cour supérieure et la réplique des juges de la Cour d'appel du Québec.

Section 1

L'arrêt Consumers Cordage

Paragraphe 1 - Le jugement de la Cour supérieure

L'arrêt Consumers Cordage est d'une importance capitale dans l'évolution de notre droit; il mérite donc toute l'attention que l'on peut y porter. Les faits donnant lieu au litige peuvent se résumer ainsi.

Le 29 février 1876, par acte reçu devant notaire, Charles H. Gould cédait à John Converse certains droits sur les eaux, l'énergie hydraulique et une parcelle de terrain en bordure du canal de Lachine, pour une période de vingt et un ans à compter du 1^{er} mars 1851. L'acte fait mention d'un autre contrat, à l'origine de celui-ci, par lequel les Commissaires des travaux publics de la province de Québec avaient loué à John Young et Ira Gould le surplus de l'énergie hydraulique, pour être utilisé sur un terrain adjacent au canal de Lachine, à compter du 1^{er} mars 1851.

L'acte de 1876 stipulait ce qui suit, au sujet de la durée du contrat:

To have and to hold the said lot, with the easements and privileges and flow of surplus water, as aforesaid, unto the party of the second part, from the first day of March 1851, for and during the term of twenty-one years therefrom, renewable as hereinafter provided (17).

Ce contrat est aussi renouvelable de la façon suivante:

It is expressly agreed by and between the parties of the first part and the parties of the second part of these presents, that, at the expiration of the said term of twenty-one years, from the first day of March 1851, the period for the termination of this present lease, and at such subsequent period of twenty-one years thereafter for ever, the parties of the first part shall grant, and the parties of the second part shall take a renewal of these presents, continuing and covering all the covenants, conditions, provisions, and agreements, herein contained, save and excepting only the amount of the yearly rent for such subsequent period of twenty-one years shall be determined in the following manners... (18).

Le terme originaire du contrat couvrait donc la période de 1851 à 1872 et se renouvelait de 1872 à 1893, puis de 1893 à 1914, de 1914 jusqu'en 1935 et finalement jusqu'en 1956.

La variation dans le coût du "loyer" ne peut être fixée qu'au terme de chaque période de vingt et un ans et ne tient compte que de l'augmentation du taux que le Gouvernement peut fixer à chacun de ces termes.

(17) St. Gabriel Land and Hydraulic Co. Ltd, c. Consumers Cordage Co. Ltd, 1942 C.S. 259

(18) Ibidem.

Enfin, il est prévu que le contrat prendra fin en cas de défaut de paiement, ou si le Gouvernement requiert le pouvoir hydraulique, en totalité ou en partie, pour l'usage du canal ou pour quelques travaux publics, moyennant un avis de trois mois.

Donc, depuis 1876 jusqu'en 1940, ce contrat a été respecté et renouvelé. Le juge Greenshield estime que les parties ont voulu s'engager d'une façon perpétuelle, sans permettre aucun changement au contrat, sauf en ce qui a trait au montant du loyer, à toutes les périodes de vingt et un ans (19). Ce terme de vingt et un ans n'a donc été choisi que dans le but d'apporter des modifications au montant du loyer, mais sans affecter les autres conditions ni la durée du bail.

Une étude rapide du droit amène le juge à conclure que les codificateurs n'ont pas envisagé de **reconnaître** le bail à perpétuité; il va même jusqu'à conclure qu'il doit être prévu au bail un temps défini; à propos du mot "forever" utilisé dans la clause de renouvellement du contrat, à l'expiration de chaque période de vingt-et-un ans, le juge écrit:

The expression "forever", even used in a document

(19) Idem, p. 257.

drawn three quarters of a century ago, I suppose, had some meaning. If it were stated to be during the lifetime of any of the parties to the document, it would certainly not satisfy the requirement of art. 1601 C.c. which defines a lease, or hire of things, to be a contract by which one of the parties, called the "lessor" grants to the other party, called the "lessee", the enjoyment of the thing during a certain time. This, no doubt, excludes anything indefinite in the duration of the contract. Even "during the lifetime of a person" might with certainty fix some date, but the happening of the event which would put an end to such a lease is certainly indefinite (20).

Le juge cite ensuite quelques auteurs français à l'appui de l'incompatibilité du bail à perpétuité et en conclut que le contrat en question est un bail perpétuel et qu'un tel contrat n'est pas permis par le droit de la province de Québec; en conséquence, le contrat est nul ab initio.

Sans discuter de tous les points soulevés par ce jugement (il est permis par exemple de s'interroger sur les doutes exprimés par le juge relativement à la validité du bail fait pour la vie d'une personne), voyons maintenant comment la Cour d'appel a traité du sujet.

(20) Idem, p. 260.

Paragraphe 2 - Le jugement de la Cour d'appel

Ce tribunal (21) a renversé le jugement du juge de la Cour supérieure, mais les raisons invoquées par chacun des juges diffèrent assez considérablement et font preuve d'une incohérence rare, comme on pourra le constater.

Pour le juge McDougall, il importe d'étudier comment les parties ont elles-mêmes considéré leurs obligations et les ont appliquées; il croit quant à lui que les parties ont toujours cru que l'engagement n'était que pour vingt et un ans puisqu'elles ont stipulé ce terme. Il conclut ainsi:

It is evident that we are in presence here of two separate agreements contained in the same deed, - the one comprising a lease for a specific term - 21 years -, the other, a personal undertaking to renew, at the end of each succeeding period of 21 years, the former agreement "for ever" (22).

A son avis, cette dernière entente n'est que l'accessoire du contrat principal et n'est pas nécessaire à la création de l'obligation principale. Si donc la clause de renouvellement du

(21) St. Gabriel Land and Hydraulic Co. Ltd, c. Consumers Cordage Co. Ltd, 1944 BR 305.

(22) Idem, p. 312.

contrat n'est pas valable, il ne s'ensuit pas que le contrat soit totalement nul, comme le prétendait le juge de la Cour supérieure. Pour une raison qu'il n'explique pas, le juge McDougall cite, à l'appui de sa prétention, des auteurs anglais et des décisions des tribunaux britanniques et ne fait qu'une brève référence à un seul auteur français. Il fait donc droit à l'appel, mais sans se prononcer sur la validité de la clause de renouvellement du contrat:

Whether the renewal provision included or, more properly, the indefinite feature thereof connoted by the term "forever", is to be looked upon as valid or invalid will, should occasion arise, be determined upon appropriate proceedings raising that issue (23).

M. le juge Galipeault s'attaque directement au problème dès le début de son jugement:

L'élément de perpétuité que l'on relève dans la convention n'a rien, à mon sens, qui puisse offusquer nos lois civiles ou mettre en question l'ordre public. (24)

Il donne ensuite quelques exemples qui seront d'ailleurs repris par la Cour suprême, de droits qui, au Code, sont reconnus comme étant perpétuels, notamment le contrat de vente (art. 1472), les rentes (art. 381, 388, 389, 391, 1787, 1789), le bail à rente.

(23) Idem, p. 314.

(24) Idem, p. 315.

Il pose ensuite le principe général à l'effet que tous les contrats sont permis, sauf s'ils sont prohibés (art. 990 C.c.):

Pour décider que le contrat sur lequel repose l'action est nul, il semble qu'il faut trouver une prohibition expresse ou implicite car en principe général les contrats sont libres; tous les contrats entre individus sont permis, sauf s'ils sont prohibés (art. 990). L'article dit bien que la considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public (25).

Il reconnaît toutefois que l'obligation de toujours payer est cependant un point plus délicat; il écarte quand même l'éventualité qu'une telle stipulation soit contraire à l'ordre public car la loi reconnaît bien la perpétuité du paiement dans le bail à rente; et il conclut:

Il est à se demander, puisque le paiement pour toujours est permis, lorsqu'on aliène sa chose, pourquoi il serait illicite si on fait moins, si on loue (26).

Il s'appuie aussi sur l'existence de la clause résolutoire stipulée au contrat, laquelle prévoit sa fin en cas de non-paiement ou au cas où le Gouvernement aurait besoin du pouvoir hydraulique; il ne faudrait donc pas, à cause de l'existence de cette clause résolutoire, conclure qu'il s'agit d'un bail perpétuel.

(25) Idem, p. 315.

(26) Idem, p. 316.

Enfin, il apporte un argument intéressant :

Il ne faut pas manquer de voir une claire distinction entre un bail perpétuel et un bail pour un certain temps avec une stipulation de renouvellement qui ne devient qu'une obligation personnelle, et dont le défaut d'accomplissement mettrait fin au bail, et ne pourrait tout au plus entraîner qu'un recours en dommages-intérêts et non pas l'exécution de l'engagement (27).

Il est bien sûr que dans le cas d'une obligation personnelle, une partie peut toujours ne pas exécuter, unilatéralement, son obligation; ce geste a des conséquences sans doute mais n'entraîne pas dans tous les cas la résiliation du contrat; le créancier a des recours, et peut même, dans les cas qui le permettent, exiger l'exécution en nature de la part de son débiteur; il a aussi son recours en dommages-intérêts et dans ce cas le montant des pertes subies est directement proportionnel à la durée du contrat. Nous aurons l'occasion de nous attarder sur cette considération dans un autre chapitre de cette thèse.

Le juge Galipeault semble donc considérer ce contrat comme étant très semblable à celui du bail à rente, donc comme étant constitutif de droit réel et l'obligation de renouvellement "à perpétuité" lui paraît plutôt être une obligation personnelle, distincte du bail lui-même.

(27) Idem, p. 317.

Le juge Walsh s'en remet lui aussi au common law et s'appuie sur lui pour dire que les tribunaux ne déclareront pas nul un contrat fait à perpétuité si l'intention des parties à cet effet est déclarée sans équivoque.

Le juge St-Jacques, finalement, fait l'historique de ce contrat, d'abord consenti en 1851 entre le Gouvernement du Canada-Uni et Ira Gould et John Young:

J'ai dit plus haut que cette entente intervenue entre les auteurs de la demanderesse et les auteurs de la défenderesse, dès 1853, et définitivement consacrée par le contrat notarié de 1876, est une convention sui generis; elle concerne la concession par les représentants de la Couronne de droits à être exercés à même et sur le domaine public. La Couronne pouvait assurément faire avec le concessionnaire originaire un bail d'une durée de 21 ans et y joindre la stipulation qu'à l'expiration de cette période, les deux parties seraient tenues de renouveler le bail pour une autre période de 21 ans, et ainsi de suite pour toujours, avec les réserves contenues au contrat. La Couronne se réservait le droit de mettre fin à cette concession le jour où l'intérêt public requerrait que la quantité totale des eaux coulant dans le canal Lachine soit utilisée pour des fins publiques de la Couronne (28).

Il appuie sa prétention sur le fait que des baux de cette nature sont reconnus comme valables en droit anglais:

Comment pourrait-on soutenir que cette convention intervenue entre les parties, en 1853, et réitérée en 1876, puisse être contraire à l'ordre public, alors que le "common law" en reconnaît la validité et en sanctionne les effets (29).

(28) Idem, p. 325.

(29) Idem, p. 326.

Autant dire, n'est-ce pas, que le common law s'applique ici, ou encore, qu'il devient la base de notre droit. Il aurait pu aussi bien dire que ce qui n'est pas contre l'ordre public partout ailleurs ne l'est pas non plus ici. Il soutient enfin que la Couronne ayant la possibilité de mettre fin au contrat si l'utilité publique requiert tout le pouvoir d'eau, il s'ensuit que le contrat ne peut pas être perpétuel. Rappelons ici que cette réserve avait d'abord été stipulée dans le contrat de 1851, auquel la Couronne était partie. Nous verrons qu'en France, un contrat auquel une seule des parties peut mettre fin est considéré quand même comme étant perpétuel.

Il n'est pas facile de faire une synthèse de ce jugement. On y constate cependant que les juges ont été influencés par deux facteurs importants: d'abord, l'interprétation faite dans le common law de cette question, puis, la reconnaissance au Code civil de certains droits qualifiés de perpétuels. Enfin, le principe de la liberté contractuelle a aussi été invoqué, puisque l'ordre public ne prohibe pas expressément la perpétuité.

Paragraphe 3 - Le jugement de la Cour suprême du Canada

Pour la Cour suprême (30), il ne fait aucun doute que ce contrat est valable et lie les parties; en effet, un bail fait à perpétuité n'est pas contraire à la loi de la province de Québec. On refuse même toute référence à ce qui peut prévaloir en France car le droit y est différent: en effet, le Code civil français ne contient pas l'équivalent de nos articles 1593 et suivants concernant le bail à rente et donc, la doctrine française est inapplicable. Est-ce donc dire que la Cour suprême assimile ce contrat à un bail à rente? Il le semble bien. Néanmoins, le tribunal pousse plus loin son raisonnement. En effet, puisque la Couronne peut intervenir pour réclamer les droits au pouvoir hydraulique, cette clause constitue une condition résolutoire qui empêche le contrat d'être à perpétuité; on ne peut donc dire que ce contrat est perpétuel; il est donc valide.

(30) Consumers Cordage Company Ltd, c. St. Gabriel Land and Hydraulic Co. Ltd, 1945, R.C.S. 158.

Mais la Cour continue encore son raisonnement comme suit:

Perpetuity of consideration is recognized by the Quebec Civil Code and no text makes it contrary to public order, or illegal. In fact, several grants recognized by the Code are perpetual, such, as, for example: "A contract of sale" (art. 1472 c.c.); "The alienation for rent" (arts 1593-1594-1595 c.c.); "The right to cut timber perpetually" (art. 381 c.c.); "Ground rents or other rents affecting real estate, although they are redeemable at the option of the debtor" (arts 389 and 391 c.c.); and "Constitution of rent" (arts 1787 and 1789 c.c.), under which the capital remains permanently in the hands of one party who pays yearly interest to the other on the capital of the rent and which may be constituted either in perpetuity or for a term, although redeemable by the debtor, subject to the provisions contained in articles 390, 391 and 392 c.c. (31).

La Cour rejette aussi l'application de l'article 1601, lequel déclare que le bail est fait "pour un certain temps". Le nom que les parties ont donné au contrat importe peu, et d'ailleurs; le juge Rinfret estime qu'il ne s'agit pas d'un bail. Donc, il ne s'ensuit pas que l'entente est illégale, même si l'article 1601 ne s'applique pas:

The fact remains that this agreement, with its several covenants, cannot be said to be forbidden by the Code and that it does not violate any of its provisions. The policy of the Code is the freedom of contract and it was open to the parties to stipulate the conditions upon which they agreed, provided they were not prohibited by law, or contrary to good morals

(31) Idem, p. 165.

or public order (art. 990 C.C.) (32) .

On en vient donc à la conclusion que le droit du Québec ne prohibe pas les conventions perpétuelles parce qu'elles ne sont pas défendues par la loi, l'ordre public ou les bonnes moeurs. Il est d'ailleurs regrettable que le plus haut tribunal du pays ne se soit pas attardé à analyser les incidences de l'ordre public en la matière.

Cet arrêt a eu évidemment une grande influence sur les tribunaux par la suite, bien qu'il ait fait l'objet de critiques. Ainsi, Léon Faribault écrivait que les articles cités par les juges de la Cour suprême prouvent exactement le contraire:

Il ne paraît pas logique d'appliquer des dispositions qui règlent certains contrats déterminés, à d'autres contrats qui en diffèrent essentiellement. En appliquant au contrat de louage des choses des règles qui sont particulières au bail à rente ou à la constitution de rente, la Cour suprême ne tient évidemment aucun compte de l'intention du législateur nettement exprimée dans sa définition du louage des choses. En déclarant que ce contrat ne pourra être fait que pour un temps limité, l'article 1601 exclut toute idée de perpétuité (33).

L'auteur faisait ainsi écho à un ouvrage publié en 1885 qui ne semble avoir eu aucune influence ; dans ce livre, Me Léon Lorrain appliquait ici la solution française:

32. Idem, p. 166.

33. L. Faribault, Traité de droit civil du Québec, tome XI, Wilson & Lafleur, Montréal, 1961, p. 23 et 24.

En donnant la définition du louage, l'article 1601 du Code civil dit que par ce contrat le locateur accorde au locataire la jouissance d'une chose pendant un certain temps. Telle est la seule disposition de la loi sur la durée du bail. Les parties peuvent donc étendre ou restreindre cette durée comme elles le voudront, pourvu qu'elles la bornent à un certain temps, car un droit perpétuel de jouissance est incompatible avec l'idée d'un simple bail (Div. III, 18, Tropl.I, 4)

Cependant le temps du bail ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ou la durée de la vie de trois personnes (34),

Cette thèse a plus tard été reprise par Snow (35) .

Les tribunaux, comme nous le verrons, ont ignoré les critiques de Me Faribault pour s'en remettre exclusivement à l'arrêt Consumers Cordage, bien que certains juges de la Cour supérieure aient eu des soubresauts, vite étouffés par la Cour d'appel.

(34) Léon Lorrain, Code des Locateurs et des Locataires, Périard éditeur, Montréal, 1885, pages 15 et 16.

(35) Snow's Landlord and Tenant, 3e édition, Southam Press, Montréal, 1934, p. 53.

Section 2

La jurisprudence subséquente

Jusqu'à cet arrêt de la Cour suprême du Canada, le sujet de l'engagement à perpétuité n'avait donc été abordé que très rarement; mais le jugement de 1945 allait marquer le début d'une série de décisions sur le sujet et provoquer des réactions diverses. En fait, c'est un long débat qui s'engageait auquel les auteurs québécois ne se sont, curieusement, guère mêlés, à quelques exceptions près. Les tribunaux allaient donc tenter de déterminer vers quelle tendance il fallait incliner, en s'inspirant de l'arrêt Consumers Cordage, des auteurs français et de la jurisprudence française.

En 1962, la Cour d'appel (36) a eu à se prononcer sur une clause de renouvellement d'un bail qui avait été ainsi rédigée:

A partir du 9 mars 1958, ledit bail se continuera d'année en année, aux mêmes termes et conditions en faveur du présent locataire, ainsi qu'en faveur de ses héritiers ou ayants droit ou représentants, quelqu'ils puissent être, jusqu'à ce que ledit bail soit annulé par un avis écrit du locataire au locateur, trois mois avant le 9 mars de toute année à venir après le 9 mars 1958; cependant, la continuation de ce

36. Cyclorama de Jérusalem Inc. c. La Congrégation du T.S. Rédempteur, 1962 B.R. 595.

bail d'année en année n'aura lieu qu'en autant que le Cyclorama continuera d'exister à cet endroit et que le magasin érigé sur l'une de ces parcelles de terrain sera utilisé comme présentement, c'est-à-dire pour vendre des objets de piété et des souvenirs dont l'achat sert de droit d'admission à visiter le Cyclorama (37).

M. le juge Choquette écrit qu'il ne s'agit pas là d'un terme incertain au sens de l'article 1657, qu'il ne faut pas confondre avec un terme dont la date est actuellement inconnue. Il reconnaît cependant que si le locataire ne met pas fin au bail, celui-ci pourrait devenir un bail perpétuel. Mais encore là, il ne voit rien d'illicite à une telle convention puisque le locateur est libre de se départir totalement de son droit de propriété, en donnant ou en consentant un bail à rente (art. 1593). Il ajoute d'ailleurs que cette question de bail à perpétuité paraît avoir été tranchée par la Cour suprême dans l'arrêt Consumers Cordage. La Cour suprême donnait d'ailleurs raison au Juge Choquette dans cette affaire (38).

Cet arrêt ne considère donc la perpétuité que du point de vue du locateur-propriétaire; d'ailleurs ce n'est que contre lui qu'il peut y avoir perpétuité puisque le locataire pouvait à chaque année mettre fin au bail sur simple préavis de 3 mois; il n'est donc certainement pas question ici d'obligation perpétuelle de la part du locataire.

(37) Idem, p. 597.

(38) 1964 R.C.S. 595.

Un autre arrêt de nos tribunaux est intervenu dans une affaire Bélanger c. Dame Ouellette (39), dans laquelle la Cour supérieure a dû se pencher sur une clause de renouvellement d'un bail originalement prévu pour cinq ans; la clause en question a été ainsi rédigée:

A l'expiration du présent bail, la locataire aura le privilège de le renouveler aux mêmes conditions, et pour la période de temps qu'elle voudra (40).

On se trouve donc en présence d'une clause semblable à celle de la cause précédente puisque le locataire peut renouveler ou faire cesser le bail à son gré alors qu'il semble que le locateur soit pris avec un bail dont il ne pourra se débarrasser que selon le bon vouloir de son locataire. Le juge de la Cour supérieure recherche d'abord quelle était l'intention des parties au moment de la signature du contrat. Il constate en premier lieu que dans le présent cas, le locateur a pris des obligations onéreuses en assumant le coût de l'électricité, de l'eau et du chauffage; il a aussi la responsabilité des réparations locatives; il en conclut donc que l'article 1019 doit s'appliquer en faveur du locateur. Il constate aussi que les parties ont elles-mêmes indiqué qu'elles entendaient un jour mettre fin au bail puisqu'une autre clause prévoit que les améliorations faites par le locataire resteront la propriété du locateur à l'expiration du bail; il en conclut

(39) Bélanger c. Dame Ouellette, 1962 C.S. 497.

(40) Idem, p. 499.

donc qu'il ne s'agit pas là d'un bail perpétuel. Il ajoute de plus:

Une des conditions du bail est qu'il comporte une durée de cinq ans et, si le locataire a un privilège de renouveler le bail à son expiration, il ne peut le faire qu'aux mêmes conditions, à savoir pour une durée de cinq ans et non pour une période dont l'étendue dépend seulement de la volonté d'une des deux parties contractantes (41).

Constatant par la suite qu'en France, on assimile à un bail perpétuel le bail dont le renouvellement ne dépend que de l'une des deux parties, il discute de l'arrêt Consumers Cordage en y faisant les distinctions d'avec le cas qui lui est soumis; il dit, entre autres:

Lorsqu'une personne concède à une autre une chose en perpétuité, elle attribue à cette dernière un droit réel, alors que dans le cas présent, la défenderesse n'a qu'un droit personnel. Jamais le demandeur n'a manifesté l'intention expresse ou tacite d'accorder au locataire une parcelle ou un démembrement de son jus in re (42).

Il applique donc les principes du droit français limitant la durée maximale du bail à quatre-vingt-dix-neuf ans; ainsi, la faculté de renouveler le bail pour le locataire était limitée à sa vie et ce droit ne passait pas dans son patrimoine à son décès; il devait aussi à chaque période de cinq ans manifester son intention

(41) Idem, p. 504.

(42) Idem, p. 506.

de renouveler le bail. Cet arrêt est le premier à s'éloigner de la position prise par la Cour suprême en tentant d'en limiter les effets; il essaie de rapprocher le droit québécois du droit français en ce qui concerne la durée maximale du bail; cependant, comme nous le verrons, ce jugement est resté sans suite.

Dans une autre affaire (43), le locataire avait la possibilité de renouveler son bail à son expiration pour une autre période de trois ans, sujet aux conditions déterminées par le locateur. Cette clause est très différente des cas déjà étudiés car, ici, le locateur peut, si le locataire se prévaut de son droit au renouvellement du bail, imposer de nouvelles conditions et changer celles existantes. Le juge de la Cour provinciale applique les principes énoncés dans Consumers Cordage:

Les tribunaux ont reconnu ce caractère perpétuel de l'obligation lorsqu'il avait été stipulé par les parties.
Le bail à loyer est un contrat purement consensuel et les tribunaux doivent sanctionner la volonté manifestée par les parties (44).

De plus, le juge limite la portée de la clause de renouvellement du bail:

La clause de renouvellement est une disposition accessoire, qui a pour objet de renouveler les obliga-

(43) La Caisse populaire de Saint-Malo c. Goulet, 1973 R.P. 333.

(44) Id., p. 341.

tions d'un contrat durant le temps qu'elle fixe et elle devient caduque dès qu'elle est exécutée (45).

A son avis, dans le cas à l'étude, la clause de renouvellement ne se reproduit plus lors du renouvellement du bail; c'est d'ailleurs là un principe que l'on rencontrera en common law.

Ces arrêts illustrent le malaise qui s'est produit dans la jurisprudence suite à l'arrêt Consumers Cordage; les juges ont voulu limiter les effets de la décision de la Cour suprême ou ont tenté de les éviter; il en est résulté une hésitation et une gêne dans ces jugements qui rendaient encore plus obscure l'interprétation à donner à ces clauses.

Enfin, il faut nous attarder sur les jugements plus récents rendus par les honorables juges Poitras (46) et Nadeau (47) de la Cour supérieure qui ont tenté, en vain, de renverser complètement l'arrêt Consumers Cordage.

Dans la première affaire, il s'agit d'interpréter un contrat intervenu entre deux municipalités; la Cité de Saint-Jérôme reconnaissait à la Corporation du village de Lafontaine le

(45) Idem, p. 343.

(46) Cité de Saint-Jérôme c. Corporation du village de Lafontaine, 1976 C.S. 1068.

(47) Katz c. Neale, 1975 C.S. 1193.

droit d'utiliser ses aré纳斯, piscines et terrains de jeux; la clause litigieuse de cette convention était ainsi rédigée:

La présente convention est faite pour une durée d'une année. Elle sera, toutefois, renouvelable à la seule option et choix de la partie de seconde part (village de Lafontaine), au même terme et aux mêmes conditions, d'année en année, tant et aussi longtemps que la partie de seconde part en manifestera le désir, au moyen d'un préavis de six (6) mois donné à la partie de première part (cité de Saint-Jérôme) avant chaque expiration' (48) .

Bien que la municipalité locataire de ces services ait avisé de son intention de se prévaloir encore du contrat pour l'année 1974-1975, la cité de Saint-Jérôme refusa l'inscription des enfants du village de Lafontaine, prétendant que cette convention était nulle. Le village locataire eut donc recours à l'injonction pour faire respecter la convention et le juge André Nadeau l'accueillit (49) .

Ledit juge constate d'abord qu'une telle convention à laquelle seul le preneur peut mettre fin est perpétuelle et il cite à l'appui d'une telle affirmation certains arrêts de France; il ajoute que même si une telle location à perpétuité était illégale, elle ne serait qu'annulable et continuerait d'exister jusqu'au jugement d'annulation; il invite d'ailleurs implicitement à attaquer la convention, ce que la cité bailleeresse n'a pas manqué de faire, au moyen d'une action en annulation de cette convention.

(48) Idem, note 46, p. 1069.

(49) Corporation du village de Lafontaine c. Cité de Saint-Jérôme
C.S., Terrebonne, 700-05-001074-713, 1^{er} novembre 1974.

C'est l'honorable juge Poitras qui rendit en 1976 le jugement annulant la convention (50). Le juge, après avoir écarté les autres moyens plaidés en faveur de l'annulation, en vient à considérer la question de la validité même de la clause de renouvellement de la convention. Citant Faribault, des auteurs français comme Pierre Voirin, Planiol et Ripert et des arrêts français, il constate que le droit québécois ne fournit aucun mécanisme pour réduire la durée du bail, de quelque longueur qu'elle soit.

Dans le cas soumis, il retient que la convention a d'abord été conclue pour la durée d'une seule année; le renouvellement à la seule option du preneur constitue-t-il une période perpétuelle, bien que la réalisation d'une condition soit nécessaire, soit le désir du preneur et l'envoi de l'avis? En France, comme nous l'étudierons plus spécifiquement, une telle clause est nulle. Le juge en vient à la conclusion suivante:

Il ne fait pas de doute dans notre esprit que la clause de renouvellement est contraire à l'essence même du contrat de louage des choses (51).

Le tribunal ne va pas jusqu'à annuler complètement la convention; il ne rejette que la clause de renouvellement, celle-ci ne constituant qu'un des accessoires du contrat. Il applique donc ici le droit français, notamment la jurisprudence, et ajoute ne pas

(50) Idem, note 46.

(51) Idem, p. 1073.

suivre la Cour suprême qui refuse toute référence au droit français, vu l'absence du bail à rente en France.

L'autre arrêt a été rendu par l'honorable juge André Nadeau (52). Il s'agissait du bail d'un logement intervenu en 1967 qui comportait la clause de renouvellement suivante:

This lease can be renewed on my request (celle du locataire) on a year to year basis at same rental and conditions...

Le juge, dans un jugement succinct, déclare:

Considérant qu'est perpétuelle une location à durée indéterminée à laquelle le preneur seul peut mettre fin à l'expiration de chaque période annuelle;
Considérant que l'illicéité de cette clause de location à perpétuité n'a cependant pas pour effet de rendre nul le bail lui-même, lequel n'est réductible que dans sa durée;
Considérant que cette réductibilité doit s'apprécier dans le contexte d'une législation spéciale en matière de baux d'habitation, comme il en existe une au Québec, et doit aussi respecter la volonté originaires des parties qui entendaient que cette location fût une location renouvelable sur une base annuelle; (53).

On semblait donc en voie de briser le courant jurisprudentiel créé par Consumers Cordage; en s'inspirant quand même de cet arrêt mais aussi des auteurs français et des décisions françaises, on parvenait à une position originale; dans les cas en litige dans ces deux affaires,

(52) Idem, note 47.

(53) Idem, p. 1193 et 1194.

un terme était d'abord fixé; c'est la clause de renouvellement qui, si elle était appliquée intégralement, faisait du bail un contrat à durée perpétuelle. Cette clause de renouvellement ne constitue qu'un accessoire à la convention originale et c'est cette seule clause qui doit être annulée.

La Cour d'appel a cependant refusé de suivre cette ligne de pensée. Le 3 janvier 1979, elle rendait jugement dans Katz c. Neale (54) et le 21 février 1979, dans Cité de St-Jérôme c. Village de Lafontaine (55). Dans ce dernier cas, toute la convention était annulée, mais pour un motif différent du problème qui nous intéresse; quant à la validité du bail à perpétuité, il n'était plus nécessaire d'en discuter, d'autant plus que la Cour en avait discuté le mois précédent dans l'arrêt suivant.

Dans le jugement Katz C. Neale, le juge Mayrand note d'abord la position des auteurs sur la question:

Nos auteurs affirment généralement que le bail perpétuel est prohibé par l'article 1600 (ancien article 1601) du Code Civil: ... Cette doctrine fait écho à la jurisprudence et à des auteurs français qui ont vu dans l'article correspondant du Code Napoléon (art. 1709) une prohibition du bail perpétuel pour empêcher tout retour à une forme de tenure féodale. Il est pourtant difficile de tirer pareille conclusion du seul article cité et plusieurs auteurs français ont souligné la faiblesse de cette argumentation (56)

(54) Katz c. Neale 1979 C.A. 192

(55) Cour d'Appel (Montréal), 500-09, 00881-763, jugement en date du 21 février 1979.

(56) Idem, note 54, page 193.

De l'avis du juge Mayrand, l'interdiction du bail à perpétuité repose sur un décret de 1790 limitant à quatre-vingt-dix-neuf ans la durée d'une location d'immeuble.

Puis, poursuivant avec le droit civil du Québec, il lui paraît que le bail perpétuel est valable ici depuis l'arrêt Consumers Cordage; il admet cependant que cet arrêt a été influencé par le common law:

Il est vrai que cette affaire relevait du droit administratif, puisque le bail avait pour objet la location d'un excédent de pouvoir hydraulique appartenant à la Couronne. Le droit administratif canadien, secteur du droit public, subit naturellement l'influence de la common law; cependant, la règle telle qu'énoncée par la Cour suprême paraît s'appliquer tout aussi bien en droit privé québécois (57)

Ensuite, il reconnaît que l'article 1600 exige que le bail soit fait "pour un certain temps"; il y a donc lieu de distinguer à son avis entre le bail perpétuel et le bail fait pour un temps précis mais renouvelable perpétuellement; il laisse donc supposer que le bail perpétuel serait illicite ou réductible à quatre-vingt-dix-neuf ans.

L'honorable juge Monet rappelle aussi dans cet arrêt que l'interdiction des baux perpétuels en France repose sur la loi des 18-29 décembre 1790:

(57) Idem, p. 194.

Avant la Révolution française, un ordre féodal s'était constitué dissociant le domaine utile du domaine éminent... En somme, bail à cens, emphytéose, bail à rente, etc. ont alors été confondus dans une haine commune sous la révolution, phénomène socio-légal qui n'a pas eu lieu ici. De plus, n'y a-t-il pas lieu de distinguer le bail à loyer, étranger à cette organisation de la propriété des contrats générateurs de droits réels, comme l'emphytéose visée par la Loi de 1790 (58).

Voilà des distinctions et des précisions fort intéressantes. Ce tour d'horizon de la jurisprudence au Québec laisse donc encore bien des points d'interrogation. Avant d'essayer d'y mettre un peu d'ordre, voyons maintenant les solutions que l'on retient présentement en France et dans le système de common law.

(58) Idem, p. 198.

Chapitre III

La perpétuité dans les systèmes juridiques voisins

Section 1 - Le Droit civil français

On a déjà vu comment la France s'est débarrassée de l'ancien régime seigneurial et comment elle a changé la concession des terres à charge de rentes foncières; le décret de décembre 1790 et le Code Napoléon déclaraient toute rente foncière rachetable, la limite du non-rachat lorsque stipulée ne devant pas excéder 30 ans; de plus, la durée de tout bail ne pouvait excéder quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies successives.

Les premiers auteurs qui ont commenté le Code civil rejetaient toute idée de perpétuité: on sent d'ailleurs chez eux l'influence de la Révolution. Ainsi, Troplong s'exprimait comme suit:

Notez ces derniers mots: "pendant un certain temps", empruntés au texte de l'article 1709; il s'ensuit que la jouissance du preneur ne saurait être perpétuelle. La perpétuité répugne à nos idées; elle est incompatible avec les principes de liberté que les lois modernes ont établis pour les choses comme pour les personnes (59).

D'autre part, cet auteur estime que suite aux lois adoptées lors de la Révolution et de l'introduction du Code civil, si des parties convenaient d'un contrat de bail à rente perpétuelle,

(59) Troplong, le Droit civil expliqué, tome 1, de l'Echange et du Louage, Hingray éditeur, Paris 1840, p. 72.

cela équivaudrait en réalité à une vente dont le prix est le capital nécessaire pour racheter la rente.

Cependant, le bail peut être fait à vie; bien que ce genre de contrat soit très rare (Troplong s'interroge même sur son existence pratique), il pourra être dans certains cas confondu avec l'usufruit si le preneur est tenu de supporter les charges foncières; il se pourrait quand même que l'on retrouve un bail, droit strictement personnel, fait pour la durée de la vie du locataire, car rien ne s'oppose à l'existence d'un tel contrat:

Du reste, le bail à vie peut être consenti non seulement pour la vie du preneur, mais encore pour celle de plusieurs personnes successivement, pourvu qu'il n'y en ait pas plus que trois.

Si un bail à vie était stipulé pour plus de trois têtes, il donnerait lieu au rachat; il toucherait en effet à des redevances perpétuelles, à ces charges d'une durée excessive dont les lois modernes ont voulu dégager la propriété foncière (60).

D'autres auteurs partagent ce point de vue: L. Guillouard, par exemple, écrit:

La durée du bail ne peut être perpétuelle: l'ancien bail à locatairie perpétuelle, usité dans un assez grand nombre de nos anciennes provinces, a été déclaré rachetable par le décret du 2 prairial an II, et il résulte de l'article 1709 que le louage ne peut être aujourd'hui perpétuel, puisque la loi le définit:

(60) Idem, p. 132.

un contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps. Si une convention de ce genre était faite aujourd'hui, il faudrait la considérer non comme un bail, mais comme une constitution de rente foncière, rachetable aux termes de l'article 530. (61)

Il applique donc à son tour la loi des 18-29 décembre 1790 pour réduire la durée maximale du bail à quatre-vingt-dix-neuf ans, même si cette loi ne traite que de l'emphytéose.

Huc exprime la même opinion; pour lui, il résulte de la rédaction même de l'article 1709 que le bail ne peut être perpétuel; le temps ne peut non plus excéder le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans, tel qu'édicte par la loi des 18-29 décembre 1790 (62).

Aubry et Rau sont du même avis:

Enfin, elles (les parties) sont libres d'assigner au bail la durée qu'elles jugent convenable, sans toutefois pouvoir dépasser le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans. Le bail fait pour une durée plus longue serait réductible à cette période de temps. Quant au bail à vie, il ne peut être fait sur plus de trois têtes (63).

(61) L. Guillouard, Traité du Contrat de Louage, 3^e éd., Durand et Pedone-Laurier, éd., Paris, 1891, tome I, p. 52.

(62) Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, F. Pichon, éd., Paris, 1897, tome X, p. 354.

(63) Aubry et Rau, Cours de Droit civil français, 5^e éd., Marchal et Billard, Paris, 1905, tome V, p. 282 et 283.

Enfin, parmi les auteurs plus récents, il convient de citer plus particulièrement Baudry-Lacantinerie chez qui l'on trouve un premier mouvement vers la dissidence :

La durée du bail est librement fixée par les parties; la preuve de la durée fixée doit être apportée, en cas de contestation par le demandeur. Il est un maximum que les parties ne peuvent dépasser. Le bail, en effet, ne peut être perpétuel. On s'est appuyé, pour décider en ce sens, sur la définition que donne du bail l'article 1709, suivant lequel le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur pendant un certain temps et on pourrait invoquer de même l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1889 qui s'exprime de la même façon pour le bail à colonat partiaire. L'argument n'est pas probant; comme nous l'avons dit en parlant de la nature du droit du preneur, l'article 1709 reproduit à peu près textuellement la définition de Pothier; or, suivant Pothier, le bailleur s'engage à faire jouir le preneur "pendant le temps convenu". Il y a presque identité dans les termes, et rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que le Code ait voulu modifier le fond de la définition de Pothier; or, dans l'ancien droit, le bail perpétuel était valable. Il serait singulier qu'une innovation aussi importante que celle qu'on prête à l'article 1709 résultât d'une modification aussi légère dans les termes (64).

L'auteur estime que ce changement provient plutôt de l'abolition de l'emphytéose perpétuelle et de la possibilité de rachat du bail à locatairie perpétuelle :

...les raisons qui ont amené cette solution législative s'appliquent, du reste, à toute catégorie de baux perpétuels : on a voulu éviter que les propriétés ne puissent être chargées de droits qui constitueraient une atteinte définitive à la jouissance; ce motif s'applique à toutes espèces de baux perpétuels et c'est également lui qui a fait déclarer rachetables les rentes foncières (65),

(64) Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de Droit civil - Du contrat de Louage, 3^e éd., L. Larose, éditeur, Paris, 1906, p. 687.

(65) Idem, pp 688 et 689.

Pour les mêmes raisons il limite aussi la durée du bail à quatre-vingt-dix-neuf ans, même si la loi des 18-29 décembre 1790 ne traite que de l'emphytéose; cette limite doit être étendue aux baux de toutes espèces.

Pour des raisons différentes on en arrive quand même à la prohibition du bail perpétuel. L'auteur rejoint Troplong d'ailleurs; l'un disait que la perpétuité répugne à nos idées, l'autre qu'on a voulu faire disparaître toute atteinte définitive à la jouissance.

Quant à la validité du bail perpétuel, Baudry-Lacantinerie est plus catégorique:

Quel est le sort du bail perpétuel? La plupart des auteurs considèrent qu'il est valable, mais comme vente moyennant la constitution d'une rente foncière; ils ne voient aucune différence entre l'un et l'autre de ces contrats. Nous préférons annuler le bail perpétuel; la loi de 1790 l'interdit, et par là même en prononce la nullité; d'autre part il existe entre le bail perpétuel et la constitution de rente foncière des différences trop importantes pour que les parties puissent être présumées avoir confondu l'un des contrats avec l'autre; le propriétaire qui aliène son immeuble moyennant une rente foncière n'est pas un bailleur, mais un vendeur; il a le privilège du vendeur, les obligations du vendeur. D'autres proposent de réduire le bail à 99 ans, mais cela est contraire à la volonté des parties (66).

(66) Idem, p. 691.

Cette sanction de la nullité du bail perpétuel se dessinait dans la jurisprudence. Des auteurs plus récents préférèrent aussi cette solution, comme Planiol et Ripert, qui reprennent les explications de Baudry-Lacantinerie; à leur avis en effet, l'interdiction des baux perpétuels vient plutôt de la Loi du 18-29 décembre 1790 que de l'article 1709; quant aux conséquences du bail perpétuel :

La sanction de la règle légale n'est pas seulement, comme l'enseignent certains auteurs, la réductibilité du bail à la durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, mais la nullité du contrat considéré comme contraire à l'ordre public (67),

Chez Planiol et Ripert, la répugnance à l'égard de tout ce qui est perpétuel ou à tout ce qui porte atteinte à la jouissance de la chose se traduit plutôt par la raison d'ordre public: voilà une évolution très intéressante.

Cette évolution est d'ailleurs soulignée chez les auteurs contemporains. Jacques Azéma, pour un, constate ce qui suit :

En matière de bail, on note une évolution très nette. Les premières décisions intervenues ont sanctionné la perpétuité par la réduction de la durée du contrat au terme maximum autorisé de quatre-vingt-dix-neuf ans. Le bail perpétuel n'était donc pas nul, mais seulement réductible à quatre-vingt-dix-neuf ans. Puis, un revirement s'est produit et par une suite de décisions

(67) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1932, p. 520, no 447.

ininterrompues la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la nullité absolue du bail perpétuel (68).

L'auteur tente de discerner les raisons qui font que maintenant, on sanctionne de nullité absolue ces contrats perpétuels; il soulève d'abord la crainte qu'on a pu avoir à la fin du XVIII^e siècle d'un retour à un système féodal; davantage cependant, l'intérêt économique et la protection de la liberté individuelle exigent une telle interdiction; c'est pourquoi on en est même venu à renverser la première jurisprudence en considérant la réductibilité inapplicable car il était illusoire de protéger la liberté individuelle en réduisant l'engagement perpétuel à un siècle moins un an. Les auteurs et les tribunaux ne se limitent donc plus à l'article 1709 ou à la loi du 18-29 décembre 1790; un autre aspect entre maintenant en ligne de compte: l'ordre public. René Savatier soumet l'énoncé suivant:

Le rapport créance-obligation est, par nature, une situation temporaire. L'ordre public s'oppose donc à la validité des engagements perpétuels. Le code civil fait deux applications de cette règle. L'article 1780 prohibe l'engagement qu'une personne ferait de ses services pour sa vie entière, ce qui ressusciterait le servage: le louage de services sans détermination de durée est donc toujours révocable. De même, l'article 1911 du Code civil permet à celui qui s'est engagé à fournir perpétuellement une rente à une autre personne de mettre fin, à tout moment, au contrat, en "rachetant" la rente.

(68) J. Azéma, La durée des contrats successifs, Bibliothèque de droit privé, tome 102 (1969) p. 23.

La jurisprudence, généralisant la nullité des engagements perpétuels, interdit, notamment, de faire un bail pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, l'écoulement d'un siècle étant assimilé à la perpétuité.
(69)

Les premières décisions réduisent la durée du bail perpétuels; par exemple :

Il est de l'essence du contrat de bail de ne conférer au preneur qu'un droit temporaire, mais, en l'absence d'un temps maximum fixé par le Code civil, on doit considérer comme devant avoir une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans un bail consenti à perpétuité
(70).

Plus tard, l'autre tendance prévaudra :

L'article 1709 c. civ., en fixant à un "certain temps" la durée du contrat de louage de choses, interdit les baux perpétuels; cette interdiction est d'ordre public, et les conventions contraires sont frappées d'une nullité absolue. La nullité de la clause illicite de perpétuité entraîne l'annulation du bail : le juge ne peut se borner à réduire à quatre-vingt-dix-neuf ans la durée maximum de location (71).

La jurisprudence française considère aussi comme étant perpétuel un bail auquel seule l'une des parties contractantes peut mettre fin :

(69) R. Savatier, La Théorie des Obligations, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1974, p. 167 et 168.

(70) Cour d'appel, Grenoble, 11 mai 1897, D. 1898.2.428 (Vve Paquier c. Commune de Clermont); au même effet: C. de Riom, 20 juillet 1889, D.1889.2.87 (Demartin c. Ville de Clermont-Ferrand).

(71) Cass. ch. civ. 20 mars 1929, D.1930.1.13 (Lemerle c. Suzineau) au même effet: C. de Bordeaux, 6 juin 1957, D.1958, somm. 2] (Sylvestre c. Chaulet); ch. civ., sec. soc. 29 mai 1954, D.1954.1.640 (Defrancisco c. Hermette); Tr. civ. de Lyon, 29 déc. 1949, D.1950.1.311; Ch. civ. 27 oct. 1936, Gaz. du Palais 1936 (2) 900.

La nullité des clauses d'un bail, pour violation de l'art. 1709 c. civ. qui interdit les baux perpétuels, entraîne l'annulation de ce bail, et le juge ne peut se borner à réduire à quatre-vingt dix-neuf ans la durée maximum de la location. Est nul comme constituant un bail perpétuel, le bail à durée indéterminée aux termes duquel le preneur seul peut mettre fin au contrat sous la condition de prévenir de son intention six mois à l'avance (72).

Malgré la solution selon laquelle la nullité entache ces contrats, une autre décision ne fait qu'annuler la clause de perpétuité, s'il ressort qu'elle n'avait dans l'idée des parties qu'un caractère accessoire (73).

Il ne fait donc aucun doute que le bail perpétuel n'est pas toléré en France; on ne fait cependant pas l'unanimité encore autour des raisons sur lesquelles se fonde cette prohibition: l'article 1709 du Code civil ou la loi des 18-29 décembre 1790; car même si, de plus en plus, on semble se référer plutôt à la loi de 1790, certains auteurs contemporains influents comme Mazeaud (74) préfèrent s'en remettre à la rédaction même de l'article 1709 et ne réfèrent à la loi de 1790 que pour régler le problème de l'étendue maximale du contrat.

(72) Ch. civ., sect. soc., 16 déc. 1953, D. 1955, somm. 41 (URSSAF c. Liouville); au même effet, Defrancisco c. Hermette précité (note 71) et Sylvestre c. Chaulet précité (note 71).

(73) Lemerle c. Suzineau (note 71) et commentaire de P. Voirin.

(74) Mazeaud, Cours de droit civil, Montchrestien, Paris, 1960, tome 3, p. 895 et 896.

Il semble aussi que majoritairement, les décisions et les auteurs, se basant sur l'ordre public, déclarent nuls de nullité absolue les baux perpétuels; seuls quelques arrêts isolés recherchent l'intention des parties avant d'appliquer une sanction aussi absolue à cette prohibition.

Section 2 - La perpétuité en Common law

Sous-section 1 - Le Common law en Angleterre

Dans le common law, les tribunaux ont établi depuis déjà bien longtemps que la perpétuité ne peut être admise; c'est ce qu'on appelle le "rule against perpetuities."

Le but recherché par cette règle est de promouvoir la libre circulation des biens en tentant de restreindre toute entrave. C'est au XVIII^e siècle que les tribunaux anglais ont commencé à appliquer ce principe en recherchant l'intention des parties lors du contrat. Dès lors, si l'on pouvait voir un terme quelconque, le contrat n'allait pas à l'encontre de cette "rule against perpetuities". Voyons quelques exemples:

Cadell c. Palmer (75)

Land was devised to trustees for 120 years from the testator's death, if twenty-eight persons named in the will should so long live, and for twenty years from the determination of the term or from the death of the last life. Out of this long term a number of smaller estates were created, some of which (e.g. a limitation to the son of an unknown person) would have been invalid under the old rule had they stood by themselves.

(75) Cadell c. Palmer, (1833), 1 Cl. & F. 372.

The House of Lords held that the limitation of the long term was valid, since, though it suspended the vesting of a fee simple absolute for a considerable period, yet the period, being confined to existing lives and a further space of twenty years, was not obnoxious as a perpetuity.

Baynham v. Guy's Hospital (76):

I collect therefore from these cases this: that the Courts, in England at least, lean against construing a covenant to be for a perpetual renewal; unless it is perfectly clear that the covenant does mean it.

Le même principe est répété dans d'autres arrêts (77). Dans l'affaire Brown v. Tighe, on dit notamment:

That a covenant for a perpetual renewal must be clear, plain and distinct, and in terms that will not bear any other construction, is a proposition which is borne out by law, and sanctioned by a series of decided cases... The law is now settled, that if parties clearly express in the covenant their intention to renew, it must be so construed and enforced. But that intention must be clearly and distinctly apparent from the reading of the instrument, and must be free from ambiguity (78).

La même idée est répétée dans Sadlier v. Biggs (79):

(76) Baynham v. Guy's Hospital , 3 R.R. 96 (1796, 3 V. 295).

(77) Moore v. Foley, 5 R.R. 70 (1801, 6 VS 232).

Iggulden v. May, 8 R.R. 623 (1806 K.B. 7east 237).

(78) Brown v. Tighe, 37 R.R. 150 (1834 2 Cl. and Feirn, 390).

(79) Sadlier v. Biggs, 94 R.R. 172 (1853 4 H.L.C. 435).

Donc, le principe veut que toute clause par laquelle un contrat est déclaré perpétuel ne sera pas valide. Toutefois, lorsque le contrat est fait pour un certain temps, celui-ci sera valide même s'il contient une clause par laquelle une des parties peut renouveler ce contrat pour la même période de temps à l'expiration du contrat, y compris la clause de renouvellement. L'intention de renouveler avec le contrat principal la clause de renouvellement doit être évidente; il faut qu'il apparaisse que c'était là manifestement l'intention des parties. Woodfall exprime ainsi la règle:

The leaning of the courts has been against perpetual renewals, so that in order to establish this construction the intention has to be unequivocally expressed, and a proviso in general terms that the lease to be granted shall contain the same covenants and agreements as the lease containing the covenant or option has been repeatedly held not to extend to the covenant or option for renewal. Equivocal expression will not be construed as conferring a perpetual right of renewal when they are fairly capable of being otherwise interpreted (80).

La Bible du common law, le Halsbury, répète ce même principe issu de la jurisprudence anglaise:

The covenant may be a covenant for perpetual renewal, but the court will not give it this effect unless the intention in that behalf is clearly shown: as, for instance, where the covenant expressly states that the lease is to be renewable for ever. If the intention to renew perpetually is clear, the court will give effect to it notwithstanding that certain other terms of

(80) William Woodfall, Landlord and Tenant, Sweet and Maxwell, London, 1968, vol. 1 p. 973 et 974.

the lease appear to be inconsistent with such an intention (81).

Notons enfin qu'en Angleterre, on a adopté une loi en 1925 qui a aboli les baux renouvelables à perpétuité et si un bail contient une clause qui donne au locataire un droit pouvant être perpétuel, ce contrat est limité à 2,000 ans (82); voilà sans doute une limite qui a dû réjouir les propriétaires aux prises avec une telle clause de renouvellement à perpétuité.

Sous-section 2 - Le common law au Canada anglais

Dans les décisions des tribunaux de common law du Canada anglais, on retrouve le même principe que celui appliqué en Angleterre; on se réfère expressément à la jurisprudence britannique.

Le principe tel qu'appliqué est ainsi énoncé par Kechin Wang:

It is well established by the authorities that a perpetual lease is void for uncertainty while a perpetually renewable lease is not, thus providing an exception to the rule against perpetuities. The cases show that an option to renew, given by the lessor to the lessee, comes within the exception, on the ground that such an option creates a present interest for the lessee (83).

(81) Halsbury's The Laws of England, 3rd ed. Butterworth, London 1958, vol. 23, p. 627.

(82) Law of Property Act. 1922 (12-13 Geo. V, c. 16. s. 145, Sch.15.1 (1)

(83) K. Wang, Rule against perpetuities, 1963 R. du B. can. 611.

Dans les arrêts, on retrouve d'ailleurs la phraséologie et les termes déjà utilisés en Angleterre au XVIIIe siècle; on répète constamment que la tendance des tribunaux est de condamner les baux perpétuels ou renouvelables à perpétuité et que l'intention des parties ne doit laisser aucun doute possible. En somme, les causes soumises aux tribunaux requièrent une interprétation de certaines clauses particulières de renouvellement de bail.

Evidemment, la distinction entre un bail perpétuel et un bail renouvelable à perpétuité est souvent fragile; cependant elle est reconnue; il importe beaucoup aux tribunaux qu'il y ait une limite au contrat, même si cette limite est susceptible d'être prolongée d'une façon indéfinie.

Whatever may be the similarity in practical terms between a perpetual lease and a lease perpetually renewable for 21 year terms, the Court cannot disregard the form of the transaction when the law recognizes perpetual leases and perpetually renewable leases as different institutions with different legal effects. Thus, a perpetual lease is void (unless authorized by statute). On the other hand, a renewable lease, even one perpetually renewable and containing reciprocal covenants for renewal, is an exception to the rule against perpetuities. Although there may be no logical justification for excepting options or covenants to renew from the operation of the rule against perpetuities, their recognition as exceptions has been too long established to warrant being upset... (84)

Ainsi s'exprimait l'honorable juge Fraser de l'Ontario High Court; en appel cependant, on s'est montré plus respectueux à

(84) Re, Principal Investments Ltd and Gibson, (1963) 38 D.L.R. (2nd) 147.

l'endroit de la coutume en spécifiant bien que le bail en question n'était que d'une durée de vingt-et-un ans, qu'il expirait à l'arrivée du terme et qu'alors, un autre bail d'une durée de vingt-et-un ans commençait. Donc, on ne se trouve pas en présence d'un bail perpétuel mais d'un bail qui en prévoit d'autres, à perpétuité; une telle clause est donc reconnue comme valable (85).

La jurisprudence canadienne fourmille d'exemples de ce genre. Une des affaires les plus célèbres est celle de Jackson c. Imperial Bank of Canada (86). Le bail en question en date du 31 octobre 1889 était établi pour un terme de vingt-cinq ans. Il était de plus prévu que le locateur, moyennant un préavis écrit de six mois, devait accorder un nouveau bail pour les mêmes lieux, avec les mêmes clauses, incluant celle de renouvellement du bail. En interprétant ce contrat, on répète encore le principe qu'un bail renouvelable à perpétuité sera reconnu valable s'il est établi que telle est l'intention précise des parties; en conséquence, le bail et la clause de renouvellement du bail ont été ici acceptés.

Dans l'affaire Gooderham and Worts Ltd c. C.B.C. (87), il y avait une convention réciproque de renouvellement du bail;

(85) (1963) 40 D.L.R. 264. (Ontario Court of Appeal).

(86) Jackson c. Imperial Bank of Canada, (1917) 39 O.L.R. 334. (K.B. Court)

(87) Gooderham and Worts Ltd c. C.B.C., 1943 O.R. 599. (Court of Appeal),

celui-ci était fait pour trois ans et il était prévu qu'à l'arrivée du terme, et qu'à chaque terme de trois ans, le locateur consentirait un nouveau bail de trois ans, au même loyer; le locataire acceptait ce renouvellement; le Conseil privé donna effet à ce bail en disant qu'il ne s'agissait pas là d'un bail perpétuel (88).

D'autres causes sont au même effet, notamment Scales c. Auld (89) et Prudential Trust Co. c. Forseth (90).

Tel est donc le droit en common law, tant en Angleterre qu'au Canada; à prime abord, l'idée de la perpétuité est rejetée mais on fait exception à la règle en donnant effet à des clauses de renouvellement perpétuel; tout ce qu'il faut encore, c'est une clause au contrat qui soit bien claire et précise et qui détermine d'une façon non équivoque l'intention des parties dans ce sens.

(88) 1947 A.C. 66.

(89) (1947) 19 M.P.R. 406. (P.E.I. Supr. Court)

(90) 1960 R.C.S. 210.

IIIème Partie

ANALYSE ET CRITIQUE DE LA SOLUTION RETENUE

PAR LES TRIBUNAUX

Nous venons d'étudier comment on accepte la perpétuité au Québec et l'étude nous a permis de comparer notre droit avec le droit français et le common law. Il semble donc acquis qu'au Québec, la perpétuité est admise et que l'arrêt Consumers Cordage fasse jurisprudence; cette opinion est fondée d'abord sur le Code civil même qui reconnaît la perpétuité dans certains cas et qui ne la rend pas contraire à l'ordre public, ainsi que l'écrivait le juge Rinfret:

Perpetuity of consideration is recognized by the Quebec Civil Code and no text makes it contrary to public order, or illegal (91).

D'autre part, le droit civil français, autant à cause du Code civil que des lois adoptées lors de la Révolution, se refuse à toute obligation perpétuelle; la question débattue encore est à savoir si une telle obligation est nulle ou simplement réductible. Enfin, en common law, la règle est à l'effet que la perpétuité n'est pas admise; cependant, on admettra comme étant valable l'engagement contracté pendant un temps déterminé mais renouvelable à perpétuité, si les parties se sont exprimées clairement en ce sens.

Cette deuxième partie sera consacrée à l'analyse et la critique de la solution adoptée au Québec.

(91) 1945 R.C.S. 165.

Nous avons souligné que la position des tribunaux repose d'abord sur le fait que la perpétuité est reconnue au Code civil; les exemples donnés sont le contrat de vente, le bail à rente, le droit de coupe de bois perpétuelle, les rentes constituées ou les autres rentes perpétuelles ou viagères, les rentes foncières et les autres rentes affectant un bien-fonds et la constitution de rente; dans un premier chapitre, nous analyserons donc le caractère de perpétuité qui est rattaché à ces actes juridiques.

L'autre point retenu par les tribunaux en faveur de la perpétuité est à l'effet que nulle disposition au Code civil ne prononce la perpétuité comme étant contraire à l'ordre public; le deuxième chapitre de cette partie sera donc consacré à cette étude, en essayant d'analyser si la notion d'ordre public est compatible avec l'engagement personnel à perpétuité.

Chapitre I

Etude des droits perpétuels au Code civil

Ainsi donc, certains droits sont déjà qualifiés de perpétuels au Code civil; ceux qui y sont mentionnés et dont la liste se retrouve dans le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Consumers Cordage sont le contrat de vente, le droit de coupe de bois perpétuelle et les différentes espèces de rentes.

Notre analyse s'attardera donc sur ces points précis; d'abord, nous étudierons l'effet premier du contrat de vente qui est la transmission du droit de propriété et comment, plus particulièrement, le titulaire de ce droit peut s'engager d'une façon perpétuelle. Parmi les cas qui ont fait l'objet de litiges et ont été soumis à l'interprétation des tribunaux, ce sont les problèmes relatifs au droit de superficie (ce qui peut comprendre le droit de coupe de bois perpétuelle) et à l'établissement des servitudes réelles qui ont soulevé davantage la question de la perpétuité de l'engagement personnel. Notre étude démontrera ainsi que lorsque le détenteur d'un droit de propriété en cède une partie (droit de superficie) ou un de ses démembrements (la servitude réelle), il confère un droit qui risque d'engager d'une façon permanente l'objet de son propre droit de propriété. Par contre, s'il s'agit de contracter une obligation personnelle à l'égard d'une personne, la servitude personnelle ainsi créée engendre une

situation juridique qui n'a pratiquement rien de commun avec le cas précédent.

La deuxième section de ce chapitre sera consacrée à l'analyse des rentes; plus particulièrement, nous tenterons de démontrer que la loi, malgré ce qu'en dit le jugement de la Cour suprême, fait en sorte que l'engagement à perpétuité de la part du débiteur soit impossible.

Section 1 - Le droit de propriété

Le contrat de vente est un des exemples de contrat perpétuel mentionnés au Code et dont se servent les tribunaux pour appuyer leur thèse; pour tenter de comprendre cette référence, il nous faut consulter le jugement de la Cour du Banc du Roi, lorsque le juge Galipeault fait état de ce que le contrat de vente est une concession perpétuelle (92). Un des effets naturels de la vente est la transmission du droit de propriété, comme l'indique Michel Pourcelet:

La vente implique le transfert de la propriété d'un bien. C'est un aspect primordial de ce contrat qui se réalise dès l'échange des consentements (93).

D'ailleurs toutes les règles relatives à la vente, surtout s'il s'agit de l'objet du contrat ou de la promesse de vente, sont orientées vers cet objectif de la transmission du droit de propriété.

L'article 406 C.c. définit ainsi le droit de propriété:

(92) 1944 B.R. 315.

(93) Michel Pourcelet, La Vente, Ed. Thémis, Montréal, 1975, p. 65.

Art. 406. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

Nous avons déjà vu que le contrat de vente est l'un des moyens prévus au Code pour accéder au droit de propriété sur un objet. Ce lien de droit qui se crée ainsi entre une personne et une chose, qui, en d'autres mots, donne à cette personne le droit de jouir et de disposer de cette chose, constitue un droit réel. Ce droit de propriété donne à son titulaire les pouvoirs les plus complets sur cette chose, soit le droit de s'en servir, d'en percevoir les fruits et de l'aliéner.

Suivant les auteurs et la tradition rattachée aux droits réels, le droit de propriété comporte trois caractères: il est souverain, perpétuel et exclusif (94).

Lorsqu'on dit que le droit de propriété est souverain, cela signifie qu'il est le droit le plus complet comportant les trois éléments déjà nommés: l'usage, l'appropriation des fruits et la disposition; c'est la description que nous retrouvons à l'article 406 du Code. Il faut quand même préciser que depuis quelques années surtout, la réglementation est venue altérer ce caractère du droit de propriété: par exemple, les règlements municipaux de zonage peuvent empêcher le propriétaire d'utiliser son immeuble comme il l'en-

(94) P.B. Mignault, Droit civil canadien, t.2, Théorêt, Mtl, 1896, p. 466.

Louis Baudouin, Le droit civil de la province de Québec, Wilson et Lafleur, Montréal, 1953, p. 373.

Pierre Martineau, Les Biens, Thémis, Montréal, 1973, p. 29.

tend; les règles relatives au bail, tant au Code civil que dans les lois particulières limitent le propriétaire quant à son droit absolu sur les fruits de l'immeuble, comme par exemple le contrôle des loyers (95); la Loi sur la protection du territoire agricole (96) peut aussi empêcher le propriétaire de disposer de son immeuble comme il l'entend. Cette réglementation néanmoins, même si elle devient de plus en plus envahissante pour ainsi altérer le droit de propriété, n'affecte quand même pas la définition de l'article 406 C.c. car, à défaut de réglementation spécifique, le caractère souverain du droit de propriété subsiste.

Le caractère d'exclusivité révèle l'aspect individualiste du droit de propriété; cet aspect traditionnel est aussi beaucoup tempéré aujourd'hui. Ainsi, la copropriété se rencontre de plus en plus sous forme de condominium ou de toute autre forme de collectivité (96.1). Cependant, rien ne nous permet de croire que lorsqu'on parle d'individualisme, on pense à une personne physique; l'individu peut fort bien prendre l'aspect d'un groupement quelconque. La propriété collective étant ouverte à tous, la propriété étatique n'est pas suffisamment développée pour altérer ce caractère de la propriété. L'exclusivité est aussi diminuée par les rapports de voisinage que l'on retrouve au Code, comme la mitoyenneté des murs (art. 510 C.c.), des clôtures et des fossés (art. 523 et 527 C.c.); aussi, le droit de superficie gêne considérablement le caractère exclusif du droit d'un propriétaire.

(95) Art. 1658.6 C.c. et Loi instituant la Régie du Logement, 1979 L.Q. c. 48.

(96) Loi sur la protection du territoire agricole, 1979 L.Q. c. 10, art. 26.

(96.1) En copropriété (art. 441b et suivants), le droit de propriété est exclusif sur les fractions qui constituent des entités distinctes, et collectif entre les propriétaires des fractions sur les parties communes.

re; néanmoins, il n'y a pas ici d'indivision, le droit du superficiaire portant sur ce qui est au-dessus du sol, alors que le tréfoncier garde la propriété du même sol.

Enfin, le dernier caractère du droit de propriété est sa perpétuité; il devra durer en principe aussi longtemps que la chose qui en est l'objet; il se perpétue au-delà de la vie de son titulaire, en passant entre les mains de ses héritiers, avec les mêmes caractéristiques et les mêmes prérogatives. Ce n'est en somme qu'exceptionnellement que le droit de propriété sera temporaire, comme dans le cas de la substitution, (art. 925 et ss. C.c.), alors que le grevé ne peut ni disposer ni aliéner l'objet, de l'emphytéose et de certains droits incorporels comme le droit d'auteur.

Ce caractère de perpétuité s'illustre notamment par le fait qu'il ne se perd pas par le non-usage; il échappe à la prescription extinctive; il existe aussi longtemps que la chose n'est pas détruite; s'il change de titulaire, il ne s'éteint pas, mais se poursuit d'un titulaire à l'autre.

Mignault décrit ainsi le droit de propriété:

Ainsi, le droit de propriété, c'est-à-dire la faculté attribuée à une personne de retirer d'une chose toute l'utilité qu'elle peut donner est un droit réel (97).

Il fait la distinction suivante entre le droit personnel et le droit réel:

(97) P.B. Mignault, Droit civil canadien, Théorêt éditeur, Montréal, 1896, t. 2, p. 390.

Les droits sont réels ou personnels. Le droit réel est la faculté accordée à une personne de s'attribuer, à l'exclusion de toute autre, l'utilité totale ou partielle d'une chose.

Le droit personnel est la faculté qu'a une personne d'exiger qu'une ou plusieurs autres personnes nommément désignées lui procurent un avantage, soit en faisant, soit en s'abstenant de faire une chose (98).

Plus loin, il continue:

Le droit réel est un pouvoir direct et immédiat sur une chose. La relation qu'il établit existe, sans aucun intermédiaire, entre la personne qui en est titulaire et la chose qui en est l'objet. Le droit personnel au contraire, ne donne sur la chose qui en est l'objet aucune puissance directe et immédiate; ainsi lorsqu'une chose m'est due, je ne puis arriver à elle que par l'intermédiaire du débiteur, qui reste interposé entre elle et moi, tant qu'il n'a pas accompli son obligation. Le rapport constitutif du droit personnel existe donc directement, immédiatement entre le créancier et le débiteur, et médiatement entre le créancier et la chose qui lui est due (99).

Ces distinctions étant faites, voyons maintenant comment la perpétuité peut affecter le détenteur et l'objet du droit réel.

(98) Idem, p. 389.

(99) Idem p. 390.

Paragraphe 1 - Incidence de la servitude sur le droit de propriété

En principe donc, la propriété permettra à son titulaire d'exercer ses droits sur l'objet selon sa seule volonté et son gré, sujet néanmoins aux limites imposées par la loi et les règlements. Le caractère de perpétuité que l'on retrouve ici est relatif cependant à un droit et non à une obligation. L'obligation nécessitant la présence de deux personnes, on pourra toujours retrouver de telles relations entre des personnes relativement à leur droit de propriété. Ce sera ainsi l'exemple que nous retrouverons dans le cas de la servitude, vis-à-vis des titulaires du droit de propriété des biens-fonds concernés. En effet, le droit de propriété ne concernant essentiellement que les rapports juridiques qui peuvent relier une personne à l'égard d'un bien, ce n'est donc que par l'entremise d'obligations accessoires rattachées au droit de propriété que deux personnes pourront avoir directement ou indirectement des obligations l'une face à l'autre. Ainsi en sera-t-il par exemple lorsqu'une servitude sera établie sur un lot pour le bénéfice d'un autre lot; notre définition déjà ne s'attache qu'aux biens qui peuvent faire l'objet de la servitude alors que souvent, ce sont les détenteurs du droit réel de propriété sur ces biens qui vont bénéficier des avantages fournis par la servitude.

Il y a beaucoup d'arrêts dans la jurisprudence québécoise sur les servitudes; nous avons tenté de ne retenir que ceux qui se prêtent le mieux à l'analyse particulière de la perpétuité comme élément intrinsèque de la constitution du titre.

Un arrêt intéressant est celui de la Compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean c. Fortin (100); une des parties s'était engagée à construire et exploiter un aqueduc jusqu'à la limite de la propriété de l'autre partie et à lui fournir l'eau, à perpétuité, moyennant un prix calculé selon la longueur de l'aqueduc, pour les vingt-cinq premières années et, par la suite, moyennant un prix annuel fixé en proportion de l'utilisation de l'aqueduc.

Quelques années plus tard, l'aqueduc est vendu à la compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean, avec tous les droits et obligations du vendeur. Par la suite, la compagnie a intenté une poursuite en réclamation du prix ou de la valeur de l'eau fournie depuis plusieurs années au défendeur, par le moyen de son aqueduc. Le défendeur plaidait de son côté que le contrat qu'il avait signé originellement était toujours valide et qu'il avait droit en conséquence à l'eau sans autre rémunération que celle qui était prévue à ce contrat. Le réclamant répondait à cela qu'il n'était pas tenu aux obligations de ses vendeurs puisque l'acte n'avait pas créé de

(100) La compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean c. Fortin,
(1925) 38 B.R. 75 et 1925 R.C.S. 192.

servitude réelle, mais un simple droit d'usage et de servitude personnelle sur l'aqueduc. Le point en litige était donc de savoir si la compagnie d'aqueduc était tenue de respecter le contrat intervenu ou si les obligations qui y étaient énoncées étaient personnelles au vendeur.

Le juge Dorion de la Cour d'appel, statue ainsi:

Ce contrat ne crée pas un droit d'usage. Il n'est pas restreint au besoin du bénéficiaire et il n'est pas viager.

Il crée, il est vrai, un droit de créance en faveur de ceux à qui l'eau est due; mais, cette créance est conditionnée par la propriété de l'aqueduc, d'une part, et d'autre part, des immeubles desservis par l'aqueduc. Il en est de même de toutes les servitudes réelles: le propriétaire du fonds servant doit le service au propriétaire du fonds dominant (101).

Il s'agissait donc ici, dans l'opinion du juge, d'une servitude réelle établie par les parties; le droit de recevoir l'eau par l'entremise de l'aqueduc est une servitude de ce type, constituée en faveur du fonds dominant, par le fonds servant. L'établissement d'une telle servitude va-t-il cependant plus loin que la constitution d'un droit réel? Le propriétaire du fonds servant doit-il supporter activement cette servitude ou peut-il se contenter de la subir, sans poser de geste, passivement? Constitue-t-il aussi l'établissement d'un droit personnel?

(101) (1925) 38 B.R. p. 76 et 77.

Mignault explique ainsi le mécanisme de l'exercice de la servitude réelle:

La servitude implique donc, comme tout autre droit, une idée complexe, un droit d'un côté, une charge de l'autre. De même, qu'une obligation a pour corrélatif inséparable une créance, la charge qui constitue la servitude a pour corrélatif nécessaire un droit réel.

L'obligation suppose: 1. un bénéfice, un avantage qui fait l'objet de la créance;
2. une personne qui le doit, le débiteur;
3. une personne à laquelle il est dû, le créancier. La servitude se compose donc des mêmes éléments: nous y trouvons aussi un objet du droit, un sujet actif et un sujet passif. L'objet du droit, c'est un service: le sujet passif est l'héritage qui le doit, le sujet actif est l'héritage auquel il est dû (102).

L'assujettissement d'un héritage à une servitude (le fonds servant) affecte évidemment l'exercice du droit de propriété par le titulaire de ce droit réel. Il n'a plus sur ce fonds la jouissance pleine et entière de tous les attributs de la propriété, car un droit en faveur d'un héritage voisin a été créé sur l'objet de son droit de propriété. Est-ce à dire qu'il y a naissance d'une obligation personnelle? Dans le cas de l'affaire de la Compagnie d'Aqueduc, le propriétaire du fonds servant est-il personnellement obligé de fournir de l'eau?

Le juge concluait ainsi:

L'article 1667 du Code civil déclare nul l'engagement de services personnels à perpétuité.

(102) P.B. Mignault, Droit Civil Canadien, Théorêt éditeur, Montréal, 1896, t. 3, p. 2

Mais je ne connais pas d'autre prohibition. L'article 555 du Code civil permet le contraire, et ceci nous ramène à la servitude réelle, qui est, en effet, le droit créé entre les parties par l'acte du 17 mai 1912. Je crois donc que les appelants sont liés tant personnellement que réellement au service d'eau aux conditions stipulées dans l'acte (103).

La question que nous soulevons ici est de savoir si, par une servitude réelle, il peut y avoir établissement d'un droit personnel; c'est ce que prétend le juge. Cependant, comme il le souligne, ce droit personnel étant accessoire d'un droit réel, il devrait donc être, comme son principal, perpétuel, si la servitude elle-même l'est.

La servitude réelle, en soi, crée des droits et des obligations à l'encontre des détenteurs des droits réels, indépendamment de tout autre stipulation dans l'acte créant la servitude; il faut que le propriétaire du fonds servant subisse la servitude même si ce n'est que passivement, et, d'autre part, le propriétaire du fonds dominant a droit à l'usage, activement, de cette servitude:

La servitude et le droit qu'elle a pour corrélatif étant établis, la charge sur un héritage existe de plein droit, passivement et activement, à l'égard de toute personne, quelle qu'elle soit, qui a la propriété du fonds servant ou du fonds dominant. Ainsi, les servitudes constituent des qualités actives ou passives qui suivent, en quelques mains qu'ils passent, les héritages dont elles sont des dépendances (104).

(103) Idem, note 100, p. 79.

(104) Mignault, op. cit., note 102, p. 3.

En principe, le Code prévoit que celui à qui est due la servitude, c'est-à-dire le propriétaire du fonds dominant, peut faire tous les ouvrages nécessaires pour l'utilisation et la conservation de la servitude; ces travaux sont même à la charge du propriétaire du fonds dominant. Ce n'est que si le titre constitutif de la servitude le prévoit expressément que le propriétaire du fonds servant devra payer le coût des ouvrages ou même les faire lui-même (105).

D'autre part, le Code civil impose au propriétaire du fonds servant l'obligation de ne rien faire "qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode". De son côté, le propriétaire du fonds dominant ne doit pas utiliser la servitude autrement que suivant le titre constitutif; il ne doit rien faire qui puisse être de nature à aggraver la situation du propriétaire du fonds servant (106).

Ainsi donc, l'obligation du propriétaire du fonds servant sera, en principe, entièrement passive; il doit laisser le propriétaire du fonds dominant jouir de son droit de servitude et faire tous les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de son droit. Ce n'est qu'en présence d'une stipulation expresse que le propriétaire du fonds servant devra poser un geste activement, pour permettre l'usage de la servitude, tel que prévu

(105) Articles 553, 554 et 555 du Code civil.

(106) Article 557 du Code civil.

au titre constitutif.

Dans l'affaire de la Compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean, la Cour d'appel concluait à l'existence d'un droit personnel en plus de l'établissement d'une servitude réelle. Cependant, Mignault, à titre de juge à la Cour suprême, allait porter des distinctions fort intéressantes (106.1); tout en confirmant le jugement de la Cour d'appel, mais sans toutefois se prononcer sur la possibilité de s'engager à perpétuité, il analyse le contrat à l'origine du litige et il en tire les traits caractéristiques suivants:

Il est clair que Joseph Guay a fait cette stipulation comme propriétaire de sa terre et au profit de celle-ci, puisque cette terre et les bâtiments y érigés devaient bénéficier de l'approvisionnement d'eau dont on ne pouvait se servir ailleurs. La stipulation que l'eau serait fournie à perpétuité le démontre, car un engagement perpétuel ne peut se concevoir qu'à l'égard de ce qui dure toujours. Du moment que Joseph Guay vend cette terre, il cesse d'avoir intérêt à l'approvisionnement d'eau, et partant, ne peut plus le réclamer pour lui-même. Ce n'est donc pas un droit exclusivement personnel, ou attaché à sa personne, que Joseph Guay a acquis de la Société Aubin et Perron. D'autre part, l'acheteur de cette terre, l'intimé, a la même prise d'eau ainsi que les mêmes chantepleures qu'avait Joseph Guay; il n'a fait que continuer la jouissance de ce dernier (106.2).

Le juge constate que dans le présent cas, il n'y a pas eu d'établissement de servitude réelle, mais cela importe peu car le droit au service de l'aqueduc est accessoire de la terre qui en bénéficie:

(106.1) Compagnie d'aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin, 1925 R.C.S. 192 .

(106.2) Idem, p. 197 et 198.

On peut envisager le droit au service de l'aqueduc comme un droit accessoire qu'on ne saurait séparer de la terre qui en jouit, ou comme ayant été l'objet d'une stipulation faite par le propriétaire de cette terre et dont profiterait, comme son ayant-cause, tout acquéreur subséquent de la terre (106.3).

Il applique donc l'article 1499 C.c. auquel il joint l'article 1031 C.c.; il en conclut donc:

Il n'y a rien du reste, dans le contrat dont il s'agit ici qui s'oppose à la transmissibilité du droit au service de l'aqueduc; ce droit, par sa nature, est transmissible à tout acquéreur de la terre et aurait pu être considéré comme une servitude réelle s'il y avait eu désignation d'un fonds dominant et d'un fonds servant (106.4).

L'obligation de faire un geste, accessoire à l'exercice d'une servitude, de la part du propriétaire du fonds servant peut faire l'objet d'une clause au titre constitutif. Le Conseil privé s'est penché sur une telle clause dans l'affaire Dorion c. les Ecclésiastiques du Séminaire de Saint-Sulpice de Montréal (107). En 1804, les Sulpiciens, alors seigneurs d'un vaste domaine dans la paroisse du Sault-au-Récollet, ont cédé, à titre de cens et

(106.3) Ibidem.

(106.4) Idem, p. 201.

(107) Dorion c. Les Ecclésiastiques du Séminaire de Saint-Sulpice

rente à Oliver Smith, une propriété le long de la côte St-Michel; l'acte contenait entre autres, la condition suivante :

Plus ledit preneur, ses dits hoirs et ayant-causes seront chargés de fournir toute la largeur du chemin sur le front de la dite terre, et ensuite de le faire et l'entretenir, et même de faire les fossés et clôtures des deux côtés dudit chemin tant que les dits sieurs seigneurs posséderont la partie dudit domaine opposée. (108)

Ce lot était par la suite cédé à un dénommé Dugas, et finalement, vendu en justice à Dorion, libre de toute charge, obligation et servitude. La corporation municipale a poursuivi les Sulpiciens pour récupérer le coût des travaux d'entretien qu'elle a dû faire sur le chemin, et ceux-ci ont appelé Dorion en garantie, alléguant l'acte de 1804. Dorion prétendait être libéré de la charge imposée à Smith en 1804, puisqu'il avait acquis par vente en justice.

Le juge se demande si cette disposition constituait une servitude réelle, ou une charge personnelle. Sir Montague E. Smith analyse ainsi le problème :

The question in this case is, whether the obligation contained in the original deed of grant of this estate to Smith created a servitude ... The obligation to repair a road imposed on one estate for the benefit of the owners of another would, prima facie, seem to be a charge within the terms of this article (499C.c). No doubt, by the old French law founded on the Roman Law, and by the law of Canada before the Code, a servitude was understood to be, that the owner of the

(108) Idem, p. 366.

servient tenement was only to suffer, and not to do any act...(109)

Néanmoins, le Code Napoléon permet maintenant que l'acte constitutif de la servitude impose au propriétaire du fonds servant l'exécution de quelque acte:

L'article 698 C.N., au contraire après avoir déclaré que les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude sont aux frais du propriétaire du fonds dominant et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, cet article ajoute cette disposition: "...à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire."

D'où résultent, comme on le voit sur ce point deux différences entre la législation de Rome et la nôtre:

D'une part, en effet, notre Code n'admet en aucun cas que le propriétaire du fonds assujetti soit tenu, de plein droit, de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude; mais, d'autre part, il décide comme règle générale, qu'il est permis dans l'acte constitutif de la servitude, de mettre ces ouvrages et ces frais à sa charge (110)

Sir Smith conclut ainsi son jugement:

In the present case, their Lordships think that the effect of the deed is, that the estate was conveyed to Smith subject to the obligation that part of it was to be used for a road which the grantee was to make and keep in repair. The land to be so used was not excepted out of the grant to Smith, but on the contrary was granted to him as part of an entire estate, subject to the obligation that it should be used for the purpose of the road. The obligation to repair was not an independant servitude separately created, but was part of the entire servitude imposed upon the land on the grant of it (111)

(109) Idem, p. 367.

(110) Demolombe, Cours de Code Napoléon, Paris, Durand et Hachette, 1872, vol. XII, no 873.

(111) Idem, note 107, p. 368.

Ainsi donc, le principe reconnu est que celui qui doit une servitude, c'est-à-dire le fonds servant, puisse aussi obliger le propriétaire de ce terrain à l'accomplissement d'un acte quelconque pour assurer l'exercice de la servitude. Cette obligation, non reconnue dans l'ancien droit, est maintenant permise. Cependant, l'obligation qui repose sur les épaules du propriétaire du fonds servant est l'accessoire du droit réel détenu par le fonds dominant, la servitude: en effet, on ne saurait concevoir que le propriétaire du fonds servant se soit ainsi engagé à entretenir ce chemin, sans que cette obligation soit accompagnée du droit, en faveur du fonds dominant, d'utiliser ce même chemin; s'il n'y avait de droit réel, l'obligation d'entretien n'existerait pas, vu le défaut de créancier.

Il ne serait donc pas possible de qualifier un tel engagement d'obligation personnelle; c'est plutôt un accessoire d'un droit réel qui n'existe qu'en fonction de ce droit; il est dévolu au fonds servant, avec la servitude qui en est le principal, le prescriptaire étant le propriétaire de cet immeuble.

La cause de Coulombe c. La Société Coopérative agricole de Montmorency (112) offre aussi beaucoup d'intérêt. Il s'agissait d'interpréter la clause d'un testament par lequel une testatrice

(112) Coulombe c. Société Coop. Agricole de Montmorency, 1950, R.C.S. 313.

léguaît à son fils un barrage construit dans le lit d'une rivière, qui devait fournir l'eau à une manufacture aussi léguée au même fils, l'énergie nécessaire à l'exploitation de l'usine, et tout ce qui était nécessaire à l'usage et bon fonctionnement de ce pouvoir généré par le barrage.

D'autre part, la fille de la testatrice recevait un moulin à farine et un moulin à scie, situés en aval du barrage; de plus, le testament contenait une clause à l'effet que l'héritière aurait le droit de se faire fournir par son frère, "à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins". Il s'agissait en somme de définir dans cette affaire s'il s'agissait là d'un droit réel ou personnel.

Le juge Rinfret rappelle que, pour qu'il y ait servitude, la possession même immémoriale ne suffit pas (art. 549 C.c.). Le titre constitutif est nécessaire et, à défaut, il ne peut être remplacé que par un acte recognitif émanant du propriétaire (art. 550 C.c.); la destination du père de famille ne vaut titre que lorsqu'elle est par écrit et que la nature, l'étendue et la situation y sont spécifiées (art. 551 C.c.). Le juge continue ainsi son exposé:

Or, ici, d'après même la clause du testament que nous avons cité et d'après tout ce que dit le juge de la Cour supérieure, il n'est pas possible de déterminer l'usage et l'étendue de la servitude que les deux jugements, qui sont en appel devant nous, ont prétendu imposer au barrage de la retenue; sans compter que l'effet du jugement serait que cette charge qu'ils imposent à l'appelant, si elle est une servitude réelle, comme

ils le disent, constituerait sur le barrage de la retenue une charge à perpétuité (113).

Puis, citant Pothier et Planiol à l'appui de sa thèse, le juge Rinfret ajoute que la caractéristique de la servitude réelle réside dans le fait que le propriétaire du fonds servant doit subir l'usage de la servitude, sans qu'il soit fondé à poser un geste positif:

De la part du fonds servant, elle doit être exclusivement passive, et ne pas exiger de son propriétaire une participation active. Dès qu'elle l'exige, ce n'est plus une servitude réelle imposée comme charge sur le fonds dont il est propriétaire, c'est une obligation personnelle (114).

Le juge s'est donc penché ici sur le texte du testament afin de déceler l'intention de la testatrice; dans le testament, il était indiqué que la légatrice aurait le droit de "se faire fournir" l'eau. Suivant le jugement, il s'agit là plutôt d'une obligation de faire, conformément à l'article 1065 C.c., qui repose sur les épaules du débiteur, le propriétaire du fonds qui serait servant s'il s'agissait d'une servitude réelle. Les mots utilisés dans le testament faisaient donc en sorte que le fils devait lui-même fournir l'eau à sa soeur et non pas elle, prendre l'eau sur le terrain de son frère.

(113) Idem, p. 321.

(114) Idem, p. 332.

C'est pourquoi le juge conclut que l'obligation créée principalement impose au débiteur l'obligation de poser un geste; ce n'est pas la démarche qu'impose la servitude; si l'acte constitutif de la servitude impose au propriétaire du fonds servant l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à la conservation de la servitude, il s'agit là seulement d'un accessoire du droit principal qui sera toujours de souffrir passivement que le propriétaire d'un autre héritage "se serve" sur cet immeuble.

Mignault écrit:

Jamais elle (la servitude) ne consiste à faire quelque chose. Elle n'est due, en effet, que par l'héritage sur lequel elle est établie, et ce n'est qu'indirectement qu'en souffre le propriétaire; or, si une personne peut être obligée à faire quelque chose, on conçoit qu'il n'en saurait être de même d'un héritage. La servitude ne consiste donc, en général, qu'à souffrir ou à ne pas faire (115).

Il est donc nécessaire de bien définir l'obligation qui est créée dans l'acte; cette définition sera déterminante, car, s'il s'agit d'un droit personnel, comme c'était le cas ici, les ayants-droit de la fille ne peuvent réclamer la prestation qu'elle pouvait exiger. S'il s'était plutôt agi d'un droit réel, la transmission du titre de propriété d'une personne à une autre n'aurait eu aucune incidence sur le droit de l'héritage contre le fonds servant. Le juge a préféré l'interprétation suivant laquelle la testatrice avait voulu favoriser sa fille, sa vie durant.

(115) Mignault, op. cit., note 102, p. 4.

Nous avons vu qu'il est cependant possible que le titre établissant la servitude impose au propriétaire du fonds servant l'obligation de faire les travaux nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude (art. 555 C.c.). Néanmoins, il ne peut s'agir là d'une obligation personnelle perpétuelle, puisque le même article prévoit pour le propriétaire de ce fonds, la possibilité de se décharger de cette obligation en abandonnant l'immeuble. L'article 555 établit donc que lorsque le titre constitutif de la servitude impose une telle charge au propriétaire du fonds servant, cette obligation n'existe qu'accessoirement à la détention du droit réel. Il ne s'agit donc pas d'un droit personnel pur, et puisqu'on prévoit pour le débiteur la possibilité de se dégager de sa charge, on ne saurait qualifier ce droit de perpétuel à l'encontre d'une personne en particulier.

Le propriétaire du fonds servant à qui le titre constitutif de la servitude confie la tâche d'exécuter les travaux nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude, doit cette charge au fonds dominant, de la même manière que la servitude est due par le fonds servant au fonds dominant. La relation mettant directement en présence une personne, le propriétaire du fonds assujetti, et un immeuble, il s'agit d'un droit réel; ne pourrions-nous pas plus précisément qualifier cette situation d'obligation réelle?

De toute façon, à cause même de l'article 555, le propriétaire n'est pas tenu à cette charge de façon perpétuelle, puisqu'il

a la possibilité d'abandonner l'immeuble. Bien que la prestation soit due à perpétuité, comme la servitude même, l'obligation n'est pas rattachée à une personne directement; ce sera plutôt la qualité de propriétaire de fonds servant qui entraînera l'obligation vis-à-vis du fonds dominant.

Paragraphe 2

Le droit de superficie

L'arrêt Consumers Cordage mentionne parmi les droits perpétuels reconnus au Code le droit de coupe de bois perpétuel-
le. A l'époque où ce jugement a été rendu, ce droit était le
droit de superficie le plus répandu et faisait partie de nos
moeurs depuis bien longtemps.

Aujourd'hui, il ne jouit plus de la même popularité
bien que les droits de coupe de bois représentent un facteur très
important de l'économie et couvre un territoire très vaste du Qué-
bec. Mais, dans nos moeurs, le bois de chauffage a été remplacé,
peut-être trop rapidement, par d'autres sources d'énergie.

Cependant, d'autres formes de droits de superficie sont
apparues de sorte que tout ce qui a pu s'écrire en fait de traités
ou de jugements sur le droit de coupe de bois garde une actualité
bien réelle.

La situation juridique que l'on retrouve ici peut pré-
senter en apparence certaines analogies avec la servitude réelle,
mais la distinction est profonde.

L'article 381 du Code civil a été amendé en 1911 afin d'inclure le droit de coupe de bois; depuis, cet article se lit comme suit:

Art. 381. Sont immeubles par l'objet auquel ils s'attachent: l'emphytéose, l'usufruit des choses immobilières, l'usage et l'habitation, le droit de coupe de bois perpétuelle ou pour un temps limité, les servitudes, les droits ou actions qui tendent à obtenir la possession d'un immeuble.

Le droit de coupe de bois peut donc être pour une période de temps limitée ou perpétuelle; la perpétuité dont il est question dans cette définition peut prendre une dimension bien différente selon la nature du droit de coupe de bois; ce droit existe-t-il en fonction d'un droit de propriété sur les arbres et les croissances subséquentes? Il est alors un droit de superficie, complet en soi, avec tous les attributs de la propriété.

On peut à certains égards le considérer comme un démembrement du droit du tréfoncier, quoiqu'il s'agisse quand même d'un droit complet en soi dont l'objet est différent, portant sur des biens distincts: l'un, le sol, l'autre, les arbres. Dans un tel cas, le droit de coupe de bois est plutôt un droit de propriété sur les arbres qui croissent sur ce fonds et en tant que droit de propriété, il doit revêtir le même caractère de permanence ou de perpétuité qui est rattaché aux droits du propriétaire d'un immeuble, comme il a été étudié au chapitre précédent.

Aubry et Rau définissent ainsi le droit de superficie:

Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres ou plantes, adhérent à la surface d'un fonds (édifices et superficies) dont le dessous (tréfonds) appartient à un autre propriétaire. (116)

De son côté, Baudry-Lacantinerie apporte la distinction suivante:

Lorsqu'une personne est propriétaire du tréfonds, tandis qu'une autre a un droit exclusif sur les constructions et les plantations adhérent à la surface du sol, on dit que cette dernière a un droit de superficie. (117)

Dans la doctrine québécoise, W. de M. Marler a repris à son compte la définition de Aubry et Rau:

The right of superficies is a right of ownership in the buildings, trees or plants, on the surface of an immovable of which soil belongs to another owner.

The right is a derogation from the general principle of CC 414 which provides that the ownership of the soil carries with it ownership of what is below. (118)

(116) Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, tome 2, Marchal et Billard, Paris, 1935, p. 596.

(117) Baudry-Lacantinerie, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, tome 5, L. Larose, Paris, 1895, p. 237.

(118) W. de M. Marler, The Law of Real Property, Burrough, Toronto, 1932, p. 59, parag. 130.

L'objet du droit de superficie, que ce soit une bâtisse, ou une plantation, fera en sorte que le tréfoncier se verra prive de l'exercice complet de son propre droit, car l'objet du droit de superficie porte sur quelque chose qui est présumé être la propriété du propriétaire du fonds, suivant l'article 415 du Code civil.

D'ailleurs, cet article confirme la reconnaissance que fait le Code civil du droit de superficie: nulle part au Code retrouverons-nous la mention explicite de ce droit, mais l'article 415 édicte cette règle:

Art. 415. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

Le Code établit donc une présomption de propriété des objets qui se trouvent à la surface du sol, en faveur de celui qui est propriétaire de ce sol. Cependant, cette présomption n'est pas irréfragable, puisqu'on admet que la preuve soit faite qu'une autre personne que le propriétaire du sol exerce ce droit de propriété.

Le droit de superficie est donc une exception au principe de l'étendue du droit de propriété, tout en constituant en soi un droit complet, tout comme l'objet du droit qui, en soi, est un

bien distinct. Enfin, puisque l'objet du droit de superficie est immobilier, le droit est donc lui-même immobilier, susceptible d'hypothèque;

Marler décrit ainsi l'exercice de ce droit:

The proprietor of the soil has with respect to it all the rights of ownership, subject to the condition of not interfering with the right of the superficiary. He may carry on, for example, mining or quarrying operations.

The superficiary on the other hand may exercise all the rights of a proprietor with respect to the objects affected by his right, subject always to not interfering with the rights of the proprietor of the soil. He might hypothecate the buildings he has erected.
(119)

La première application jurisprudentielle que l'on trouve au sujet du droit de superficie au Québec fut l'affaire Cadrain c. Théberge en 1890 (120). Le 24 mars 1855, Théberge vendait à Cadrain une terre, avec réserve en faveur du vendeur, de tout le bois qui se trouvait sur une partie de cette terre, et le droit de l'enlever quand bon lui semblerait; il s'était aussi réservé sur une autre partie de cette terre le droit de couper et d'enlever la quantité de pieux ou de perches qu'il voudrait prendre pour son utilité et ce, tant qu'il y en aurait sur ce terrain. La cour qualifie ainsi cette réserve faite en faveur du vendeur de droit de superficie:

(119) Ibidem.

(120) Cadrain c. Théberge, (1890) 16 Q.L.R. 76. (Cour de Revision).

(Le droit de superficie) qui est un jus in re et non un jus ad rem, et n'a pas besoin, pour être conservé, d'être renouvelé au bureau d'enregistrement dans les deux ans qui suivent la mise en force du cadastre... Le droit que s'est réservé le vendeur en est un de superficie que permettait le droit antérieur et que permet et reconnaît le Code civil aux articles 415 et 521 (121).

Une autre décision intéressante qui mérite étude est l'affaire Leblanc c. Price Brothers Company Limited (122). La cour d'appel devait se pencher sur la clause suivante:

Ledit W.G. Roy se réserve expressément la propriété à toujours de tous les bois debout de pin, d'épinette rouge, blanche et grise qui pourrait se trouver en tout temps à l'avenir sur lesdits lots de terre, propres à être convertis en billots de sciage, ou manufacturés d'autre manière, propres au commerce... (123)

La cour constate d'abord que dans notre droit, tout comme en France, la vente d'une coupe de bois a toujours été considérée comme une vente d'un droit immobilier:

La question à décider est la suivante: Le vendeur du sol avec une réserve telle que stipulée à l'acte de 1886, c'est-à-dire le droit à la coupe à perpétuité, peut-il intenter une action possessoire contre celui qui le trouble? En d'autres termes, possède-t-il un droit réel immobilier? Demolombe et Curasson (Des Biens, 44) enseignent l'affirmative (124).

(121) Idem, p. 77.

(122) Leblanc c. Price Brothers Co. Ltd. (1917) 26 BR. 31.

(123) Ibidem.

(124) Idem, p. 32.

Cette constatation est logique et rien ne nous paraît plus normal. Néanmoins, faudra-t-il quand même scruter attentivement l'acte constitutif afin de s'assurer que le droit de coupe de bois que l'on a établi est bien un droit réel et non un droit personnel, comme le serait le droit d'usage

La cause Cloutier c. Cloutier (125) définit bien aussi la nature du droit de superficie. Dans cette affaire, il s'agissait de définir si une bâtisse érigée sur le lot d'un autre propriétaire constituait un droit de superficie. En 1931, le défendeur avait permis que soit construite sur son lopin de terre une bâtisse, ce que le demandeur a fait. De cette situation, le juge en chef Gauthier dit:

Il est bien reconnu dans notre droit que la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous n'est pas essentielle (art. 414 C.c.) (126).

Et citant Mignault:

Elle forme le droit commun de la propriété, mais elle souffre des exceptions. Le propriétaire du sol peut n'être pas propriétaire du dessus; une maison peut appartenir, comme superficie, à une autre personne qu'au propriétaire du sol (127).

(125) Cloutier c. Cloutier, 1951, B.R. 521.

(126) Idem, p. 528.

(127) Mignault, Droit civil canadien, tome 2, p. 492.

Montpetit et Taillefer écrivent:

En droit généralement, le dessus et le dessous d'un terrain appartiennent à la même personne. Cependant, il peut arriver qu'une autre personne ait droit exclusif sur les constructions, plantations et arbres placés à sa surface. Le droit de cette tierce personne est un droit de superficie, et le détenteur de ce droit s'appelle superficiaire. L'existence du superficiaire et sa légalité sont admises par la doctrine et la jurisprudence française; on peut l'inférer chez nous de l'article 415 C.c.. C'est un véritable droit de propriété.

Le droit du superficiaire, propriétaire du dessus, est exclusif et indépendant du droit du propriétaire du dessous. Le superficiaire exerçant tous les droits d'un propriétaire sur sa chose, peut la vendre, la donner ou en disposer de toute autre façon. Il lui est même loisible de l'hypothéquer, la revendiquer, jouissant de tous les avantages du propriétaire foncier, sauf celui de provoquer un partage (128).

Il a été constaté précédemment que le droit de superficie constitue un véritable démembrement du droit de propriété du propriétaire du sol, comportant de par sa définition que le tréfoncier ne peut pas jouir de son bien comme un autre peut le faire; d'ailleurs, dans bien des cas, l'établissement d'un droit de coupe de bois pourra constituer aussi une véritable servitude réelle, comme il a été reconnu par nos tribunaux, notamment dans une décision de la cour d'appel (129); il fut arrêté dans cette cause que l'établissement de poteaux et de lignes téléphoniques sur la propriété d'autrui est un droit de superficie; mais un tel droit ne pourrait être accordé sur le domaine public. Au sujet de cette cause, Jean-Guy Cardinal écrit:

(128) Montpetit et Taillefer, Traité de Droit civil du Québec, t. 3, Wilson et Lafleur, Montréal 1945, p. 147.

(129) Compagnie du Téléphone Saguenay c. Cité de Chicoutimi, 15 B.R.222

Et cette décision, qui nous paraît bien fondée, confirme notre affirmation que le droit de superficie nécessite un démembrement de la propriété du tréfoncier. Car s'il n'y avait qu'existence d'une propriété superficielle sans droit dans le sol, rien ne prohiberait la possession, à titre de propriétaire seulement, d'arbres plantés sur la voie publique, car, le cas échéant, la municipalité pourrait exiger que le propriétaire des arbres les enlève puisqu'il n'aurait pas droit au situs (130).

Lorsque le droit de coupe de bois n'est pas perpétuel, mais pour un temps limité, précisé dans l'acte constitutif, son identification ne pose que peu de difficulté; dans ce cas, on ne pourra prétendre que le droit ainsi cédé est un droit de superficie, mais plutôt un droit d'usage, un bail ou une vente de bois ou de récolte. Dans son étude, le notaire Cardinal soulève d'autres distinctions fort intéressantes à ce point de vue, soulignant ainsi que le droit de superficie ayant pour objet une plantation est perpétuel, alors que le droit d'usage portant sur le même objet est viager; de plus, le bénéficiaire voit son droit limité par ses besoins et ceux de sa famille, ce qui n'est pas le cas du superficiaire; aussi, l'article 494 prohibe au détenteur du droit d'usage de le vendre ou de le céder à un autre, ce qui n'est pas le cas du superficiaire. Essentiellement donc, le droit de superficie portant sur une coupe de bois se distingue du droit d'usage d'une plantation en ce que le premier est un droit de propriété aliénable, et de nature perpétuelle, sans terme, tandis que l'usage est incessible, inaliénable, et de nature temporaire, plus souvent prenant fin avec la vie du bénéficiaire de ce droit. L'usage est un démembrement du droit

(130) J.-Guy Cardinal, Le Droit de Superficie, Wilson et Lafleur, Montréal, 1957, pp. 153 et 154.

de propriété, permettant à son titulaire d'utiliser l'objet comme le propriétaire lui-même; il n'est donc pas propriétaire de la plantation, mais exerce sur elle un droit réel.

Le droit de superficie portant sur une coupe de bois se distingue aussi de la servitude réelle; le Code civil définit ainsi la servitude réelle:

Art. 499. La servitude réelle est une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent.

Plus loin, il faut lire aussi l'article 545:

Art. 545. Tout propriétaire usant de ses droits et capable de disposer de ses immeubles, peut établir sur ou en faveur de ces immeubles telles servitudes que bon lui semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public. L'usage et l'étendue de ces servitudes se déterminent d'après le titre qui les constitue, ou d'après les règles qui suivent, si le titre ne s'en explique pas.

Une telle servitude est discontinuée suivant l'article 547, et celle-ci s'éteindra par le non usage pendant trente ans. (Art. 562 et 563 C.c.)

Cette servitude étant donc imposée pour l'utilité d'un autre héritage, suivant la définition au Code, et non pas pour l'utilité d'une personne, il s'ensuit donc que le propriétaire du fonds dominant ne pourra pas vendre le droit de coupe de bois indépendamment de son héritage, puisque la servitude y est rattachée, et non

pas à la personne du propriétaire; d'autre part, le détenteur du droit de superficie portant sur une coupe de bois pourra la vendre, l'objet du droit étant en soi indépendant de tout autre droit réel.

La distinction entre le droit de superficie, droit réel, et le louage d'une plantation réside en ce que ce dernier est un droit personnel, tel que défini à l'article 1600 C.c.

Enfin, une dernière distinction à faire: celle du droit de superficie par rapport à la vente du produit d'une coupe de bois; dans ce dernier cas, le bois doit être coupé à plus ou moins brève échéance, puisque la vente ne porte que sur le produit de la coupe; le superficiaire peut de son côté prétendre à des droits sur les arbres qui sont encore debout, rattachés au sol, et fixer lui-même le délai de coupe, s'il le juge à propos (131).

De ces réflexions, on peut conclure que le droit de coupe de bois perpétuelle doit nécessairement être un droit réel, comme l'est le droit de superficie ou la servitude réelle, devant durer aussi longtemps que l'objet du droit.

(131) Voir J.-Guy Cardinal, op. cit., note 130.

On peut constater que les tribunaux ont souvent été appelés à interpréter des contrats établissant des coupes de bois, en ce qui concerne l'échéance qu'il convient de leur accorder, s'il y a lieu, en prenant bien soin cependant de ne pas se substituer à la volonté que les parties ont voulu exprimer dans le contrat.

Ainsi, dans une affaire Bégin c. Carrier (132), la cour estime que, bien que le temps pendant lequel la coupe doit se faire ne soit pas prévu au contrat, on ne peut intervenir pour changer la nature et le caractère de la coupe de bois. Dans ce cas précis, le défendeur avait acquis le droit de faire une première coupe de bois sur les troncs existants au moment de l'établissement du droit, sans qu'un délai ne fut fixé pour ce faire; or, le demandeur, propriétaire du tréfonds, voulait faire déterminer le délai. La Cour a refusé de s'ingérer dans le contrat:

Règle générale, ou en principe, les tribunaux n'ont pas la faculté d'étendre ou de limiter les droits de possession, de jouissance ou de propriété des parties. Si Carrier (le défendeur) exerce son droit de coupe avec minutie, avec lenteur ou en bon père de famille, en ménageant le bois tel qu'il le dit, ou s'il ne coupe du bois que pour les fins de chauffage, le tribunal a-t-il le droit d'intervenir et de changer la nature et le caractère de ce droit, ou d'en limiter l'exercice? En agir ainsi serait substituer l'action judiciaire aux droits ou à la volonté expresse des parties, et, portant, dénaturer leurs contrats. Pareille intervention donnerait lieu à l'arbitraire, toujours odieux, et dont les tribunaux doivent scrupuleusement se garder (133).

(132) Bégin c. Carrier, (1907) 33 C.S. 1.

(133) Idem, p. 4.

Le juge précise qu'il y a certes des cas où l'intervention des tribunaux est nécessaire lorsqu'un terme n'a pas été stipulé dans un contrat; ainsi en serait-il lorsqu'un contracteur qui s'est engagé à bâtir une maison après avoir reçu des avances, refuse toujours de s'exécuter malgré la mise en demeure qui lui a été faite. Cette intervention doit néanmoins se faire en prenant toujours en considération l'objet du contrat et l'intention des parties. Elle ne peut se faire, à cause de la nature même de l'intervention, que dans le cas où le droit de coupe de bois est une obligation personnelle, et non un droit réel.

Dans une affaire Brampton Pulp and Paper Co. c. de Blois (134), le propriétaire d'un terrain avait donné par acte notarié la coupe de tout le bois de commerce, moins certaines essences décrites, qu'il y avait et qu'il y aurait à l'avenir sur des lots décrits; le vendeur se réservait cependant le droit de défricher ces lots moyennant un préavis d'une année.

Or, il y a eu une première coupe qui a été faite au cours des deux premières années du contrat; depuis, et il s'était écoulé une vingtaine d'années, le bénéficiaire n'avait pas exercé son droit. Les termes utilisés dans l'acte permettaient de conclure que les parties n'avaient pas eu l'intention d'établir un droit perpétuel de coupe de bois; de plus, le propriétaire du fonds s'était gardé la faculté de mettre fin au privilège moyennant un préavis. C'était donc dans ce cas un droit personnel qui avait été consenti.

(134) Brampton Pulp and Paper Co. c. de Blois (1927) 33 R.L. (n.s.) 285
(Cour supérieure).

Le juge Stein, qui a rendu le jugement, cite un autre arrêt rendu en Beauce par lequel la cour fixait à cinq ans le délai durant lequel l'acquéreur du droit de coupe pourrait compléter l'exercice de son droit; le juge considérait ce délai comme étant raisonnable, compte tenu des diverses circonstances de l'affaire (135). Citant donc cet arrêt, le juge Stein dit que cette décision peut servir d'argument à celui qui voudrait faire établir un délai, considérant qu'il est contraire aux sains usages du commerce, à l'intention des parties et aux circonstances, que le bénéficiaire jouisse indéfiniment du droit de coupe de bois.

Dans un autre arrêt, la cour a indiqué que le droit de coupe stipulé pour vingt ans comprend la repousse de la première coupe, pourvu que cette repousse soit prise à l'intérieur du délai de vingt ans (136).

Il faut enfin souligner un arrêt surprenant de notre jurisprudence, l'affaire Dame Grenier c. Thibaudeau. Dans ce jugement, le tribunal pose la règle suivante:

Considérant que le droit de superficie qui consiste dans la faculté de couper du bois sur le terrain d'un autre, est une dérogation au principe général voulant que la propriété du sol emporte la propriété du dessus; c'est un démembrement de la propriété qui diminue l'utilité du fonds pour son propriétaire. A cause de cela, ce droit ne peut être que temporaire de sa nature.

(135) Thomas Gilbert c. F. Jacques et A. Précourt, C.S. (Beauce), no 3213, en date du 15 novembre 1917.

(136) Belouin c. Hovey, (1905) 28 C.S. 31.

Lorsque le droit de coupe de bois sur le terrain d'autrui n'est pas limité quant au temps, le détenteur de ce droit devra donc, en vertu de la proposition ci-dessus, l'exercer dans un délai raisonnable (137).

Le juge conclut donc que si le détenteur d'un droit de coupe de bois ne l'exerce pas dans un délai raisonnable, le propriétaire du fonds grevé pourra, en invoquant le principe d'ordre social de la prescription extinctive, demander la "libération" de son fonds. Il déclare que lorsque le terme n'est pas indiqué au contrat, l'objet visé n'est que la pousse existante, et non pas le bois qui peut croître postérieurement; le détenteur du droit ne peut donc réclamer qu'une seule coupe, et ne peut enlever le bois qu'une seule fois. Il est alors impossible de qualifier une telle coupe de bois de droit réel, et, donc, de perpétuelle; mais, encore une fois, lorsqu'il s'agit de définir la nature du droit en question, faut-il examiner attentivement l'acte constitutif. Mais, la coupe de bois telle que définie par le tribunal dans cette cause n'est certes pas un droit de superficie, malgré le vocabulaire utilisé par le juge.

Dans cette décision, la question cruciale était de savoir si le droit de coupe de bois que s'était réservé le vendeur du fonds ne s'étendait qu'aux plantations existantes lors du contrat, ou comprenait aussi les arbres à venir, qui n'étaient pas encore poussés à ce moment. Dans son jugement, le juge ne cite pas la clause du contrat qui nous intéresse; il ne s'y réfère qu'en des termes qui ne nous révèlent guère quant à la nature du droit de coupe. Néan-

(137) Dame Grenier c. Thibaudeau, 1942 C.S. 272, à la page 273.

moins, il nous paraît discutable de poser comme prémisse que lorsque le contrat établissant le droit de coupe de bois ne détermine pas la durée pendant laquelle le droit peut être exercé, l'objet du contrat ne se limite qu'à la pousse qui existe au moment du contrat, et non pas au bois qui peut croître après; en conséquence, il ne peut se faire qu'une seule coupe. Le "principe" établi par le tribunal a été inspiré par l'affaire Cournoyer c. Cournoyer (138); pourtant, dans ce cas, le droit de coupe de bois s'étendait à:

...tout le bois complanté et existant sur le dit lopin de terre pour, par le dit vendeur, enlever le dit bois, à son loisir et quand bon lui semblera, avec droit en faveur de lui, dit vendeur, de passer sur le dit lopin de terre, en toutes saisons de l'année. Sans causer de dommages, sous l'obligation par le dit vendeur de prendre le bois à net, en commençant par le fond d'icelui et en continuant ainsi jusqu'à sa profondeur.

Il ressort quand même clairement à la lecture de ce passage du jugement que le droit de coupe de bois qui était ici concédé ne s'appliquait qu'aux arbres existants et non pas aux arbres à croître; il est donc curieux que l'on ait choisi cette décision pour généraliser comme on l'a fait dans l'arrêt Grenier c. Thibau-deau.

Se basant enfin sur Marler, le tribunal prétend qu'à cause du caractère particulier du droit de superficie, le droit de coupe de bois ne peut être que temporaire; voyons pourtant ce que dit Marler:

(138) Cournoyer c. Cournoyer, (1912) 18 R. de J. 194. (Cour de revision),

It is to be observed that the granting of the right of superficies - which after all is only a dismemberment of complete ownership- greatly diminished the usefulness of the right of the soil. Consequently, the right when it is granted and it is common in certain parts of France is usually of a temporary character (139)

Marler fait donc bien ressortir qu'habituellement, le droit de coupe de bois sera temporaire, mais non pas toujours. La distinction est donc des plus importantes.

En conclusion, on constate que la notion de perpétuité rattachée au droit de coupe de bois n'est pas un concept exceptionnel, ou unique dans son genre. En réalité, le droit de coupe de bois peut revêtir plusieurs formes, car, en soi, il ne constitue pas un droit définissable en dehors de toute autre notion. Il prendra donc tantôt la forme d'un droit personnel; dans ce cas, il ne peut être question de perpétuité puisqu'un terme doit nécessairement mettre fin aux relations existant entre deux personnes. D'autre part, s'il constitue un droit réel pur (139.1), il peut alors subsister tant et aussi longtemps qu'un titulaire détiendra ce droit qui, par son essence même, est cessible, ou tant que le fonds dominant sera dans les conditions voulues pour que la servitude subsiste; dans ces conditions, l'existence du droit de coupe de bois n'est pas subordonnée à quelque relation personnelle entre un débiteur et un créancier, mais plutôt à une situation réelle. Alors, la notion de perpétuité est acceptable, mais elle revêt les mêmes caractères que le droit de propriété, comme nous l'avons vu au chapitre précédent.

(139) W. de M. Marler, op.cit., note 118, p. 59.

(139.1) Par opposition aux droits mixtes que sont l'usufruit, l'usage et l'habitation, lesquels sont viagers la plupart du temps.

Section 2

Les rentes

Les rentes ont connu beaucoup de popularité jusqu'au début de ce siècle; c'était là une institution dont l'usage était courant, surtout la rente foncière ou le bail à rente. De nos jours, ces formes de contrat n'existent pratiquement plus, sauf la rente viagère constituée qui a connu un essor remarquable depuis que des avantages fiscaux sont rattachés à ce contrat.

Les articles du Code où l'on parle des rentes sont les articles 388 et suivants, les articles 1787 et suivants (la rente constituée) et les articles 1901 et suivants (la rente viagère); les articles 1593 et suivants traitent du bail à rente.

Mignault définit ainsi la rente:

On appelle rente, le droit d'exiger la prestation périodique d'une somme d'argent ou de certaines denrées (140).

Puis, il fait la distinction entre les différentes sortes de rentes:

(140) P.B. Mignault, op. cit., note 97, p. 442.

Sous le rapport de leur nature, on peut distinguer deux espèces de rentes, la rente constituée et la rente foncière. La rente constituée est celle qui est créée moyennant l'abandon d'une somme d'argent; la rente foncière, qu'on appelait autrefois bail à rente, est celle qui est établie comme prix de la cession d'un immeuble. Sous le rapport de leur durée, la rente est perpétuelle ou temporaire; perpétuelle quand elle est consentie pour toujours; temporaire quand le capital doit être remboursé après un temps limité. La rente temporaire est appelée viagère lorsque sa durée est limitée à l'existence d'une ou de plusieurs personnes (141).

Paragraphe 1: La rente foncière

La rente foncière, sur le plan de la perpétuité, ne pose aucune difficulté; en effet, l'article 389 du Code en limite la durée maximale:

Art 389. Nulle rente, soit foncière ou autre, affectant un bien-fonds, ne peut être créée pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans ou la durée de la vie de trois personnes consécutivement.

Ces termes expirés, le créancier de la rente peut en exiger le capital. Ces rentes, quoique créées pour quatre-vingt-dix-neuf ans, ou la durée de la vie de trois personnes, sont, en tout temps, rachetables, à l'option du débiteur, de la manière que le sont les rentes constituées auxquelles elles sont assimilées.

Cette faculté de racheter la rente foncière est relativement récente; c'est par la loi (1859), 22 Vict., c. 49 que le législateur a décrété que ces rentes devenaient meubles, alors qu'auparavant, on les considérait comme immeubles à cause du caractère perpétuel qui y était rattaché.

(141) Idem, p. 442 et 443.

Autrefois les rentes constituées et les rentes foncières étaient considérées immeubles. Mais le législateur ayant aboli la perpétuité de ces rentes, il s'en suivait qu'elles perdaient leur caractère immobilier et devenaient meubles comme de simples créances auxquelles elle ressemblent (142).

En déclarant donc rachetables ces rentes foncières ou celles affectant un bien-fonds, celles-ci sont devenues de simples droits de créance.

Dans une affaire Charles B. Wright c. Joseph Moreau (143), la cour d'appel a eu à se prononcer sur l'effet de cette législation sur les rentes créées avant l'adoption de cette loi et sur ses conséquences, notamment auprès des tiers détenteurs de l'immeuble grevé.

L'acte avait été passé en 1833 pour le paiement du prix de vente; les tiers détenteurs de l'immeuble ont été poursuivis pour le recouvrement de cinq années d'arrérages de rente.

La cour fait d'abord l'historique de la législation en cette matière et cite la Coutume de Paris; selon cette coutume, les détenteurs et propriétaires d'héritages chargés de la rente sont tenus personnellement responsables du paiement de la rente et de ses arrérages, tant qu'ils en sont les détenteurs; ces dispositions s'appliquaient aussi bien aux rentes foncières qu'aux rentes constituées affectant un bien-fonds. Le juge A.A. Dorion s'expliquait ainsi sur cette question:

(142) Idem, p. 446.

(143) Charles B. Wright c. Joseph Moreau, (1884-1885) 1 M.L.R. (Q.B.)

Toutes les autorités paraissent donc établir que les articles 99 et 100 de la Coutume de Paris ne distinguent pas entre la rente foncière et la rente constituée, et que l'obligation personnelle à laquelle ils soumettent le tiers-détenteur, par rapport aux arrérages échus de son temps, s'applique à la rente constituée créée pour le prix d'un fonds aussi bien qu'à la rente foncière.

Mais notre droit a subi des modifications importantes depuis lors. Par les Statuts refondus du Bas-Canada, chapitre 50, toutes les rentes foncières perpétuelles non rachetables sont déclarées rachetables à l'avenir et sujettes à toutes les lois et règles gouvernant les rentes constituées ordinaires, sauf à l'égard de la prescription (144).

La conséquence de cette modification législative était donc que la rente foncière perpétuelle cessait d'exister. Cela entraîne aussi comme conséquence que la rente n'oblige personnellement que celui qui s'est constitué débiteur personnel; le tiers détenteur ne sera pas tenu en cette qualité seulement (145).

Que la rente soit donc foncière ou garantie par hypothèque, il n'est plus question depuis le milieu du siècle dernier de parler de rente perpétuelle. La rente est maintenant rachetable et, tout au plus, peut-on stipuler que le non-rachat sera établi pour une période ne dépassant pas trente ans.

Pourquoi a-t-on jugé utile d'abolir ainsi la rente perpétuelle? La réponse n'est pas claire mais on peut trouver un élément de solution dans le contexte économique de l'époque, tel que reflété dans la loi qui adoptait cette disposition. En effet, c'est ce

(144) Idem, p. 458.

(145) Voir aussi Hall c. Dubois, (1858) 8 L.C.R. 361. (Panc de la Reine).

même statut qui mettait fin au régime seigneurial en déclarant rachetable par le détenteur du bien-fonds la rente payable au seigneur. Ce système de la tenure des terres, hérité de la féodalité du Moyen-âge, ne correspondait plus aux besoins des habitants et au progrès du temps.

Cette solution est du moins celle qui a été retenue par Me L.A. Jetté dans la Revue du droit :

D'après l'article 389, on peut encore créer des rentes perpétuelles pourvu qu'elles n'affectent pas les immeubles, c'est-à-dire pourvu que le crédit-rentier se contente de la solvabilité personnelle du débiteur. C'est absurde, mais c'est là ce que l'article veut dire.

Cette rente perpétuelle est essentiellement rachetable.

La raison pour laquelle la loi défend de constituer une rente perpétuelle sur un immeuble est que ce serait ainsi permettre de rétablir le système féodal aboli en 1854. Il est déclaré dans le statut qu'à l'avenir aucune terre ne pourrait être concédée à titre de rente (146),

Malgré l'opinion peu favorable que semble exprimer ce juriste sur l'effet de cette loi, il faut reconnaître que le législateur corrigeait, quoique d'une façon incomplète et souvent fort peu satisfaisante, une situation injuste pour des gens qui peinaient fort pour garder leur terre.

Paragraphe 2: Le bail à rente

La rente foncière, connue sous l'ancien droit sous le nom de bail à rente, était analogue à la tenure seigneuriale. Elle affectait l'immeuble et, en conséquence, le débiteur pouvait tou-

(146) L.A. Jetté, Des biens, (1930-31), 9 R. du D. 268.

jours se libérer de la prestation de la rente en déguerpiissant.

Mignault explique ainsi le bail à rente:

Autrefois il était permis de créer une rente foncière à perpétuité et sans faculté de rachat; la perpétuité était même de la nature de la rente foncière. Il en résultait que cette rente était immeuble et constituait un droit réel dans la chose, de telle sorte qu'elle était due par la chose plutôt que par la personne, et que le preneur pouvait toujours s'en libérer par le déguerpissement (147).

La rente se trouvait donc rivée au sol, sans que le détenteur-débiteur ne puisse faire quoi que ce soit pour enlever cette charge de sur son héritage; son seul choix était d'abandonner la terre que, dans bien des cas, il avait travaillée et dont il avait hérité de son père. L'effet de la loi a donc été de permettre au propriétaire du sol d'acheter la charge pour qu'enfin aucune redevance ne fût due.

Le bail à rente qui subsiste aujourd'hui (articles 1593 et suivants) n'est en réalité qu'une vente dont le prix prendra la forme d'une rente. Mignault définit ainsi le bail à rente:

...le bail à rente est un contrat par lequel le bailleur transporte un immeuble ou un droit immobilier au preneur à titre de propriété, moyennant une rente que celui-ci s'oblige à lui payer.

Sauf que la rente remplace le prix, le bail à rente ne diffère guère de la vente (148).

(147) Mignault, op. cit., note 97, p. 212.

(148) Idem, p. 211.

La rente créée n'est donc qu'une créance qui peut être garantie par hypothèque, comme toute autre; il s'agit donc d'abord et avant tout d'un droit personnel dont le débiteur ne peut se libérer par le déguerpissement; cette situation est d'ailleurs prévue par l'article 1595 C.c. En somme, les obligations du débiteur sont semblables à celles de l'acheteur dans le cas de la vente.

Dans une affaire Sirois c. Carrier (149), il y avait eu un bail à rente entre deux parties et le tribunal définit bien la nature de la prestation:

Le tiers détenteur en cette seule qualité, s'il ne s'est pas obligé de la payer, n'est pas tenu personnellement de cette rente. On ne pourrait recourir contre lui qu'hypothécairement, si les conditions voulues par l'action purement hypothécaire existent.

Cette rente foncière due à Fraser n'est donc que la dette personnelle de Poirier, pure et simple. Cependant, comme ce contrat de bail à rente entre Fraser et Poirier équivaut à vente, alors cette rente foncière représente le prix, et elle se trouve garantie par privilège de bailleur de fonds sur l'immeuble vendu (C.C., art. 2014); et, en outre, il y a eu, dans le contrat de bail à rente, une hypothèque spéciale stipulée sur cet immeuble.

Donc l'acheteur de Poirier ou les sous-acquéreurs de cet immeuble qui n'auraient pas assumé personnellement le paiement de cette rente foncière comme tiers détenteurs n'y seraient tenus qu'hypothécairement (150).

Quant au temps durant lequel la rente peut être stipulée payable, l'article 389 est sans équivoque, comme nous l'avons déjà vu.

(149) Sirois c. Carrier, (1903) 24 C.S. 439.

(150) Idem, p. 450.

Le débiteur d'une rente affectant un bien-fonds n'est donc jamais aux prises avec un contrat dont il ne peut se défaire; il a en somme le choix de continuer à payer la rente tout en bénéficiant du capital, ou de remettre ce capital au créancier et ainsi se libérer de la prestation de la rente. La période limite que l'on peut stipuler pour que le droit de rachat ne s'exerce pas est de trente ans (article 390).

Cette limite cependant ne s'applique qu'aux rentes foncières ou à celles qui affectent un bien-fonds:

Notons enfin que notre article (389 C.c.) traite seulement de rentes affectant un bien-fonds. Il n'affecte pas les autres rentes. On peut donc établir à perpétuité une rente simplement personnelle et ne portant pas sur un bien-fonds (151).

Ce commentaire est vrai en théorie seulement car malgré le nom que porte cette rente, il est très présomptueux de la qualifier de perpétuelle. En effet, l'article 1789 C.c. stipule:

Art. 1789. La rente peut être constituée en perpétuel ou à terme. Lorsqu'elle est en perpétuel, elle est essentiellement rachetable par le débiteur, sujette néanmoins aux dispositions contenues aux articles 390, 391 et 392.

Et l'article 1790 renchérit en disant que le principal de la rente constituée en perpétuel peut être réclamé dans les trois cas suivants:

(151) Montpetit et Taillefer, op. cit., note 128, p. 62.

1. Si le débiteur ne fournit et ne continue les sûretés auxquelles il s'est obligé par le contrat;
2. Si le débiteur devient insolvable ou en faillite;
3. Dans les cas spécifiés aux articles 390, 391 et 392.

Le caractère perpétuel de la rente constituée n'affectant pas un bien-fonds est donc très aléatoire puisque le débiteur reste libre de s'en décharger en tout temps, en remboursant le capital de la rente.

Paragraphe 3: La rente viagère

Quant à la rente viagère dont il est traité aux articles 1901 et suivants, il s'agit d'une rente à terme puisqu'elle est limitée au temps de la vie d'une ou de plusieurs personnes; d'ailleurs, le mode normal d'extinction de cette rente est la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. Cette rente, bien qu'à terme, peut être plus onéreuse que la rente en perpétuel. Dans la Revue du Notariat, Me Roy s'exprimait ainsi en 1909:

Le constituant ne peut se libérer du paiement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés; il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie des personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente (152).

(152) J.E.Roy, Du contrat de rente viagère, (1909) 12 R. du B. 298.

De toute façon, même si le terme de cette rente reste incertain, on ne peut parler ici de rente payable à perpétuité ou d'obligation perpétuelle.

C'est donc là un autre des exemples de l'obligation perpétuelle reconnue au Code, selon le plus haut tribunal du pays, tel que déclaré dans l'arrêt Consumers Cordage. Dans le cas de la rente, il est plus nécessaire que dans les autres exemples de ne pas s'arrêter au qualificatif donné à l'institution ou au contrat; ce nom de rente perpétuelle est hérité de l'ancien droit qui n'a retenu du système que le nom, mais pas les caractères.

Conclusion

Que reste-t-il donc de l'étude de ces droits qualifiés de perpétuels au Code? En fait, on s'est rendu compte que la perpétuité dont il est question ne s'attache pas à une personne mais plutôt à un objet; en conséquence, la perpétuité n'affecte que les biens et, d'une façon temporaire, le détenteur du droit de propriété sur ce bien. C'est en se départissant du droit de propriété que la personne affectée par le droit perpétuel peut s'en dégager; il n'est donc pas question de prétendre ici qu'une personne puisse s'assujettir d'une façon perpétuelle.

Dans le cas de la rente constituée qui n'affecte pas un bien-fonds, il n'y a pas plus de perpétuité; en effet, vis-à-vis du débiteur, il n'en est guère question car il a toujours la possibilité de racheter le capital de la rente et ainsi se départir de la prestation des arrérages. Cependant, le créancier de la rente ne peut forcer le débiteur à lui racheter sa rente, sauf dans les cas prévus à l'article 1790, c'est-à-dire si le débiteur n'est plus en mesure de fournir les garanties auxquelles il s'est astreint, ou s'il devient insolvable ou en faillite.

Dans ce cas cependant, on ne peut prétendre qu'il soit assujetti à une obligation quelconque; lors de la création de la rente, il a exécuté son obligation qui consistait en la remise d'un

capital, selon l'article 1787; celle-ci étant exécutée, le créancier n'a plus qu'à percevoir les arrérages de la rente, comme s'il s'agissait d'intérêts; la loi en outre le protège en lui permettant de réclamer le capital de la rente lorsque le paiement est menacé. Il paraît donc difficile de qualifier cette obligation de perpétuelle car, en fait, relativement au créancier, il n'y a pas d'obligation.

Contrairement donc à ce qu'a pu laisser entendre la Cour suprême, nulle part au Code ne prévoit-on la possibilité de s'engager personnellement d'une façon perpétuelle; tout au plus peut-on établir des droits perpétuels mais ils seront nécessairement rattachés à un droit réel.

Chapitre 2

L'ordre public et la perpétuité

Dans son jugement dans l'affaire Consumers Cordage, l'honorable juge Rinfret avait écrit que le contrat en litige ne contrevenait à aucune disposition du Code civil; bien au contraire, puisque le principe fondamental à la base de notre droit est la liberté contractuelle et le respect de la volonté manifestée par les parties, il leur est donc loisible de s'entendre et de rédiger valablement les conventions intervenues entre elles. Cependant, celles-ci ne doivent pas être prohibées par la loi ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. C'est cette règle qui est codifiée aux articles 13, 990 et 1062 du Code. La Cour avait donc conclu à la validité de la clause:

In our opinion, the respondent rightly submitted that under Québec law, the covenant for perpetual renewal is not contrary to public policy, nor prohibited by law, and that the covenant in the present agreement, as well as the agreement itself, is valid (153).

Le tribunal s'est donc limité à appliquer restrictivement les dispositions du Code en décidant qu'en matière de perpétuité, à défaut d'un texte précis déclarant une telle entente illégale ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, la convention est valable.

Par contre, dans un jugement beaucoup plus récent, l'honorable juge Poitras de la Cour supérieure, dans l'affaire étudiée de Cité de Saint-Jérôme c. Corporation municipale du Village de Lafontaine (154), a annulé une clause dans un contrat qui en prévoyait le renouvellement selon la seule volonté de l'une des parties; à son avis, cette stipulation était contraire à l'ordre public.

Cet exemple illustre bien qu'il n'est pas facile de définir précisément ce qu'est l'ordre public et d'en discerner avec exactitude toute l'étendue et la portée; l'ordre public évolue constamment et son application change avec le temps et la société. Cette instabilité de ce qui est englobé dans le concept de l'ordre public en rend l'application plutôt subjective alors que sa définition doit quand même revêtir un caractère objectif et souple qui sait s'adapter aux conditions nouvelles.

Nous tenterons donc, dans une première section, de discerner davantage les différents aspects de l'ordre public, en insistant surtout sur l'ordre public économique. Nous verrons ensuite comment les tribunaux ont appliqué la règle de l'ordre public et la compatibilité de la perpétuité avec l'ordre public. Enfin, nous nous pencherons brièvement sur le projet du Code civil du Québec et le sort qui peut être réservé à la perpétuité.

Section I- Définition de l'ordre public.Paragraphe 1- L'ordre public au Québec.

Au Québec, il est question de l'ordre public lorsque l'intérêt supérieur de la société entre en jeu par rapport à l'intérêt individuel. Dans le domaine du droit privé, l'ordre public exige à l'occasion que le principe fondamental de la liberté absolue de contracter soit mis en veilleuse en vue de protéger les intérêts supérieurs de la société: ainsi en est-il lorsque le législateur décrète lui-même qu'une disposition est impérative; dans le cas contraire, il revient aux tribunaux de préciser si l'ordre public doit primer sur la convention. Ce sera particulièrement le cas lorsque la convention est contraire aux libertés fondamentales maintenant codifiées dans la Charte des droits et libertés de la personne (155). Mignault explique ainsi cette notion:

Mais, qu'est-ce que l'ordre public? A quels signes distinguer les bonnes des mauvaises moeurs? Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit. Ainsi, la loi

(155) L.R.Q., c. C-12.

s'est-elle abstenue de donner des règles à ce sujet: elle s'en rapporte à la sagesse des tribunaux. Toutefois, comme la distinction entre le droit privé et le droit public, entre les bonnes et les mauvaises mœurs, est quelquefois difficile à faire, elle s'est crue obligée de s'expliquer dans certains cas (voy. les articles 183, 658, 689, 1051, 1259, 1338 et 1548) (156).

Certains de ces articles ont été abroqués mais d'autres, depuis Mignault, ont été ajoutés au Code; le nouvel article 1664 par exemple est sans doute l'un des plus explicites à cet égard.

Le fondement même des raisons qui incitent à décréter qu'une disposition est contraire ou non à l'ordre public ou aux bonnes mœurs varie aussi; ainsi, en 1945, Trudel écrivait que les bonnes mœurs font partie de l'ordre public et sont basées sur la morale chrétienne (157). On peut encore aujourd'hui prétendre que cette morale n'est plus en tout point identique à celle de 1945; dans bien des cas, elle est même mise de côté au profit d'une morale sociale plus flexible. Le professeur Jean Pineau s'exprime ainsi sur cette question:

On ne trouve nulle part, dans le Code civil, une définition de l'ordre public. Cela se comprend fort bien si l'on considère qu'il n'est pas aisé d'en donner une et qu'en outre, cette notion peut évoluer dans le temps, comme dans l'espace. L'ordre public serait cet ordre qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale. L'homme vivant en société et la société étant, de ce fait, au-dessus de l'homme, celui-ci doit respecter les obligations qu'il a envers elle; c'est

(156) Mignault, op. cit., note 97, tome 1, p. 121.

(157) G. Trudel, Traité de droit civil du Québec, t. 1, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, p. 88.

pourquoi il ne peut plus, par une convention particulière, se dérober à ses obligations sociales (158).

Me Pineau donne comme exemple de l'application de l'ordre public l'intervention que fait la société pour préserver la liberté des individus. Ainsi, depuis ces dernières années, est apparue une nouvelle dimension de l'ordre public que l'on a appelée l'ordre public économique: par exemple, le législateur est intervenu dans certains cas afin de restreindre la liberté contractuelle, en imposant au contractant son cocontractant dans le domaine du bail d'habitation, par la reconnaissance explicite du droit du locataire au maintien dans les lieux (art. 1657 C.c.); il est aussi intervenu d'une façon radicale afin de protéger le consommateur en vue d'établir un équilibre dans les relations commerciales (159), ou encore, afin de protéger le territoire agricole du Québec (160); ces exemples de l'intervention de l'Etat se multiplient à mesure que les besoins de protection de la société se font sentir. Le souci qui se dégage de ces dispositions en est un de protection à l'endroit de la partie qui peut être considérée comme étant celle qui est à la merci de l'autre et, donc, susceptible d'être indûment exploitée; il s'agit donc, dans ces cas, de rétablir l'équilibre entre les deux interlocuteurs.

(158) Jean Pineau, Théorie des obligations, Montréal, Thémis, 1979, p. 97.

(159) Loi sur la protection du consommateur, 1978 L.Q., c. 9.

(160) Loi sur la protection du territoire agricole, 1978 L.Q., c. 10.

Mais encore faut-il que l'Etat intervienne pour imposer la règle de l'ordre public à l'encontre de la liberté individuelle. L'abondante législation en ce sens ne fait que confirmer que la notion de base de notre droit reste encore cette liberté de l'individu et, à moins qu'une loi ne restreigne cette règle, la liberté est toujours absolue, malgré la présence de plus en plus marquée de l'ordre public.

paragraphe 2- L'ordre public en France et en common law.

Ce n'est pas seulement au Québec que l'ordre public a évolué; dans les systèmes juridiques voisins, on retrouve le même concept de l'ordre public qu'ici, c'est-à-dire la même idée souple qui doit s'adapter à une situation en constante évolution.

Chez les Français, les problèmes soulevés par l'application de l'ordre public ressemblent en plusieurs points aux nôtres, comme l'illustrent bien les Mazeaud :

Pour les rédacteurs du code civil, la notion d'ordre public ne jouait guère qu'en ce qui concernait l'organisation de l'Etat, celle de la famille, la protection des incapables, l'interdiction de rétablir les règles de la féodalité. Mais l'évolution du droit vers le socialisme a élargi considérablement le domaine de l'ordre public qui joue aujourd'hui un rôle primordial dans le contrat de travail, les baux à ferme ou à loyers, plus généralement dans toutes les matières où l'Etat est intervenu pour imposer une réglementation et limiter les effets de la volonté des individus (161).

Les atteintes à la liberté de contracter se multiplient donc autant en France qu'au Québec, à mesure que le socialisme se développe, c'est-à-dire que la société sent davantage le besoin d'une protection collective en opposition aux droits individuels.

Cette nécessité qui s'est développée coïncide avec la multiplication des rapports entre les individus par les progrès des moyens de communication et l'emprise que prennent certains monopoles dans l'activité économique. Bien sûr, la politique joue un grand rôle dans toute cette activité; mais le développement de l'ordre public est notoire aussi bien auprès des régimes conservateurs que des socialistes même si, dans plusieurs cas, il y a divergence d'opinion sur ce qui doit être considéré comme étant indispensable au maintien de l'organisation sociale.

La loi est considérée en France comme la source principale de l'ordre public aujourd'hui; cette constatation apparaît dans l'orientation de la législation dans son ensemble et dans le développement du pouvoir réglementaire. Là-bas aussi, surtout depuis le redressement qui a suivi la deuxième guerre, le concept de l'ordre public économique est apparu, ainsi que l'explique Maurice Gégout:

(161) H. L. et J. Mazeaud, Cours de droit civil, Montchrestien, Paris, 1955, tome 1, p. 95.

Très souvent, le législateur moderne intervient pour aider celui des contractants qui lui paraît être le plus digne d'intérêt : c'est le domaine de l'ordre public économique de protection. Il se manifeste en faveur du plus faible contre celui qui, parce que mieux armé, serait tenté d'imposer sa volonté. Cette tendance est spécialement affirmée par toute la législation exceptionnelle en matière de baux d'habitation (162).

Egalement, en common law, la notion de l'ordre public est appliquée par les tribunaux :

Any agreement which tends to be injurious to the public or against the public good is invalidated on the grounds of public policy. The question whether a particular agreement is contrary to public policy is a question of law, to be determined like any other by the proper application of prior decisions. It has been indicated that new heads of public policy will not be invented by the courts for the following reasons : (1) judges are more to be trusted as interpreters of the law than as expounders of public policy; and (2) it is important that the doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable. However, the application of any particular ground of public policy may well vary from time to time and the courts will not shrink from properly applying the principle of an existing ground to any new case that may arise (163).

En Angleterre aussi on constate une évolution de ce concept; bien que la règle de l'ordre public demeure, son application va varier, selon l'opinion publique et les besoins de la société.

In fact, the adaptability of the rules of public policy derives in large part from the generality, and even ambiguity, with which those rules are expressed (164).

(162) M. Gégout, Juris Classeur civil, art. 6, fasc. 1, no 5, 1979.

(163) Halsbury's Law of England, 4th ed., vol. 9, p. 266.

(164) Ibidem.

Cette étude nous permet de constater que le concept général de l'ordre public est le même partout, tant en droit français qu'en common law et en droit québécois; on retrouve dans les trois systèmes juridiques cette nécessité de limiter la liberté contractuelle lorsque l'intérêt public l'exige. Néanmoins, la société française étant sous bien des aspects différente de la société anglaise, laquelle diffère aussi beaucoup de la société québécoise, l'application de la notion d'ordre public peut varier d'un système de droit à l'autre; il n'est donc pas étonnant de constater que ce qui peut être à l'encontre de l'ordre public à un endroit ne le sera pas ailleurs; cette conclusion provient des différents types de société et des traditions de chacune d'elles; toutefois, les moyens de communication que nous connaissons atténuent considérablement les différences qui existent et il est à prévoir que cette tendance à l'uniformité va se poursuivre.

On peut conclure de ces considérations, comme le soulignait Mignault, qu'il appartient aux tribunaux d'appliquer les règles de l'ordre public aux différentes clauses d'un contrat et d'en apprécier la validité; cependant la règle d'ordre public doit émaner, en général, du législateur et les tribunaux s'en feront les interprètes (164.1).

(164.1) Mignault, op. cit., note 156, p. 121.

Section 2- L'ordre public et la perpétuité.

L'intervention des tribunaux demeure cependant très timide, prudente et conservatrice; c'est encore le principe de la liberté contractuelle qui guidera les juges dans l'appréciation de l'ordre public. En effet, tout ce qui peut enfreindre cette liberté que le Code et notre système économique préconisent tant, pourra être déclaré nul en raison de l'ordre public, ainsi que l'explique le professeur Baudouin:

La jurisprudence a en principe toujours déclaré nulles les conventions contraires aux libertés fondamentales de l'homme: droit au mariage, liberté de travail, liberté de religion, égalité de tous les citoyens; ainsi par exemple, la jurisprudence considère comme contraires à l'ordre public les conventions ou accords de non-concurrence non limités soit quant au lieu soit quant au temps (165).

Les tribunaux ont ainsi déjà déclaré qu'une clause dans un contrat de travail qui défendait à un employé de fraterniser avec les Indiens ou les Esquimaux n'est pas contraire à l'ordre public car cette clause ne vise que la réalisation du contrat de travail et n'a pas pour but de restreindre la liberté de l'employé (166).

(165) J.-L. Baudouin, Les Obligations, P.U.M., Montréal, 1970, p. 46 et 47.

(166) Whitfield c. Canadian Marconi, 1968 B.R. 92 .

Il y a donc une attitude prudente en jurisprudence lorsqu'il s'agit d'appliquer l'ordre public; cela s'explique par le respect du principe de l'autonomie de la volonté et de ce que les parties contractantes ont exprimé au contrat; ce n'est que dans des cas flagrants qu'un tribunal invalidera une clause d'un contrat ou un contrat en entier parce qu'il ne respecte pas l'ordre public.

Dans l'affaire Consumers Cordage, la Cour suprême a refusé d'invalider la clause de renouvellement du bail qui aurait pu aller à l'encontre de l'ordre public; se fondant sur cet arrêt, la Cour d'appel du Québec a toujours refusé d'invalider un bail fait à perpétuité, au motif que ce contrat serait contraire à l'ordre public.

Or, il est vrai qu'au Code civil, aucune disposition ne prohibe explicitement une convention faite à perpétuité; cependant, nous avons pu aussi constater que le législateur a systématiquement enlevé le concept de perpétuité là où il aurait pu subsister, en offrant au débiteur la possibilité de se soustraire à une obligation personnelle ou réelle qui, autrement, l'assujettirait d'une façon permanente; on a pu aussi réaliser que la législation à la source de cette "libération" se situe, en France, à l'époque de la Révolution et, au Québec, au milieu du siècle dernier.

Dans l'arrêt Neale c. Katz, le juge Monet de la Cour d'appel rappelait que le contexte dans lequel la législation a été adop-

tée en France n'est pas le même que dans le Bas-Canada puisque, entre autres, nous n'avons pas connu ici ce bouleversement social qu'a été la Révolution française. C'était là, à son avis, une différence appréciable qui permettrait de mettre de côté la jurisprudence française et de s'en remettre à l'arrêt Consumers Cordage, malgré l'influence évidente des règles de common law qu'on y retrouve.

Le contexte actuel dans lequel on applique la notion de l'ordre public fait qu'il n'est guère surprenant que les tribunaux refusent d'invoquer l'ordre public pour annuler un contrat, à moins que cette décision ne puisse reposer sur un texte législatif. Cette position n'est d'ailleurs pas sans susciter des craintes et des critiques, comme l'écrit Maurice Tancelin :

La notion d'ordre public a mal résisté à cette conception paroxystique de la liberté contractuelle : elle a été entendue restrictivement et est devenue inapte à remplir son rôle essentiel de limitation du principe de la liberté contractuelle. Dès lors l'application du principe a été faussée car il n'y avait plus le contrepoids nécessaire au maintien de l'équilibre entre les intérêts des sujets du droit, qui est la seule règle d'or du droit civil. La liberté contractuelle a servi à justifier toutes sortes d'opérations abusives et exorbitantes; elle a fini par représenter à elle seule tout le droit des contrats dans une conception dogmatique. Cette situation se manifeste par la rareté des lois d'ordre public jusqu'à une date récente (169).

(169) M. Tancelin, Théorie du droit des obligations, P.U.L., Québec, 1975, p. 18.

Cette philosophie qui a animé le Législateur et les tribunaux est peut-être à la source de cette avalanche de lois qui ont été adoptées depuis ces vingt dernières années et qui ont ébranlé le concept de liberté contractuelle.

Quoi qu'il en soit, tant que le principe fondamental de notre droit sera le respect de l'autonomie des volontés, l'approche sera telle qu'elle est aujourd'hui et l'ordre public demeurera une notion qui, seulement d'une façon exceptionnelle, pourra faire échec au principe.

Le respect de la règle de l'autonomie de la volonté des parties est l'explication qu'il faut retenir des décisions de nos tribunaux. En fonction de cette tendance philosophique, il n'est donc pas étonnant que l'on reconnaisse la validité d'un contrat qui est perpétuel vis-à-vis du locateur; en effet, pour lui, que la durée du contrat soit perpétuelle ou pour une durée limitée, mais renouvelables à perpétuité à la seule volonté du locataire, il est en face d'un contrat qui l'emprisonne et dont l'issue ne dépend pas de lui, mais du locataire seulement, quoi qu'il fasse, du moment qu'il respecte ses obligations : c'est ce qu'on a vu dans les arrêts Consumers Cordage et Neale c. Katz. Cette reconnaissance de la validité du contrat quant au locateur se fonde également sur une constatation; en effet, si le locateur peut disposer du bien en le vendant, l'hypothéquant ou le grevant de quelque charge réelle, pourquoi ne pourrait-il pas le céder à bail, à perpétuité? C'est sans distinguer que le contrat

de bail crée des obligations personnelles, mais d'une nature bien particulière: même si on ne considère pas que ce contrat transfère au locataire quelque droit réel sur ce qui est l'objet du contrat, il n'en demeure pas moins que la faculté du locateur de consentir le contrat est relative à son droit de propriété ou à celui de son mandant; s'il cède son droit de propriété, le nouveau locateur assume les droits et obligations de l'ancien locateur en matière de bail résidentiel (art. 1657 C.c.); et d'ailleurs, dans tout contrat translatif d'immeubles faisant l'objet de quelque bail, une clause au contrat prévoit le respect des baux en cours; c'est du moins la coutume d'insérer une telle clause dans ce genre de transaction. Il y a donc une relation directe entre les obligations d'une personne en tant que locateur et la détention du droit de propriété qui nous rappelle ce que disait Mignault dans l'arrêt Compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean c. Fortin (170), même si cette situation juridique n'a rien de comparable à la servitude réelle.

Il faut admettre aussi que les décisions des tribunaux étudient la perpétuité sous cet angle seulement, quoique sans le mentionner. Qu'en serait-il si la perpétuité était étudiée en fonction du locataire? Les tribunaux verraient-ils du même oeil le contrat par lequel le locataire loue un immeuble à perpétuité? Une réponse qui ne reposerait que sur l'article 1600 C.c. selon lequel le bail est consenti pour "un certain temps" paraît assez peu satisfaisante à cause de la terminologie employée; si le législateur avait plutôt écrit "pour un temps certain", l'ambiguïté n'existerait pas; mais l'imprécision du terme paraît justifier plusieurs interprétations.

En matière de bail d'habitation, le mal est moindre puisque l'article 1661.2 C.c. prévoit que le bail se termine automatiquement dès qu'il y a déguerpissement du locataire; le recours en dommages-intérêts existe toujours mais il est limité quant au montant par les dispositions des articles 1070 C.c. et suivants.

Mais la question demeure pour les autres types de baux. Sur le plan social et philosophique, il nous semble qu'un bail perpétuel est condamnable en raison de l'ordre public qui tend précisément à protéger la liberté de l'individu; d'ailleurs, la tendance observée au Code est à l'élimination des engagements à perpétuité et même si aucun texte ne s'exprime clairement sur ce sujet, c'est en ce sens que les tribunaux devraient intervenir, en déclarant tout au moins que le bail à perpétuité doit être interprété comme étant un bail à durée indéterminée; il nous paraît impossible qu'un tribunal, en raison de l'ordre public et de la préservation de la liberté des individus, interprète la volonté des parties comme étant fermement de vouloir s'engager sans possibilité de ne jamais se démettre. Cette situation ne revêt certes pas tous les caractères de l'esclavage, mais il y a lieu de s'interroger sérieusement sur les intentions effectivement recherchées par les parties.

Nous avons vu déjà que de plus en plus, les engagements à long terme sont contraires à une bonne administration à cause du

contexte économique qui prévaut depuis quelque temps et qui ne favorise guère la stabilité. Cela ne signifie pas, bien sûr, que l'ordre public économiques'oppose à l'engagement à long terme, mais, par contre, il met davantage en lumière le désordre que peut constituer l'obligation de cette nature; s'il s'agit de perpétuité, les parties franchissent encore un pas qui donne au contrat un caractère encore plus exceptionnel.

Contrairement au contrat de vente, dans lequel les obligations personnelles du vendeur se terminent à l'expiration d'une certaine période de temps, s'il s'agit d'un bail perpétuel, l'obligation personnelle est aussi perpétuelle. L'obligation prend donc un caractère particulièrement onéreux, susceptible de causer lésion au locateur. Doit-on dès lors opposer l'article 1012 C.c. qui édicte que les majeurs ne peuvent être restitués contre leur contrat pour cause de lésion seulement ?

Cet article qui reflète bien la philosophie à l'origine de notre Code civil semble anachronique à côté des brèches qu'il a subies par toutes les exceptions que les lois récentes apportent. Mais c'est encore là une confirmation de l'existence de cette même philosophie et en l'absence d'exceptions dûment prévues, c'est ce principe qui s'applique.

Section 3 - La réforme du Code civil.

Avec l'évolution du droit social, on aurait été en droit de s'attendre à ce que le projet de nouveau Code civil éclaircisse davantage sur les intentions du législateur à cet effet. Cependant, le travail des commissaires s'avère décevant à ce point de vue à ceux qui auraient voulu une règle plus claire. Le rapport s'exprime ainsi sur cette question:

Reviser ne veut pas nécessairement dire tout bouleverser et faire abstraction d'une certaine continuité historique. Les grands principes qui ont présidé à la codification de 1866, tels le consensualisme, la liberté contractuelle, la responsabilité basée sur la faute ont certes été affectés par les changements. Il ne s'ensuit pas cependant qu'ils doivent pour autant être mis au rancart. Une véritable réforme, pour être réaliste, s'inscrit davantage dans le réexamen critique et minutieux des principes à la lumière de l'expérience juridique, économique et sociale actuelle que dans leur abandon pur et simple. Certes, le principe de la liberté des rapports juridiques contractuels doit demeurer, sauf lorsque l'application de cette liberté, dans un contexte social ou économique précis, donne naissance à des abus que la société ne saurait tolérer. Ainsi, la contrainte d'un certain formalisme ou l'imposition d'un contenu impératif peut devenir un moyen efficace de rétablir un équilibre contractuel en faveur du faible, ou, au moins, d'obliger ce dernier à prendre conscience de l'engagement qu'il prend. De même, un plus grand pouvoir accordé aux tribunaux pour intervenir dans le jeu contractuel peut permettre le rétablissement de "la justice contractuelle" lorsque certaines clauses paraissent excessives, abusives, exorbitantes ou lorsque, par suite de circonstances extérieures aux parties, l'exécution des obligations de la convention entraînerait un préjudice excessif pour l'une

des parties (171).

Les modifications proposées, bien que fort louables, paraissent conservatrices et on peut dire qu'elles ne reflètent pas une évolution marquée; les textes proposés sont ceux qui existent déjà ou qui reflètent l'interprétation actuelle en jurisprudence.

Ainsi, l'article 10 du livre I reprend en substance l'actuel article 13:

On ne peut, par acte juridique, porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

Par contre, l'article 37 du livre V consacré aux obligations apporte un changement intéressant:

La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat.
La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation.

Ce projet s'inspire des lois récentes qui ont voulu protéger le contractant faible à l'encontre de celui qui est en mesure d'exploiter quelque faiblesse; c'est le but recherché d'ailleurs par la Loi sur la protection du consommateur (172).

(171) Rapport sur le Code civil du Québec, vol, II, Commentaires, tome 2, Editeur officiel du Québec, 1977, p. 562.

(172) 1978 L.Q., c. 9.

A partir d'une telle disposition, il semble possible de faire échec à l'engagement perpétuel, au nom d'un principe philosophique qui ne crée pas un changement révolutionnaire, car il s'agit encore de protéger la liberté individuelle. Reste à savoir si le législateur acceptera la proposition, et ce qu'en feront les tribunaux; à la lumière de la récente réglementation, il est prévisible que le législateur accepte la suggestion; l'interprétation judiciaire à venir est cependant moins certaine, malgré la présomption contenue au deuxième paragraphe de l'article proposé.

CONCLUSION

Notre étude nous aura donc permis de constater que la position adoptée par les tribunaux ne repose guère sur des bases solides et qu'elle est fort contestable dans le contexte actuel.

On ne peut cependant reprocher aux juges de refuser systématiquement toute référence aux auteurs français et à la jurisprudence française; à cause des différences appréciables dans le contexte social , les tribunaux ont eu raison, à notre avis, de refuser de s'en inspirer.

D'autre part, il est aussi évident que la position jurisprudentielle actuelle est largement influencée par le common law; nous avons souligné au surplus que l'arrêt clé en la matière, l'affaire Consumers Cordage, est en grande partie inspiré du droit administratif. Or, une telle influence est tout à fait inacceptable dans notre droit civil; il est même douteux que la Cour supérieure ait eu raison de trancher l'affaire Consumers Cordage en fonction du droit administratif puisque la Couronne n'était même plus partie au contrat.

L'étude a donc mis en relief l'insuffisance des arguments de nos tribunaux et leur crainte d'appliquer au Québec une

solution originale fondée tant sur l'interprétation des dispositions du Code civil que sur l'ordre public; en généralisant ainsi les principes mis de l'avant dans Consumers Cordage, les tribunaux, et notamment la Cour d'appel, risquent de généraliser l'application de ces idées alors que la portée de ces arrêts doit être très limitée au cadre précis des faits en litige.

L'intervention du législateur est donc souhaitable afin de rétablir le droit civil tel qu'il doit être face à la perpétuité et de rétablir en somme la tradition juridique; c'est le principe même du respect de la liberté individuelle qui exige le bannissement de l'engagement perpétuel; l'ordre public veut de même qu'il en soit ainsi.

La réforme du Code civil à cet égard est nécessaire par notre mode de vie et par l'évolution de notre société depuis plus d'un siècle; sans mettre en doute le bien-fondé de la proposition relative à l'acceptation de la lésion chez le majeur, il nous apparaît souhaitable que le législateur aille plus loin en prohibant clairement la perpétuité en matière contractuelle. Ainsi, estimons-nous, toute ambiguïté sera chassée et on effacera cette jurisprudence qui a eu pour conséquence de prendre en souricière des parties à un contrat dont les effets ont dépassé outre mesure l'intention voulue et recherchée entre elles.

Bibliographie

Auteurs québécois

- Baudouin, Jean-Louis, Les obligations, P.U.M., Montréal, 1970, 433 p.
- Baudouin, Louis, Le droit civil de la province de Québec, Wilson et Lafleur, Montréal, 1953, 1367 p.
- Bouffard, Jean, Traité du domaine, P.U.L., Québec, 1977, 233 p.
- Cardinal, Jean-Guy, Le droit de superficie, Wilson et Lafleur, Montréal, 1957, 287 p.
- Jetté, L.A., Des Biens, (1930-1931) 9 R. du D. 268.
- Lorrain, Léon, Code des locateurs et des locataires, Périard, Montréal, 1885, 353 p.
- Marler, W. de M., The law of real property, Burroughs, Toronto, 1932, 649 p.
- Martineau, P., Les biens, Thémis, Montréal, 1973, 190 p.
- Mignault, P.B., Droit civil canadien, 9 vol., Théorêt, Montréal, 1895-1916.
- Pineau, Jean, Théorie des obligations, Thémis, Montréal, 1979, 287 p.
- Pourcelet, Michel, La vente, Thémis, Montréal, 1977, 238 p.
- Roy, J.E., Du contrat de rente viagère, (1909-1910) 12 R. du N. 292.
- Snow, F.L., Landlord and Tenant in the province of Quebec, Southam Press, Montréal, 1934, 567 p.
- Tancelin, Maurice A., Théorie du droit des obligations, P.U.L., Québec, 1975, 573 p.
- Traité de droit civil du Québec (collection Trudel).
- tome 1, par G. Trudel, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, 669 p.
- tome 3, par A. Montpetit et G. Taillefer, Wilson et Lafleur, Montréal, 1945, 551 p.
- tome 9, par L. Faribault, Wilson et Lafleur, Montréal 1961, 693 p.
- tome 13, par H. Roch et R. Paré, Wilson et Lafleur, Montréal, 1952, 727 p.

Jurisprudence québécoise

1- Arrêts publiés

Bégin c. Carrier, (1907) 33 C.S. 1

Bélanger c. Ouellette, 1962 C.S. 497

Belouin c. Hovey, (1905) 28 C.S. 31

Brampton Pulp and Paper c. de Blois (1927) 33 R.L. (n.s.) 285

Cadrain c. Théberge, (1890) 16 Q.L.R. 76

Caisse populaire de Saint-Malo c. Goulet, 1973 R.P. 333

Chevalier c. Lupien, 1949 B.R. 737

Cité de Saint-Jérôme c. Corporation municipale du village de Lafontaine, 1976 C.s. 1068

Cloutier c. Cloutier, 1951 B.R. 521

Compagnie d'aqueduc du Lac Saint-Jean c. Fortin, (1925) 38 B.R. 75 et 1925 R.C.S. 192.

Compagnie de Téléphone du Saguenay c. Cité de Chicoutimi (1906) 15 B.R. 222

Congrégation du Très-Saint Rédempteur c. Cyclorama de Jérusalem, 1962 B.R. 684 et 1964 R.C.S. 595

Consumers Cordage Co. Ltd c. St-Gabriel Land and Hydraulic Co. Ltd, 1945 R.C.S. 158

Coulombe c. La société coopérative agricole de Montmorency, 1950 R.C.S. 313

Cournoyer c. Cournoyer (1912) 2 D.L.R. 14

Dorion c. Les ecclésiastiques du Séminaire de Saint-Sulpice de Montréal, (1879-1880) 5 A.C. 362

Durand c. Baril, 1945 B.R. 515

Ex parte Harvey, (1854) 4 R.J.R.Q. 381

Grenier c. Thibaudeau, 1942 C.S. 272

Hall c. Dubois (1858) 8 L.C.R. 361

Katz c. Neale, 1975 C.S. 1193 et 1979 C.A. 192

Leblanc c. Price Brother (1917) 26 B.R. 31

The Montreal Harbour commissioners c. The Record Foundry and Machine Co., (1910) 38 C.S. 161 et (1912) 21 B.R. 241

St-Gabriel Land and Hydraulic Co. Ltd c. Consumers Cordage Co. Ltd, (1942) C.S. 257 et 1944 B.R. 305

Sirois c. Carrier (1903) 24 C.S. 450

Whitfield c. Canadian Marconi, 1968 B.R. 92

Wright c. Moreau (1884-1885) 1 M.L.R. (Q.B.) 456

2- Jugements non publiés

Cité de Saint-Jérôme c. Corporation municipale du village de Lafontaine, C.A. (Montréal) 500-09-00881-763, jugement en date du 21 février 1979.

Corporation municipale du village de Lafontaine c. Cité de Saint-Jérôme, et Jean Hudon et al., C.S. (Terrebonne), 700-05-001074-743, jugement en date du 12 novembre 1974.

Gilbert c. Jacques et Précourt, C.S. Beauce, no 3213, du 15 novembre 1917.

Auteurs de France

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 8 vol.,
Marchal et Billard, Paris, 1869-1878

Azéma J., La durée des contrats successifs, Bibliothèque de
droit privé (1909), t. 102, p. 23

Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit
civil, 26 vol. L. Larose, Paris, 1896-1905.

Demolombe, Cours de code Napoléon, 31 vol. Durand et Hachette,
Paris, 1867-1870.

de Ferrière, C.J., Dictionnaire de droit et de pratique, 2 vol.
Toulouse, 1779.

Fusier-Herman, Code civil annoté, Larose, Paris, 1885-1898.

Garsonnet, Histoire des baux perpétuels, Larose, Paris, 1879,
648 p.

Guillouard, Traité du contrat de louage, 2 vol. Durand et
Pedone-Lauriel, Paris, 1891

Guillouard, du prêt, Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1892, 545 p.

Huc, Commentaire théorique et pratique du code civil, 15 vol.
F. Pichon, Paris, 1892-1903.

Laurent, Principes de droit civil français, 33 vol. B.C. et cie,
Bruxelles, 1878

Marty et Raynaud, Droit civil, Sirey, Paris, 1967

Mazeaud, Cours de droit civil, 4 vol. Montchrestien, Paris,
1955-1963.

Mazeaud, Cours de droit civil, 4 vol. Montchrestien, Paris,
1973-1975.

Merlin, M. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,
36 vol. 5e édition, Bruxelles, 1825-1828.

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 14 vol.
Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris,
1952-1963

Pothier, oeuvres de, par M. Bugnet, 11 vol. Marchal et Billard, Paris, 1861.

Savatier, R., La théorie des obligations, 3e éd., Dalloz, Paris, 1974, 431 p.

Troplong, Le droit civil expliqué, 28 vol., Hingray, Paris, 1836-1856

Besson c. Etat français, Tr. civ. de Lyon, 29 déc. 1949

(D.1950.1.311)

Dagnas c. Girou, Cass. Ch. civ., 27 oct. 1936 (Gaz. du Pal. 1936 (2)900)

Defrancesco c. Hermette, Ch. civ., sect. soc. 29 mai 1954

(D. 1954.1.640)

Demartin c. Ville de Clermont-Ferrand, C. de Riom, 20 juil. 1889

(D.1889.2.87)

Guettard c. de Baylen,

(S.1865.2.328)

Houet c. Gamard,

(S.1840.2.445)

Lemerle c. Suzineau, Ch. civ., 20 mars 1929 (D.1930.1.13).

Vve Paquier c. Commune de Monestier-de-Clermont, C. d'appel Grenoble

11 mai 1897, (D.1898.2.428)

Pouget c. Gaguerand,

(S.1938.1.128)

Sylvestre c. Hermette, C. de Bordeaux, 6 juin 1957 (D.1958 som.21)

URSSAF c. Liouville, Ch. civ. sect. soc. 16 déc. 1953

(D. 1955,som. 41)

Common law, auteurs

Cheshire, G.C., Modern law of real property,
Butterworths, London, 1967, 56 p.

Halsbury, The Laws of England, 31 vol.
Butterworths, London, 3th ed., 1952

Wang, K., Rule against perpetuities, 1963 R. du B. can. 611.

Williams, E.K., The canadian law of landlord and
tenant, Carswell, Toronto, 1973, 883 p.

Woodfall, W., Landlord and Tenant, 2 vol. Sweet and Maxwell,
London, 1968

Common Law, Jurisprudence

Baynham c. Guy's Hospital, 3 R.R. 96 (1796, 3V 295)

Brown c. Tighe, 37 R.R. 150 (1834 2 Cl.&F. 390)

Cadell c. Palmer, (1833) 1 Cl. & F. 372.

Clinch c. Pernette, (1895) 24 R.C.S. 385.

Gooderham & Worts c. C.B.C., 1943 O.R. 599 et 1947 A.C. 66.

Iggeldern c. May, 8 R.R. 623 (1806 K.B. 7 east 237).

Jackson c. Imperial Bank of Canada, (1917) 39 O.L.R. 334.

King c. St.Catharines Hydraulic co, (1910) 43 R.C.S. 595.

Moore c. Foley, 5 R.R. 270 (1801, 6 VS 232).

Principal Investment Ltd c. Gibson, 38 D.L.R. 147; 40 D.L.R. 264

et 1904 R.C.S. 424.

Prudential Trust c. Forseth, 1960 R.C.S. 210.

Sadlier c. Biggs, 94 R.R. 172 (1853 4 H.L.L. 435)

Scales c. Auld, (1947) 19 M.P.R. 406.

Table des matières

Introduction	1
1 ^{ère} PARTIE - L'application de la notion de perpétuité	5
Chapitre 1 - La perpétuité dans l'ancien droit	8
- section 1 - L'ancien droit français	10
- section 2 - Le droit québécois avant le Code civil	18
Chapitre 2 - La perpétuité dans le droit contemporain	23
- section 1 - L'arrêt Consumers Cordage	25
paragraphe 1 - Le jugement de la Cour supérieure	25
paragraphe 2 - Le jugement de la Cour d'appel	29
paragraphe 3 - Le jugement de la Cour suprême	35
- section 2 - La jurisprudence subséquente	39
Chapitre 3 - La perpétuité dans les systèmes juridiques voisins	51
- section 1 - Le droit civil français	52
- section 2 - La perpétuité en common law	62
sous-section 1 - Le common law d'Angleterre	62
sous-section 2 - Le common law du Canada	65
2 ^{ème} PARTIE - Analyse et critique de la solution retenue par les tribunaux	69
Chapitre 1 - Etude des droits perpétuels au Code civil	72
- section 1 - Le droit de propriété	75
paragraphe 1 - Incidence de la servitude sur le droit de propriété	80
paragraphe 2 - Le droit de superficie	95
- section 2 - Les rentes	112
paragraphe 1 - La rente foncière	113
paragraphe 2 - Le bail à rente	116
paragraphe 3 - La rente viagère	120
- conclusion	122

Chapitre 2- L'ordre public et la perpétuité	124
-section 1- Définition de l'ordre public	126
-paragraphe 1- L'ordre public au Québec	126
-paragraphe 2-L'ordre public en France et en <u>common law</u>	129
-section 2- L'ordre public et la perpétuité.	133
-section 3- La réforme du Code civil.	140
 Conclusion	 144
 Bibliographie	 146