

L'environnement à l'épreuve du droit des biens

Gaële Gidrol-Mistral

Volume 62, Number 3, March 2017

Environment, Peoples, Power, and the Law: Reconceiving Relationships, (Re)building Bridges
Environnement, peuples, pouvoir et droit : déconstruire et reconstruire les perspectives

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1042772ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1042772ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gidrol-Mistral, G. (2017). L'environnement à l'épreuve du droit des biens. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 62(3), 687–737.
<https://doi.org/10.7202/1042772ar>

Article abstract

Can private property be used to protect the environment? Do property law and the law of obligations put in place techniques that allow environmental law to grow more efficient? In environmental matters, the government of Quebec no longer has a monopoly on the protection and conservation of green spaces. On the contrary, it welcomes citizens' projects: private stewardship has indeed become necessary in contemporary schemes of environmental protection. Yet, environmental imperatives do not always coincide with those of property law. After conducting a review of legal literature and interviewing notaries practising in the province of Québec, three legal vehicles stand out and call for an analysis: the social trust, the servitude of conservation, and undivided co-ownership. These three instruments have been developed either by the legislator, by legal practitioners, or by scholars because of their capacity to sustainably protect green spaces in Québec for an unlimited duration.

L'ENVIRONNEMENT À L'ÉPREUVE DU DROIT DES BIENS

*Gaële Gidrol-Mistral**

La propriété privée peut-elle être mise au service de la protection de l'environnement? Le droit des biens et le droit des obligations mettent-ils en place des techniques permettant de construire un droit de l'environnement plus efficace? L'État québécois, depuis quelques années, n'a plus le monopole de la protection et de la conservation des espaces naturels. Au contraire, il appelle de ses vœux les initiatives citoyennes, notamment par le biais de campagnes de sensibilisation et d'incitatifs fiscaux. L'intendance privée est ainsi apparue nécessaire dans les schémas contemporains de protection environnementale. Mais les impératifs environnementaux ne coïncident pas toujours avec ceux du droit des biens. Trois instruments sont principalement utilisés au Québec en raison de leur capacité à protéger de manière durable les espaces naturels québécois : la fiducie d'utilité sociale, la servitude de conservation et la copropriété indivise. Ces trois techniques juridiques, développées par le législateur, la pratique ou la doctrine, méritent d'être examinés sous la loupe du droit des biens afin de vérifier la compatibilité des exigences environnementales et juridiques.

Can private property be used to protect the environment? Do property law and the law of obligations put in place techniques that allow environmental law to grow more efficient? In environmental matters, the government of Quebec no longer has a monopoly on the protection and conservation of green spaces. On the contrary, it welcomes citizens' projects: private stewardship has indeed become necessary in contemporary schemes of environmental protection. Yet, environmental imperatives do not always coincide with those of property law. After conducting a review of legal literature and interviewing notaries practising in the province of Québec, three legal vehicles stand out and call for an analysis: the social trust, the servitude of conservation, and undivided co-ownership. These three instruments have been developed either by the legislator, by legal practitioners, or by scholars because of their capacity to sustainably protect green spaces in Québec for an unlimited duration.

* Professeure, Faculté de science politique et de droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal (UQÀM). Cet article a bénéficié du soutien financier de la Chambre des notaires du Québec pour un projet de recherche intitulé « L'indivision à but durable de l'article 1030 du Code civil du Québec : le double visage de l'indivision ». L'auteure tient à remercier Thuy Nam Tran Tran, notaire et chargée de cours (Université du Québec à Montréal; Université de Sherbrooke) et Philippe Moissant-Royal (BAC-UQÀM 2015) pour leur collaboration enthousiaste à la préparation de cet article.

Introduction	689
I. Prodomes des nouveaux enjeux de la propriété en matière d'intendance privée	694
<i>A. La valeur écologique : une unité de mesure originale</i>	694
<i>B. La collectivité : une notion protéiforme</i>	697
II. La fiducie d'utilité sociale : un véhicule consacré en sous-régime	700
<i>A. Un véhicule pressenti à un bel avenir</i>	700
<i>B. Un véhicule au potentiel sous-exploité</i>	704
1. Un véhicule souple et efficace	705
2. Un véhicule inadapté	708
III. La servitude de conservation : un véhicule audacieux mais fragile	712
<i>A. Un véhicule en quête d'identité</i>	713
<i>B. Un véhicule en quête de légitimité</i>	723
IV. La copropriété indivise : un véhicule hybride au potentiel encore méconnu	728
<i>A. Un véhicule à la longévité inusitée</i>	729
<i>B. Un véhicule collectif inédit</i>	732
Conclusion	736

Introduction

La propriété privée peut-elle être mise au service de la protection de l'environnement? Existe-t-il une fonction environnementale de la propriété? Cette question, encore très peu traitée au Québec, soulève des enjeux cruciaux pour l'avenir de notre planète mais aussi, croyons-nous, pour l'avenir du droit des biens. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que de nombreux pays se tournent aujourd'hui vers le droit privé pour y puiser des instruments juridiques qu'ils adaptent aux exigences du droit de l'environnement. À titre d'exemple, la technique des *conservation easements*, utilisée aux États-Unis² mais aussi dans certaines provinces canadiennes de common law, montre que le contrat et le droit de propriété peuvent constituer des instruments efficaces de gestion de terrains privés dans un but de protection environnementale. Ainsi, des programmes d'action alliant initiative privée et politique publique, notamment par le biais d'incitatifs fiscaux, encouragent les propriétaires fonciers à céder volontairement une partie de leurs prérogatives à un organisme de conservation (les *landtrust*) afin d'assurer la préservation des qualités écologiques de leurs fonds. Le recours à ces initiatives privées semble plus facile à mettre en place dans les pays de tradition de common law en raison non seulement de la structure même de la propriété, « essentiellement divisible et relative »³, qui fonctionne comme un faisceau de droits (*bundle of rights*⁴), mais aussi d'une opposition moins marquée entre intérêts particuliers et intérêt général.

Dans la tradition civiliste, le recours aux mécanismes du droit des biens pour protéger l'environnement est limité par l'architecture interne du droit de propriété. Ce dernier est en effet classiquement défini comme une somme d'attributs (*abusus, usus, fructus*) qui a la particularité, sauf démembrement, d'être tenue dans les mains du seul propriétaire, qui ne souffre pas de concurrence. La propriété du *Code civil du Québec* a consacré cette vision individuelle, illimitée et exclusive du propriétaire. Son arimage aux enjeux collectifs qui caractérisent l'intérêt environnemental

¹ C'est la question que se pose Benoît Grimonprez dans un article récent : voir Benoît Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété » [2015] 3 RTD civ 539.

² Voir « National Conservation Easement Database », en ligne : NCED <www.conservationeasement.us>.

³ Yaëll Emerich, « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété » (2008) 38:2 RGD 339 à la p 339. La propriété de common law est plus exactement « un agrégat de droits, privilèges, pouvoirs et immunités » [note omise] (*ibid* à la p 347).

⁴ Voir Nicholas Kasirer, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles » (2002) 10:3 Eur R Priv L 417 à la p 423.

est plus difficile, le partage des usages de la propriété d'une chose étant considéré comme une atteinte à la liberté du propriétaire.

Pourtant, des initiatives privées existent, soutenues parfois par les États, soit par des incitatifs fiscaux, soit par l'adoption de règles particulières. C'est le cas, tout récemment, de la France qui vient de consacrer, dans le cadre de la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*⁵ l'intégration d'une véritable obligation réelle environnementale, insérée, il est vrai, non dans le *Code civil* mais dans le *Code de l'environnement*⁶. Cette obligation *propter rem*, qui met à la charge d'un propriétaire foncier et des propriétaires subséquents, une obligation à finalité écologique en faveur d'une personne morale publique ou privée, constitue une avancée intéressante du droit civil français.

Le Québec n'échappe pas à ce mouvement. Longtemps l'apanage de l'État, la conservation du patrimoine environnemental ou culturel fait l'objet depuis quelques décennies d'initiatives privées. Bien que plusieurs justifications politiques, économiques⁷ mais aussi fiscales⁸ expliquent cette tendance⁹, notre recherche a permis de relever certaines limites in-

⁵ JO, 9 août 2016, 0184.

⁶ Voir art L132-3 Code de l'environnement.

⁷ De nombreuses associations de protection de l'environnement recourent à des partenariats avec des acteurs privés, propriétaires fonciers et municipalités, et concluent des ententes, voire sollicitent la générosité de citoyens engagés, dans le but d'acheter et de gérer ce patrimoine environnemental.

⁸ À ce titre, les gouvernements canadien et québécois ont développé une politique de mise en place de visa fiscal. Ce programme permet aux propriétaires privés de terrain comportant une valeur écologique de

faire un don du titre de leur propriété ou d'une servitude de conservation à un organisme bénéficiaire admissible pour recevoir un don écologique. Ce geste permet d'accroître en nombre et en superficie les aires protégées au Québec, et ce, pour le bénéfice des générations actuelles et futures. De plus, un propriétaire qui fait don de sa propriété ou d'une servitude peut se prévaloir de mesures fiscales spécifiques, tant sur le plan provincial (en vertu de la Loi sur les impôts du Québec) que fédéral (avec le Programme des dons écologiques en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada) (Québec, Ministère du Développement durable, Environnement et Parcs, *Dons écologiques : guide pour l'obtention du visa fiscal*, Québec, MDDEP, 2006 à la p iv [MDDEP, « Dons écologiques »]).

⁹ Voir Rémi Moreau, *La protection du milieu naturel par les fiducies foncières suivi d'une guide sur la constitution et la gestion d'une fiducie foncière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995 à la p 181 :

Un constat prégnant s'impose : l'État semble prendre conscience, au milieu de cette décennie, qu'il lui faut renoncer à incarner seul l'intérêt général en matière de protection environnementale. La raison de ce renversement n'est pas fortuite. Le gonflement des dépenses publiques a des limites qui ont

hérentes à la mise en œuvre par l'État, également appelée intendance publique, des moyens juridiques de conservation du patrimoine environnemental. Cette dernière ne peut d'abord viser, sauf exception, que des biens publics¹⁰. Les biens privés de l'État, des personnes publiques, telles les municipalités, ou des personnes privées sont donc soumis aux techniques juridiques du droit privé. Elle est ensuite relativement peu malléable dans la mesure où elle est pensée principalement pour la conservation de grands espaces¹¹. Enfin, elle s'avère parfois insuffisamment contraignante au regard des objectifs de protection et de préservation de l'environnement¹².

Cette intendance privée a été pensée, non pour s'opposer à l'intendance publique, mais pour en assurer une certaine complémentarité¹³ qui varie selon la technique juridique retenue¹⁴. L'avantage indéniable

atteint leur paroxysme, à l'image des énormes déficits qui grossissent annuellement la dette publique des gouvernements fédéral et provinciaux.

[...]

Dans les années 1980, on a assisté à l'institutionnalisation de la protection de l'environnement. Elle restait alors l'apanage des gouvernements; c'était l'ère des technocrates et des fonctionnaires.

Depuis les années 1990, nous sommes à l'ère des gestionnaires privés. Alors que le pouvoir public tente de limiter ses interventions environnementales, la protection à long terme des sites et des habitats naturels fait de plus en plus l'objet d'une prise de conscience des citoyens, soucieux de conserver leur patrimoine naturel, de préserver la qualité de leur milieu de vie et d'assumer eux-mêmes les obligations qui s'y rapportent.

¹⁰ Comme le souligne l'auteur Jean-François Girard, les différentes lois dont dispose l'État pour agir en matière de conservation « sont surtout destinées à permettre une intervention sur les biens de la Couronne provinciale (terres du domaine public québécois) ou, dans le cas du gouvernement fédéral, sur les terres du domaine public fédéral et objets de compétence fédérale » (Jean-François Girard, « La vraie nature de la servitude de conservation : analyse d'un outil juridique méconnu » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, vol 352, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 139 à la p 140 [Girard, « Servitude de conservation »]).

¹¹ Cette réflexion s'applique davantage en matière environnementale (préservation des espaces naturels) qu'en matière de protection du patrimoine culturel.

¹² Pour plus de détails concernant les limites de l'intendance publique, voir Jean Trudelle, *La servitude de conservation et la protection durable des milieux naturels au Québec : constats et recommandations*, mémoire de M Env, Université de Sherbrooke, 2014 à la p 12 et s [non publié].

¹³ Voir *ibid* à la p 22 :

Néanmoins, il est plausible de croire que le recours aux moyens d'intendance privée sera appelé à s'intensifier en raison de la *complémentarité* que ceux-ci apportent *aux moyens d'intendance publique* : à eux seuls, les moyens privés ne parviennent peut-être pas à protéger des superficies aussi vastes que ce que les moyens étatiques permettent d'accomplir, mais leur at-

de ces outils juridiques de droit privé est qu'ils sont, à différents degrés, plus modulables aux besoins spécifiques de conservation des espaces naturels. Ils assurent en effet une meilleure prise en considération des caractéristiques propres des biens à protéger, des objectifs déterminés par les acteurs du projet ou encore de ses contraintes financières¹⁵.

Les diverses brochures présentées par les organismes de conservation et de préservation des milieux naturels proposent la même définition de l'intendance privée en matière environnementale. Il s'agit d'une conservation volontaire par un propriétaire privé d'un milieu naturel qui se trouve sur son terrain pour le bénéfice de la collectivité¹⁶. Cet acte de volonté privée est ainsi mis au service d'un intérêt collectif qui dépasse le seul intérêt du propriétaire. Bien que les objectifs environnementaux constituent un socle important de l'intendance privée, il arrive parfois que le but recherché soit également culturel. Tel est le cas de la fiducie du patrimoine culturel des Augustines¹⁷ ou encore de la Fiducie Protec-Terre de la ferme

trait tient justement à ce qu'ils permettent d'atteindre certains objectifs de conservation qui sont inaccessibles aux moyens publics [nos italiques].

¹⁴ L'arsenal légal en matière de conservation de la nature est varié : lois, règlements, directives ou classification en réserve naturelle, ainsi que de nombreux mécanismes juridiques de droit privé telles la fiducie d'utilité sociale, la servitude de conservation ou l'indivision. Ces techniques sont utilisées tant par les instances gouvernementales que municipales ou supra-municipales, le plus souvent de concert avec l'initiative privée (propriétaires privés, mais surtout organismes de conservation et autres fiducies foncières). Sur l'effort des instances municipales, voir Jean-François Girard, « Les outils juridiques pour la protection et la mise en valeur de territoires sur l'île de Montréal » (2014) Conférence régionale des élus de Montréal Rapport de recherche juridique, à la p 25 et s, en ligne : <http://credemontreal.qc.ca/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_recherche_outils_juridiques_conservation1.pdf> [Girard, « Les outils juridiques »].

¹⁵ En matière environnementale, les diverses associations, organismes à but non lucratif ou encore fiducies foncières qui œuvrent en matière de protection des espaces naturels, n'ont pas toujours les fonds nécessaires pour procéder par acquisition de ces espaces naturels. C'est pourquoi certains schémas de protection n'impliquent pas la dépossession du propriétaire des terres (par exemple, mise en place d'une servitude de conservation ou d'une convention d'indivision). Dans ces options, ces organismes offrent des conseils aux propriétaires privés afin de leur permettre une gestion efficace des ressources naturelles à préserver.

¹⁶ Voir Moreau, *supra* note 9 à la p 38 : « L'intendance privée, c'est l'engagement volontaire des propriétaires dans la gestion des ressources fauniques et floristiques et des milieux naturels situés sur des terres privées afin de les conserver, de les aménager ou de les mettre en valeur, pour le bénéfice de la collectivité ».

¹⁷ Voir « Qui sommes-nous? », *La Fiducie du patrimoine culturel des Augustines*, en ligne : <<http://www.augustines.ca/fr/home/index>> [*Fiducie des Augustines*] :

La Fiducie a pour mission d'assurer, pour toute la population et pour les générations à venir, la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine et de la mémoire des Augustines du Québec.

Cadet Roussel¹⁸ qui visent la conservation de bâtiments architecturaux et historiques ou la préservation de traditions ou du savoir-faire. Quelques exemples mettent également en relief des buts secondaires, récréatifs ou éducatifs¹⁹, agrémentant l'objectif principal de conservation du bien.

Face à une préoccupation grandissante de protection de l'environnement, le droit privé propose donc un éventail de techniques juridiques afin de soutenir les projets visant à conserver la biodiversité de certains territoires, dévoilant ainsi la richesse et la flexibilité du droit civil²⁰. Pourtant, la littérature juridique consacrée à ces techniques est encore peu abondante dans une perspective de protection environnementale²¹. Afin de mieux comprendre les outils juridiques dont les notaires disposent pour répondre à ces nouveaux besoins, nous avons rencontré quelques notaires québécois, dans une démarche prospective soutenue par la Chambre des notaires du Québec. Nos entrevues nous ont permis de mettre en lumière trois techniques auxquelles recourent les notaires lorsqu'il s'agit d'assurer la préservation des qualités environnementales de terrains détenus par des propriétaires privés.

La perspective environnementale constitue une formidable occasion de revisiter les techniques juridiques du droit civil puisque les impératifs environnementaux obligent le droit des biens à s'adapter pour dépasser les apparentes incompatibilités entre droit de l'environnement et droit privé. Cet article a pour objectif de dresser un portrait des trois principaux véhicules juridiques d'intendance privée auxquels recourt la pratique en droit civil québécois en matière de protection environnementale que sont la fi-

[...] Le volet culturel permettra à la Fiducie de faciliter l'accès à ce patrimoine de valeur exceptionnelle aux jeunes de milieux défavorisé et aux personnes à faible revenu de même que de favoriser l'accès aux archives des Augustines pour faire rayonner ce fascinant chapitre de notre mémoire collective.

- ¹⁸ Cette fiducie détient un fonds de terre « destiné aux activités agricoles biologiques ou biodynamiques au bénéfice des générations futures et des agriculteurs actuels qui y exerceront leurs activités selon les méthodes d'agriculture certifiées biologiques en vigueur au Québec » (Kirby White, « Préserver les fermes pour les fermiers » dans John Emmeus Davis, dir, *Manuel d'antispéculation immobilière : une introduction aux fiducies foncières communautaires*, Montréal, Écosociété, 2014, 125 à la p 140). Voir aussi *Ferme Cadet Roussel S.E.N.C.*, en ligne : <fermecadetroussel.org/fiducie/fiducie.php>.
- ¹⁹ Tel est le cas de l'Érablière Brunelle qui sera l'un des exemples développés dans cet article, voir *infra* note 147.
- ²⁰ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 14 et s. En matière culturelle, ces techniques permettront également de préserver des traditions et un savoir-faire (voir par ex *Fiducie des Augustines*, *supra* note 17).
- ²¹ Rares sont les auteurs qui traitent de cette question (voir cependant Davis, *supra* note 18; Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14; Moreau, *supra* note 9; Trudelle, *supra* note 12).

ducie d'utilité sociale (II), la servitude de conservation (III) et la copropriété indivise (IV). Le potentiel et les écueils de ces différents véhicules demeurent à ce jour encore peu connus des juristes, comme en témoigne la doctrine relativement rare à leur sujet²². C'est pourquoi nous avons choisi de les présenter de manière linéaire afin de faire ressortir les avantages et les limites qui leur sont propres au regard du droit des biens. Ces trois techniques ont cependant pour point commun de dévoiler des enjeux propres aux biens écologiques. Ces enjeux, qui remettent en cause la conception traditionnelle de la propriété, annoncent peut-être une nouvelle manière de penser notre relation aux biens (I).

I. Prodromes des nouveaux enjeux de la propriété en matière d'intendance privée

Les différents acteurs (tels que les associations de défense de la nature, les organismes de conservation des espaces naturels, les propriétaires individuels, ou les municipalités) souhaitent protéger la valeur écologique de ces biens, mettant ainsi en évidence leur valeur non marchande (A). Ces efforts de préservation s'accompagnent nécessairement d'une limitation de leurs intérêts propriétaires individuels en vue de favoriser l'émergence d'intérêts collectifs bénéficiant à une communauté (B).

A. La valeur écologique : une unité de mesure originale

La propriété privée joue un rôle cardinal dans l'économie de marché puisqu'elle permet aux richesses de circuler. La propriété privée s'intéresse exclusivement aux biens qui ont une valeur économique marchande²³ d'échange puisque seuls les biens, définis comme des choses cessibles ayant une valeur économique²⁴, font partie du commerce juridique. La propriété privée, en ce qu'elle repose sur des échanges de valeurs mar-

²² En matière environnementale, Me Girard est l'un des seuls à avoir abordé le sujet et à avoir dressé un portrait assez exhaustif des différents véhicules juridiques utilisés pour assurer la protection de la nature (voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14).

²³ Sur la spécificité des biens environnementaux, voir Gilles J Martin, « Les "biens-environnements", biens communs ou biens marchands? » dans Isabelle Doussan, Gilles J Martin et Pascale Steichen, dir, *Les Nouveaux Marchés de l'environnement*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2010, 61.

²⁴ Yaëll Emerich précise notamment que les biens sont des « valeurs [...] appropriables [...] et cessibles » (Yaëll Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2007 au para 97 [Emerich, *La propriété des créances*]). Une auteure française pose le constat qu'« il est indéniable que seules les choses dotées d'une valeur économique, c'est-à-dire dotée[s] d'une propension à l'échange, intéressent le droit et peuvent être objets d'un droit de propriété » (Virginie Mercier, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005 au para 277).

chandes, est donc gouvernée par des mécanismes de marché. Or, les écosystèmes à protéger n'ont pas de valeur marchande *a priori*²⁵.

Pour pallier cette difficulté, les organismes de conservation de l'environnement ont mis en place des techniques permettant d'évaluer la valeur écologique, valeur non marchande, révélatrice du potentiel économique, social, sanitaire et même spirituel de ces écosystèmes²⁶. Ces derniers sont en effet créateurs à la fois de richesse économique grâce, par exemple, au développement d'activités touristiques ou éducatives, mais aussi de bien-être, des indices comme le reboisement, la qualité de l'air, de l'eau ou de l'agriculture, permettant de mesurer les répercussions de la préservation de l'environnement sur la qualité de vie. À titre d'exemple, le rapport sur la Ceinture verte, commandé par Nature-Action Québec et la Fondation David Suzuki, a chiffré à plus de quatre milliards de dollars

²⁵ La valeur écologique du don de servitude écologique faite par les propriétaires privés à des organismes de conservation de l'environnement, sans avoir de valeur monétaire échangeable, fait tout de même l'objet d'un calcul pour déterminer sa « juste valeur marchande » afin d'établir le crédit d'impôt accordé par le gouvernement canadien (voir MDDEP, « Dons écologiques », *supra* note 8 à la p 25 et s). Cette valeur est calculée en fonction « de la juste valeur marchande de la servitude accordée ou le montant par lequel la juste valeur marchande du terrain grevé a été réduite, à la suite du don de la servitude » (Conservation de la Nature, « Projet de conservation du versant Nord-Est du massif Mont Gale : une servitude de conservation, c'est payant! », en ligne : <www.terrains-bso.com/wp-content/uploads/2013/07/CONSERVATION-DE-LA-NATURE.pdf>). Cette valeur écologique a donc une valeur marchande, valeur économique qui a la particularité de ne pas être échangeable. Dès lors, même si cette valeur écologique marchande n'est pas échangeable, il est possible de se demander si elle ne constitue pas un nouveau bien immatériel, propriété du donateur de la servitude (voir Gaële Gidrol-Mistral, « Bien et immatériel au Québec » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'immatériel : journées espagnoles*, t 64, Bruxelles, Bruylant, 2014, 261 à la p 268 [Gidrol-Mistral, « Bien et immatériel »]). Certes, ce bien immatériel, en raison de sa spécificité écologique, aurait la particularité d'être un bien extra-commercial (non cessible). Il semble intéressant de souligner que le caractère extra-commercial est réservé aux seuls biens. Les choses non appropriables ou non appropriées ne sont pas des biens et, à ce titre, échappent *de facto* au commerce juridique. Elles n'ont donc pas à être protégées par l'extra-commercialité. Mais la qualification de biens les fait entrer de plain-pied dans le commerce juridique. Afin de protéger ces biens, notamment des dangers de l'économie marchande, il est possible de recourir à l'extra-commercialité pour limiter les droits exercés par leurs propriétaires sur ces biens particuliers. Ainsi, le législateur autant que la volonté privée peuvent limiter cette faculté de libre circulation (cessibilité et transmissibilité du bien). L'extra-commercialité, en tant que restriction du droit de propriété, limite le pouvoir de disposer du propriétaire du bien (voir Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, 3^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2008 au para 36; Gaële Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité » (2016) 46:1 RDUS 67 à la p 92; Conservation de la Nature, *supra* note 25).

²⁶ Voir Groupe AGÉCO, « Le capital écologique du Grand Montréal : une évaluation économique de la biodiversité et des écosystèmes de la Ceinture verte » (2013) Rapport préparé pour la Fondation David Suzuki et Nature-Action Québec à la p 16, en ligne : <www.davidsuzuki.org/fr/publications/rapports/2013/rapport-ceinture-verte>.

par an le potentiel économique de la Ceinture verte du Grand Montréal²⁷ et de la Trame bleue du Grand Montréal²⁸. À titre d'illustration, la Ceinture verte représente un « ensemble de milieux naturels aquatiques, humides, terrestres et agricoles qui, reliés entre eux, forment des liens écologiques en milieu urbain, périurbain et rural »²⁹. Selon le rapport, « [c]ette immense réserve de ressources a la capacité de fournir des biens et services »³⁰. Bien que ces derniers n'aient pas de valeur marchande échangeable, ils constituent une valeur économique. Le Rapport sur la Ceinture verte du Grand Montréal énonce une liste diversifiée de « biens et services éco-systémiques », d'activités et d'indices identifiés et pris en compte pour calculer cette valeur économique. La majorité de ces indices sont chiffrés de manière monétaire³¹. Parmi ces indices se trouvent l'habitat pour la biodiversité, les loisirs et le tourisme, la régulation du climat, l'approvisionnement en eau, la pollinisation, la régulation des crues et inondations, le contrôle de l'érosion, la qualité de l'air ou le contrôle biologique³².

Bien que ce patrimoine écologique n'ait pas intrinsèquement de valeur économique marchande, donc échangeable dans le circuit du commerce juridique, l'établissement de cette valeur écologique non marchande des biens et services fournis par ces écosystèmes³³ permet de rappeler l'importance de préserver ce patrimoine. Cette préservation nécessite la mise en place d'outils juridiques favorisant une gestion éclairée de ces portions privées et publiques³⁴ du territoire qui constituent une grande valeur.

²⁷ Voir *ibid* à la p 7. Voir aussi Fondation David Suzuki et Nature-Action Québec, « Une ceinture verte grandeur nature : un grand projet mobilisateur pour la région de Montréal » (2012) à la p 6, en ligne : <www.davidsuzuki.org/fr/publications/rapports/2012/une-ceinture-verte-grandeur-nature-un-grand-projet-mobilisateur-pour-montreal>.

²⁸ Voir Fondation Suzuki, « La valeur économique de la Ceinture et trame bleue du Grand Montréal : la contribution des écosystèmes aquatiques à la qualité de vie des communautés », (2015) à la p 7, en ligne : <www.davidsuzuki.org/fr/publications/DSF_bluebelt_dft_6_FINAL.pdf> [Fondation Suzuki, « Ceinture et trame bleue »].

²⁹ Nature-Action Québec, « Ceinture et Trame verte et bleue du Grand Montréal (CTVB) », en ligne : <nature-action.qc.ca/site/ceinture-verte>.

³⁰ Groupe AGÉCO, *supra* note 26 à la p 16.

³¹ Pour les détails de la méthodologie utilisée, voir *ibid*, annexe 2, en ligne : <www.davidsuzuki.org/fr/publications/rapports/2013/rapport-ceinture-verte/> (ce document dresse la « liste détaillée des valeurs monétaires estimées et études utilisées »).

³² Voir *ibid* aux pp 16 et s.

³³ Certains biens, issus de ce milieu naturel, comme par exemple le sirop d'érable, ont une valeur marchande. Or, le service écologique rendu par la préservation de ce bien n'a pas de valeur marchande échangeable dans le commerce juridique.

³⁴ Afin de préserver cette richesse écologique, une palette variée de techniques juridiques est utilisée (voir Trudelle, *supra* note 12 à la p 12 et s; Girard, *supra* note 14).

Quelles sont les techniques juridiques de droit privé qui sont utilisées au Québec? Plusieurs ont pu être relevées : la réserve naturelle, que nous avons choisi d'exclure de notre étude car elle ne repose pas sur la seule volonté du propriétaire du fonds naturel et qu'elle s'apparente à une intendance mixte (publique-privée) soumise à des contraintes spécifiques, notamment celle de l'autorisation du ministre du Développement durable, de l'Environnement, et de la Lutte contre les changements climatiques³⁵; diverses techniques contractuelles, tels les contrats de donation, de vente, de louage des terres, les contrats de donation d'une servitude de conservation à un organisme de préservation de l'environnement, les ententes de gestion, d'aménagement, de mise en valeur (sans transfert de propriété) ou encore les déclarations d'intention (qui sont de simples engagements moraux); et finalement, trois véhicules juridiques issus des mécanismes de droit des biens que sont la fiducie d'utilité sociale, la servitude de conservation et l'indivision à but durable, sur lesquels nous avons choisi de concentrer notre étude. Lorsque des propriétaires fonciers (personnes physiques, publiques ou morales) ont la volonté d'assurer la sauvegarde des écosystèmes, des espèces ou des paysages, ils peuvent recourir à l'un de ces outils juridiques de droit privé. Dans la grande majorité des hypothèses étudiées, ces techniques sont mises au service d'une collectivité, encore appelée communauté³⁶, qui peut prendre différentes formes.

B. La collectivité : une notion protéiforme

Ces outils d'intendance privée, bien que visant directement la conservation et la protection de l'environnement, ont toujours pour objectif, *a minima*, de permettre à une collectivité de bénéficier d'un environnement plus sain et mieux préservé. La collectivité participe donc à la prise en considération, voire à la prise de conscience, de cette valeur écologique non marchande. Mais à quelle collectivité ces mécanismes d'intendance privée font-ils référence? Qui se cache derrière cette notion protéiforme?

L'analyse des différentes conventions consultées dévoile une mosaïque de collectivités, les catégories de bénéficiaires visés étant hétéroclites. Le spectre des collectivités est donc très large. Il peut en effet s'agir d'une *collectivité fermée*, réservée à certains membres issus de la collectivité protégée. Cette dernière peut alors être limitée, par exemple, aux seuls propriétaires et titulaires de droits réels ou personnels sur le bien protégé. Il

³⁵ Voir *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, RLRQ c C-61.01, arts 54 et s.

³⁶ Le rapport sur la Ceinture et la Trame bleue du Grand Montréal commandé par la Fondation David Suzuki, comme son titre l'indique, vise la « qualité de vie des communautés » (Fondation Suzuki, « Ceinture et trame bleue », *supra* note 28). La distinction entre collectivité et communauté sera développée plus loin dans la présente section.

peut, à l'autre extrémité, s'agir d'une *collectivité diffuse*³⁷, non limitée spatialement. Par cette catégorie se trouvent visés, par exemple, les habitants d'une municipalité ou encore les citoyens ou la population du Québec. Parfois, l'expression *générations futures*³⁸ renforce cette idée de collectivité diffuse, la poussant à son paroxysme puisque les bénéficiaires visés ne sont plus contraints par des limites spatio-temporelles³⁹. Les générations futures sont en effet à la fois hors du temps présent et encore indéterminées.

Les actes d'intendance privée, en permettant à une collectivité de bénéficier d'un environnement plus sain ou en ouvrant l'accès à ces propriétés privées à des tiers, privilégient des intérêts collectifs par rapport aux intérêts propriétaires individuels⁴⁰. Définir l'intérêt collectif en matière environnementale relève d'une opération complexe. Une auteure souligne que l'intérêt collectif ne se limite pas au « cumul d'intérêts d'autrui, c'est-à-dire des intérêts individuels des personnes physiques ou morales à travers leurs biens et leurs personnes »⁴¹, et ne se résume pas non plus à

³⁷ Voir Judith Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? » (2014) 28:3 RIDE 351 à la p 365, qui recourt à la notion de communauté diffuse pour évoquer l'idée du maintien de la propriété privée en la mâtinant d'un accès aux tiers à certaines utilités du bien :

[C]ar le fait qu'un bien soit approprié n'empêcherait pas de le considérer comme « destiné » [...]. Une communauté, diffuse, existerait ainsi autour de ce type de biens : sans être constituée en propriétaire, cette communauté s'imposerait comme une légitime utilisatrice ou comme une bénéficiaire de la conservation et de la transmission de la ressource concernée (il est vrai que, précisément en raison de ce caractère diffus, le terme de « communauté » peut paraître fort) [note omise].

C'est pourquoi, nous préférons dans ce texte recourir à la notion de collectivité, moins marquée idéologiquement.

³⁸ Voir par ex *Fiducie des Augustines*, *supra* note 17 (qui fait mention des « générations à venir »); *Acte de fiducie constituant la Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, publié au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de L'Assomption, n° 19 075 445 (17 mai 2012), art 7.1, reproduit dans Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14, Annexe B [*Fiducie Écosystèmes Lanaudière*] (qui recourt à l'expression « les citoyens [...] pour le futur »).

³⁹ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38, art 7.1 qui édicte que les bénéficiaires sont « les citoyens du territoire lanaudois, en particulier, mais également l'ensemble des citoyens du Québec, maintenant et pour le futur ».

⁴⁰ Pour des développements subséquents sur la notion d'intérêt collectif, voir Véronique Jaworski, « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal : entre intérêts général, individuel et collectif » (2015) 22 (hors-série) Vertigo au para 14 et s <vertigo.revues.org/16272>.

⁴¹ Marie-Pierre Camproux Duffrene, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement » (2015) 22 (hors-série) Vertigo au para 11 <https://vertigo.revues.org/16320>.

l'intérêt général, à savoir celui défendu par l'État⁴², bien qu'il rejoigne ces deux notions. Cet intérêt collectif serait plutôt « trans-individuel, indivisible, transgénérationnel et totalement dépendant du fonctionnement de l'écosystème planétaire »⁴³, l'idée étant alors de détacher la définition d'intérêt collectif « de l'individualisme et de l'égoïsme humain »⁴⁴. L'intérêt collectif n'est donc pas une somme mais un tout⁴⁵. Il reste cependant distinct de l'intérêt général⁴⁶ dans la mesure où il vise une communauté déterminée et un intérêt immanent et non une valeur sociale supérieure.

La décision de mettre en place un mécanisme d'intendance privée visant à préserver l'environnement dans un intérêt collectif s'accompagne corrélativement d'une limitation des utilités auxquelles le propriétaire ou les titulaires de droits réels peuvent prétendre. Ces ententes de conservation vont en effet encadrer et restreindre les activités que les titulaires de droits pourront effectuer sur ces propriétés privées dont la valeur écologique est protégée. Cette renonciation partielle à la plénitude de ses droits et pouvoirs de propriétaire souverain, au bénéfice d'un intérêt collectif supérieur à son intérêt propriétaire, repose sur une forme d'abnégation qui n'est pas nécessairement incompatible avec ses propres intérêts⁴⁷. Lorsqu'une collectivité diffuse est visée, le propriétaire privé prend nécessairement en compte, au moins indirectement, le bien-être collectif, notamment celui de la population québécoise. Mais, ce faisant, lorsqu'il recourt au véhicule juridique de l'indivision à but durable (article 1030 C.c.Q.) ou à la servitude de conservation qui grèvera son terrain, il ne renonce pas pour autant aux intérêts de sa propre descendance. Lorsqu'il recourt à l'indivision à but durable ou à la servitude de conservation grevant son terrain, loin de renoncer aux intérêts de sa propre descendance, il l'encadre. En effet, dans ces deux hypothèses, le propriétaire conserve son droit de propriété sur le bien, mais accepte de le partager avec un autre

⁴² Voir *ibid* au para 12.

⁴³ *Ibid* au para 35.

⁴⁴ *Ibid* au para 37.

⁴⁵ Voir Gaële Gidrol-Mistral, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* » (2016) 46:1 RGD 95 à la p 123 [Gidrol-Mistral, « L'affectation »].

⁴⁶ Voir Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004 aux pp 37–38.

⁴⁷ Les propriétaires privés qui acceptent de mettre en place un mécanisme juridique assurant la conservation de leurs biens dans un but environnemental font preuve d'une forme d'abnégation même si, selon le véhicule juridique retenu, des incitatifs fiscaux peuvent participer à leur décision (voir généralement MDDEP, « Dons écologiques », *supra* note 8).

propriétaire (par exemple, lorsque la copropriété est établie en faveur d'un organisme de conservation de la nature) ou grève son fonds d'une charge (servitude de conservation). Dès lors, ses intérêts propriétaires actuels et à venir, par transmission successorale ou testamentaire, sont préservés et coexistent avec l'intérêt collectif défendu. Au contraire, lorsqu'un propriétaire choisit de donner son domaine privé à un organisme de préservation de la nature ou de constituer une fiducie d'utilité sociale, le bien sortant définitivement de son patrimoine, il met fin à ses intérêts individuels présents et futurs sur le bien en renonçant à son droit de propriété. En posant un geste définitif en faveur de la cause environnementale, il substitue un intérêt collectif à ses intérêts individuels.

Le choix du véhicule juridique est donc essentiel tant sur le plan d'une planification successorale, la solidarité entre générations n'ayant pas le même sens selon le choix du véhicule, que sur le plan du contrôle et de la responsabilité juridique des différents acteurs de la protection environnementale. En effet, le maintien de la propriété privée assure la coexistence des intérêts individuels et collectifs, alors que le patrimoine d'affectation, mis en œuvre par la fiducie d'utilité sociale, dévoile un intérêt collectif qui, mis au service du but environnemental, s'autonomise. Ce dernier véhicule, consacré par le *Code civil du Québec*, semble être l'outil idéal pour répondre aux enjeux collectifs et sociaux, qui sont à l'œuvre en matière environnementale. Pourtant, nos recherches semblent montrer qu'il demeure à ce jour assez peu utilisé. Sa sous-utilisation cacherait-elle les limites de cet instrument juridique?

II. La fiducie d'utilité sociale : un véhicule consacré en sous-régime

La fiducie d'utilité sociale paraît être l'instrument juridique naturellement désigné pour conserver un bien puisque le *Code civil du Québec* mentionne clairement cette mission de conservation dans les buts visés par la fiducie. Il a en effet bénéficié d'une véritable consécration par le législateur (A) lors de l'adoption du *Code civil du Québec*. Cependant, le potentiel de ce véhicule reste encore sous-exploité en matière environnementale (B).

A. *Un véhicule pressenti à un bel avenir*

Mettant en œuvre une nouvelle manière de gérer des biens dans l'intérêt d'autrui ou d'un but social, la fiducie québécoise, nouvellement introduite au *Code civil du Québec*, a entraîné une véritable révolution du rapport que les individus entretiennent avec leurs biens. Consacrée dès l'article 2 du *Code civil du Québec* par la reconnaissance, à côté du patri-

moine de la personne⁴⁸, de l'existence de patrimoines de division ou d'affectation⁴⁹, « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer »⁵⁰. Elle repose sur « quatre éléments clés », ainsi résumés par le professeur Jacques Beaulne, à savoir « la constitution d'un patrimoine [d'affectation (1)], la transmission de biens par le constituant à ce patrimoine [d'affectation (2)], la détention de ces biens par le fiduciaire [(3)] et [l']affectation [des biens] à une fin permise par la loi [(4)] »⁵¹.

La fiducie propose un véhicule juridique novateur de détention des biens, précurseur d'une nouvelle manière d'être des biens⁵², qui met en place un patrimoine d'affectation « sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel »⁵³. Innovante car le patrimoine d'affectation se détache de la théorie subjectiviste de la propriété, puisqu'il n'est plus lié à une personne juridique (article 2, al 1 C.c.Q.), qu'elle soit physique ou morale, mais à un but par le truchement de l'affectation (article 2, al 2 C.c.Q.). Audacieuse car ce nouveau paradigme, rompant le rapport d'appropriation entre la personne et le bien⁵⁴, crée un patrimoine autonome et sans sujet⁵⁵. Ainsi, la rupture du couple personne-

⁴⁸ Voir art 2, al 1 CcQ : « Toute personne est titulaire d'un patrimoine ».

⁴⁹ Voir art 2, al 2 CcQ : « Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi ».

⁵⁰ Art 1260 CcQ.

⁵¹ Jacques Beaulne, *Droit des fiducies*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 aux paras 145–59 (citation au para 146).

⁵² Voir Alexandra Popovici, *Le patrimoine d'affectation : nature, culture, rupture*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, 2012 [non publié].

⁵³ Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 366 [Normand, *Introduction*]. Voir aussi art 1261 CcQ. C'est ainsi que certaines entités nommées « fiducies foncières » en matière de protection environnementale ne sont pas des fiducies au sens du *Code civil*. Il faut remonter plusieurs décennies pour retracer l'apparition de l'expression « fiducie foncière » au Québec. Elle existe donc depuis beaucoup plus longtemps que le *Code civil du Québec*, et son usage a persisté jusqu'à aujourd'hui, ce qui explique la confusion des termes. Certains soulignent qu'il s'agit d'une traduction maladroite de la notion de *land trust* (voir Moreau, *supra* note 9 aux pp 5, 9 et s).

⁵⁴ Voir art 915 CcQ : « Les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, ou font, en certains cas, l'objet d'une affectation ». Voir aussi Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 140.

⁵⁵ *Contra* Madeleine Cantin Cumyn, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? » dans Jacques Beaulne, dir, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 129 à la p 142 (pour qui la fiducie, en tant que sujet de droit, est titulaire du patrimoine d'affectation).

patrimoine, modèle magnifié par Aubry et Rau⁵⁶, objective le patrimoine qui, dès lors prend en considération des fins extérieures à la personne détentrice des biens. Ce n'est donc pas en fonction d'un intérêt propriétaire individuel que le fiduciaire agira sur le patrimoine affecté mais en fonction d'un intérêt désintéressé. Cet intérêt peut être qualifié de « désintéressé » dans la mesure où il est motivé par un intérêt externe au droit de propriété, voire même contraire, notamment lorsque cette protection entraîne une diminution de la valeur marchande du bien. Les règles de gestion sont dès lors couvertes par la convention et par le régime légal de l'administration du bien d'autrui⁵⁷. L'absence de droit de propriété s'exerçant sur ce patrimoine-but⁵⁸ en fait une technique de droit privé particulièrement intéressante en matière de conservation des biens, en raison de son autonomie juridique et du cadre précis des règles de gestion qui s'y appliquent⁵⁹.

Le *Code civil* prévoit trois types de fiducies⁶⁰ aux articles 1266 à 1270 C.c.Q. La fiducie personnelle qui est « constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être »⁶¹, ne semble pas adaptée à la conservation de l'environnement puisqu'elle a pour objectif de procurer un avantage à une personne et non à un intérêt collectif et qu'elle se trouve assujettie à un terme de cent ans maximum⁶². Or, la conservation de l'environnement nécessite non seulement une durée perpétuelle mais également la possibilité de prendre en compte un intérêt collectif extérieur ou supérieur à l'intérêt individuel. Ce type de fiducie se trouve donc *de facto* disqualifié en matière environnementale.

⁵⁶ Voir C Aubry et C Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t 6, 4^e éd, Paris, Marchal et Billard, 1869 à la p 229 et s.

⁵⁷ Voir titre septième « De l'administration du bien d'autrui » du livre quatrième « Des biens » du *Code civil du Québec*.

⁵⁸ Le patrimoine d'affectation est issu de la doctrine allemande du patrimoine-but de Brinz et a été développée par le célèbre comparatiste français Pierre Lepaulle. Ses travaux ont sans nul doute inspiré le législateur québécois. Pour des développements subséquents sur cette passionnante question, voir Alexandra Popovici, « La fiducie québécoise, re-belle infidèle » dans Alexandra Popovici, Lionel Smith et Régine Tremplay, dir, *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Thémis, 2014, 129; Frédéric Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir : réflexions de synthèse » (2014) 48:2 RJT 623.

⁵⁹ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 94.

⁶⁰ Précisons qu'en matière fiscale, les « fiducies » comprennent non seulement les fiducies du *Code civil du Québec*, mais également l'usufruit, l'administration d'une succession et la substitution.

⁶¹ Art 1267 CcQ.

⁶² Voir art 1272 CcQ.

La fiducie d'utilité privée « a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée »⁶³. La rédaction de cet article semble rendre possible son utilisation en matière environnementale. Dans le domaine de la protection de l'environnement, il est souvent question de conservation et de préservation des biens. Or, la conservation d'un bien corporel constitue l'un des objets de cette fiducie. Certes, l'objet et les buts visés sont plus restrictifs que ceux de la fiducie d'utilité sociale⁶⁴. Pourtant, certains auteurs⁶⁵ sont d'avis qu'elle pourrait parfaitement avoir sa place dans les outils juridiques de protection du patrimoine environnemental, notamment dans la mesure où cette fiducie peut être perpétuelle⁶⁶.

Quant à la fiducie d'utilité sociale⁶⁷, telle que définie à l'article 1270 C.c.Q., elle est constituée « dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique ». La généralité de sa rédaction, le caractère exemplatif des buts visés en fait certainement le véhicule juridique par excellence en matière de protection environnementale. Nul doute que l'écologie ou l'environnement constitue un but d'intérêt général visé par l'article.

La frontière entre ces deux derniers types de fiducie étant mince, nous sommes d'avis qu'elles pourraient être utilisées en matière de protection environnementale. Cependant, la fiducie privée visant un intérêt plus restreint que la fiducie d'utilité sociale, elle pourrait se trouver disqualifiée dans des situations privilégiant un but social très général, telle la protec-

⁶³ Art 1268 CcQ.

⁶⁴ Voir Madeleine Cantin Cumyn, « L'acte constitutif d'une fiducie » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 649 à la p 663.

⁶⁵ Voir par ex Beaulne, *Droit des fiducies*, *supra* note 51 au para 112.1.

⁶⁶ Voir art 1273 CcQ. Voir aussi *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38, art 8 (« [l]a présente fiducie a vocation de durée perpétuelle »).

⁶⁷ Pour un portrait plus détaillé de la constitution d'une fiducie d'utilité sociale, voir notamment André J Barette, « La fiducie d'utilité sociale : réflexions sur un thème méconnu » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Fiducies personnelles et successions*, vol 269, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 79. Concernant plus spécifiquement la fiducie d'utilité sociale en matière de conservation de l'environnement, voir notamment Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 81 et s.

tion d'un écosystème⁶⁸. C'est donc principalement la fiducie d'utilité sociale qui est utilisée en matière de préservation de l'environnement⁶⁹.

Cette préférence s'explique certainement par le fait que, en matière de conservation des biens, la fiducie d'utilité sociale offre des qualités indéniables de garantie de la pérennité du projet de préservation environnemental. Le professeur Beaulne précise par ailleurs que cette technique est favorisée par le législateur qui a prévu des assouplissements aux règles générales. Il relève notamment quelques-uns de ces aménagements :

1° Mode de constitution : la fiducie d'utilité sociale peut être constituée tant par acte à titre gratuit que par acte à titre onéreux;

2° Durée : cette fiducie peut être perpétuelle;

3° Objet : bien qu'elle n'ait pas pour objet la réalisation d'un bénéfice ou l'exploitation d'une entreprise, la fiducie d'utilité sociale peut, afin de lui permettre de s'assurer d'un financement accessoire, s'adonner à une telle activité;

4° Distribution de capital et de revenus : cette fiducie a également le droit de distribuer tous ses revenus et tout son capital lorsque cela est nécessaire pour lui permettre d'atteindre son objectif;

5° Extinction pour cause d'impossibilité d'accomplissement : aux termes de l'article 1298 C.c.Q., il y a alors possibilité de remise des biens de la fiducie à une autre fiducie, à une personne morale ou à un groupement de personnes à vocation similaire [notes omises].⁷⁰

Pourtant, la fiducie d'utilité sociale reste encore sous-utilisée en matière d'intendance privée environnementale.

B. Un véhicule au potentiel sous-exploité

Malgré sa grande souplesse et son efficacité (1), la fiducie d'utilité sociale reste délicate à mettre en œuvre, ce qui pourrait expliquer qu'elle demeure paradoxalement peu utilisée en matière de protection de l'environnement (2).

⁶⁸ D'autant que, dans cette hypothèse, l'objet de la fiducie privée étant la conservation d'un bien corporel, cette qualification semble trop étroite au regard de la complexité de la définition de l'écosystème qui constitue un réseau d'échange d'énergie et de matière permettant le maintien et le développement de la vie, s'apparentant donc plus à un bien immatériel.

⁶⁹ La *Fiducie Écosystèmes Lanaudière* et la *Fiducie du Domaine Saint-Bernard* sont données à titre d'exemples de fiducies d'utilité sociale dans le rapport de la Conférence régionale des élus de Montréal (voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 89).

⁷⁰ Beaulne, *Droit des fiducies*, *supra* note 51 au para 118.

1. Un véhicule souple et efficace

Plusieurs éléments confortent la pertinence de recourir à la fiducie d'utilité sociale en matière de protection de l'environnement, d'autant que d'un point de vue politique, cet outil semble particulièrement adapté à la préservation de l'environnement qui nécessite une action concertée d'acteurs provenant de divers milieux. La possibilité d'inclure dans la composition du collège des fiduciaires des représentants des différents secteurs socio-économiques intéressés (secteur municipal, communautaire, citoyens, agro-forestiers, professionnels du tourisme, du commerce et de l'industrie, représentants institutionnel et gouvernemental) permet « *l'enracinement dans la collectivité* des enjeux de conservation » [italiques dans l'original]⁷¹. Cette initiative répond parfaitement à cette attente qui permet de « *fédérer* [lesdits enjeux] sur son territoire d'intervention, notamment en donnant des moyens d'actions à de plus petits organismes de conservation qui, regroupés sous le chapeau de la FUS, peuvent accéder à de plus grands moyens financiers, techniques, scientifiques ou autres »⁷².

L'un de ses plus fervents défenseurs, Me Jean-François Girard, constate que

la plus grande force de cette institution réside dans la *simplicité* avec laquelle il est possible d'affecter les biens devant constituer le patrimoine fiduciaire à une *destination perpétuelle* — la conservation — et dans le fait qu'il est possible d'*imposer un cadre de gestion* très précis auquel le fiduciaire devra s'astreindre quant à l'administration de ce patrimoine [nos italiques].⁷³

La latitude dont bénéficie le constituant — propriétaire foncier privé — pour « fixer le cadre de gestion des caractéristiques patrimoniales qui seront protégées et gérées par les fiduciaires »⁷⁴ et les moyens à mettre en place peuvent également favoriser le recours à la fiducie d'utilité sociale. À titre d'illustration, la Fondation de la faune du Québec, constituant de la *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, a défini très précisément les « mesures de protection du capital immobilier de conservation » (article 10.2) et a détaillé les « mesures de conservation, aménagements et gouvernance » (article 10.3) : « mise en valeur des caractéristiques patrimoniales » (article 10.3.1.), « [e]xploitation des ressources forestières » (article 10.3.2.), « fauniques » (article 10.3.3.), « potentiel agricole ou acéricole » (article 10.3.4.), « [a]ménagement et stabilisation des rives » (article 10.3.5.), « [a]ctivités écotouristiques, récréatives ou éducatives » (ar-

⁷¹ Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 94.

⁷² *Ibid* à la p 95.

⁷³ *Ibid* à la p 94.

⁷⁴ *Ibid* à la p 86.

ticle 10.3.6.), « [é]valuation écologique et acquisition de connaissances scientifiques » (article 10.3.7.), « [e]ntretien des aménagements et constructions » (article 10.3.8.) et « limitations des activités » (article 10.3.9.)⁷⁵. Ces directives sont par ailleurs complétées par l'annexe A⁷⁶ figurant à l'acte de fiducie qui suggère aux fiduciaires les activités à limiter et à encadrer rigoureusement, voire à interdire complètement, sur le bien immobilier de conservation de la Fiducie, tels la récolte, la coupe de végétaux, l'introduction de toute espèce non indigène, l'utilisation de pesticide, l'allumage de feux, la circulation en véhicule motorisé ou bicyclette, l'aménagement de nouveaux sentiers ou l'élargissement de sentiers existants.

La fiducie d'utilité sociale présente deux autres avantages majeurs : sa perpétuité⁷⁷, que le législateur autorise, et sa relative immuabilité car, une fois constituée, seul le juge bénéficie du pouvoir de modifier les termes de l'acte constitutif et d'y mettre un terme⁷⁸. En effet, le transfert des biens au patrimoine fiduciaire par le constituant met fin à son rôle dans la gestion de la fiducie⁷⁹. C'est au fiduciaire qu'il revient désormais de la gérer selon le cadre établi mais il « n'est pas autorisé, en aucune façon, à modifier les fins pour lesquelles le présent patrimoine fiduciaire est créé »⁸⁰; de plus, l'acte de fiducie peut limiter ses pouvoirs par rapport à ceux qui lui sont dévolus par le *Code civil* dès lors que ses actes pourraient compromettre l'utilité sociale de la fiducie⁸¹.

En matière de conservation de la nature, le patrimoine fiduciaire n'est pas toujours exclusivement composé du seul patrimoine environnemental

⁷⁵ *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, supra note 38.

⁷⁶ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, supra note 38 reproduit dans Girard, « Les outils juridiques », supra note 14, Annexe B à la p 29.

⁷⁷ Voir art 1273 CcQ.

⁷⁸ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, supra note 38, art 8 : « La présente fiducie a vocation de durée perpétuelle. Il ne peut ainsi être mis fin à l'existence de la *Fiducie* par décision du [fiduciaire]. Seul le tribunal peut mettre fin à la *Fiducie* ou en modifier les dispositions conformément aux dispositions des articles 1294 et 1298 du *Code civil du Québec* ».

⁷⁹ Voir *ibid* à l'art 14 : « Les pouvoirs du [constituant] se limitent à la constitution de la présente fiducie ».

⁸⁰ *Ibid*, art 5.

⁸¹ Voir *ibid* :

le présent acte limite les pouvoirs du [fiduciaire], nonobstant les pouvoirs de pleine administration du bien d'autrui qui lui sont dévolus, de vendre, céder, aliéner, ou donner en gage, hypothéquer ou autrement affecter volontairement de toute autre façon les biens du capital immobilier de conservation de la *Fiducie*, dès lors que de tels actes sont susceptibles de compromettre la réalisation des objets de la fiducie tels que définis à l'article 6).

à protéger. Le constituant peut, en effet, diversifier les biens placés en fiducie pour assurer la réalisation de l'objectif principal de conservation du patrimoine écologique⁸². Là encore, des règles d'assouplissement prévoient que la fiducie, alors même qu'elle ne peut réaliser de bénéfices, peut recourir à un « financement accessoire [en] s'adonn[ant] à des activités lucratives »⁸³.

La souplesse de cette structure se manifeste encore au niveau des acteurs de la fiducie. Le constituant, propriétaire foncier, peut être un particulier, un organisme de conservation, voire même une municipalité⁸⁴. Quant au fiduciaire, il peut être une personne physique ou une personne morale constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*⁸⁵. Par conséquent, une municipalité ou un organisme de conservation ne devrait pas pouvoir agir à titre de fiduciaire. Cependant, dans les fiducies d'utilité sociale analysées⁸⁶, des mécanismes ont été prévus pour assouplir cette règle, notamment par la désignation d'un repré-

⁸² Voir *ibid*, art 6.1–6.3. La *Fiducie Écosystèmes Lanaudière* est composée d'un « capital immobilier de conservation » (article 6.1), d'un « capital immobilier non destiné à la conservation » qui peut être utilisé (vendu, échangé, loué, hypothéqué, par exemple) par le fiduciaire pour favoriser la réalisation d'autres projets de conservation (article 6.2) et d'un « capital financier » (article 6.3).

⁸³ *Ibid*, art 6 (« bien qu'elle n'ait pas pour objet la réalisation d'un bénéfice ou l'exploitation d'une entreprise, la *Fiducie* peut, afin de lui permettre de s'assurer d'un financement accessoire, s'adonner à des activités lucratives »).

⁸⁴ Girard analyse l'article 20 de la *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c C-47.1 comme permettant à une municipalité de constituer une fiducie d'utilité sociale à des fins environnementales (voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 87). Par exemple, le constituant de la *Fiducie du Domaine Saint-Bernard* est la Municipalité de Mont-Tremblant (*Acte de fiducie d'utilité sociale créant la Fiducie du Domaine Saint-Bernard*, publié au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Terrebonne, n° 1 243 992 (22 novembre 2000) à la p 1 [*Fiducie du Domaine Saint-Bernard*]).

⁸⁵ RLRQ, c S-29.01. Voir aussi Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 88, n 143.

⁸⁶ Voir par ex *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38, art 16.6 :

Toute personne agit comme fiduciaire à titre personnel, sans représenter aucune personne morale, ministère, municipalité ou tout autre organisme.

Nonobstant l'alinéa précéd[e]nt, une personne agissant comme fiduciaire peut faire part au collègue fiduciaire des intérêts et positions du secteur ou de l'organisme dont il est issu. Le collègue fiduciaire peut disposer comme bon lui semble des propos qui lui sont ainsi présentés.

Toute personne agit comme fiduciaire dans la poursuite des meilleurs intérêts de la *Fiducie*.

Une personne morale ne peut agir comme fiduciaire [nos italiques].

sentant de la municipalité⁸⁷, de l'organisme de conservation ou d'une instance publique comme fiduciaire d'office⁸⁸.

Enfin, bien qu'aucun bénéficiaire n'a à être désigné, puisque la raison d'être de la fiducie d'utilité sociale est d'affecter « des biens à une destination de conservation de caractéristiques patrimoniales pour le bénéfice d'une collectivité, plus ou moins déterminée, plutôt que le simple avantage accordé à une personne »⁸⁹, la désignation de bénéficiaires, notamment dans le cas d'une collectivité diffuse, peut renforcer la mission de la fiducie⁹⁰.

Alors que ce véhicule juridique semble doté d'une certaine efficacité et d'une grande souplesse, la fiducie d'utilité sociale présente quelques inconvénients qui expliquent peut-être son manque d'attrait.

2. Un véhicule inadapté

Malgré ses avantages indéniables, nous avons pu constater, au cours de notre recherche exploratoire, une sous-utilisation de la fiducie d'utilité sociale en matière de protection et de conservation de l'environnement. Me Girard relève comme l'un des rares inconvénients de cet instrument juridique, la non-exemption du paiement des taxes foncières⁹¹, sauf dans le cas où les immeubles compris dans le patrimoine fiduciaire sont classés comme réserve naturelle⁹².

De notre côté, nous avons pu mettre en lumière d'autres inconvénients qui, selon nous, rendent la mise en œuvre de ce véhicule juridique parfois délicate. Le premier, et non le moindre, est d'ordre financier. Les coûts occasionnés par la constitution, mais surtout par le fonctionnement, d'une fiducie d'utilité sociale peuvent s'avérer un frein important au choix de ce véhicule. Ce montage juridique n'est en effet pas envisageable pour

⁸⁷ Voir *Fiducie du Domaine Saint-Bernard*, *supra* note 84, art 14.1 qui prévoit que le maire de la municipalité du Mont-Tremblant agit d'office à titre de fiduciaire.

⁸⁸ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38, art 16.2.1. En l'occurrence, le collègue fiduciaire comprend obligatoirement le président du conseil d'administration du Conseil régional de l'environnement de Lanaudière.

⁸⁹ Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 89.

⁹⁰ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38, art 7.1 où les bénéficiaires sont désignés comme « les citoyens du territoire lanaudois, en particulier, mais également l'ensemble des citoyens du Québec, maintenant et pour le futur ». Cette préoccupation de l'intérêt des générations futures est présente dans de nombreux projets mettant en œuvre des enjeux de protection environnementale ou culturelle.

⁹¹ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 91.

⁹² Voir *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, *supra* note 35. Ce classement entraîne l'application la *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, c F-2.1, art 204(19).

n'importe quel citoyen sensible aux causes environnementales puisque, outre le fait que la rédaction de l'acte constitutif de la fiducie nécessite les services d'un professionnel accrédité, le fonctionnement de la fiducie engendre des frais importants. Ainsi, une fois le patrimoine fiduciaire constitué, il faudra prévoir un fonds de fonctionnement afin d'assurer le paiement de divers frais (telles les taxes municipales et autres obligations fiscales), les contrôles annuels, les investissements à réaliser afin de soutenir et développer la réalisation du but social (telle l'acquisition de nouveaux biens immobiliers à préserver), les frais engendrés par des démarches en vue de l'obtention d'une classification comme réserve naturelle ou encore l'organisation d'activités de collecte de fonds. Pour cette raison, il ressort de notre étude que le patrimoine fiduciaire est souvent constitué du patrimoine à protéger et d'un patrimoine accessoire, mobilier ou immobilier, qui permet d'assumer les coûts de fonctionnement inhérents à la mission de protection de l'environnement de la fiducie. La *Fiducie Écosystèmes Lanaudière* est une bonne illustration de cette diversification du patrimoine fiduciaire puisque, outre le capital immobilier à préserver, la Fiducie est également composée d'un capital immobilier et d'un capital financier qui assureront notamment la réalisation et le développement de la mission fiduciaire⁹³.

Cette dotation financière, nécessaire à l'accomplissement de la mission de conservation de la fiducie, génère une structure complexe à mettre en œuvre et à gérer tant sur le plan financier qu'organisationnel (réunion des fiduciaires, rapport d'impôt, etc.). Cette difficulté conjoncturelle peut constituer un frein au recours à cette technique juridique lorsque les propriétaires fonciers, soucieux de la préservation de leur terrain et de l'environnement, ne disposent pas des capacités financières ou immobilières suffisantes.

Un deuxième écueil, plus important à nos yeux car structurel, tient à la rupture théorique opérée par le patrimoine d'affectation avec le sujet de droit. Cette rupture a pour conséquence qu'il n'existe plus de propriétaire

⁹³ Voir *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, *supra* note 38. L'article 6.2 précise que le capital immobilier non destiné à la conservation permet de « favoriser la réalisation d'autres projets de conservation sur le territoire d'intervention de la *Fiducie* » et l'article 6.3 énonce que le capital financier

est affecté[] notamment à l'entretien des immeubles constituant le patrimoine de la *Fiducie*, au maintien et à la mise en valeur des milieux naturels qui s'y trouvent, ainsi qu'au paiement de toute charge foncière, générale ou spéciale, taxe ou autre affectant lesdits immeubles, incluant les frais d'administration courante de la *Fiducie*.

Il peut aussi « être utilisé pour l'acquisition de biens immeubles, incluant tout démembrement du droit de propriété, et de territoires sur lesquels se trouvent des milieux naturels présentant un intérêt de conservation, de gestion durable ou d'utilité sociale ».

du patrimoine affecté. Dès lors, deux questions se posent. Qui est responsable à l'égard des dettes et qui assume la surveillance et le contrôle des actes du fiduciaire? Ni le constituant, ni le bénéficiaire ne disposent de prérogatives directes sur les biens du patrimoine fiduciaire puisqu'ils ne sont titulaires d'aucun droit réel sur ce dernier. Quant au fiduciaire, il n'est pas propriétaire du bien, mais administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration de celui-ci, assujetti aux dispositions du Titre septième « De l'administration du bien d'autrui » du Livre quatrième « Des Biens » du *Code civil*. À cet égard, ce n'est pas le patrimoine personnel du fiduciaire ou du bénéficiaire qui répond des dettes contractées par la fiducie, mais le patrimoine fiduciaire. Ainsi, en l'absence de propriétaire à qui l'on pourrait imputer les dettes de la fiducie selon le mécanisme du droit de gage général des créanciers (article 2644 C.c.Q.), cette dernière met en place un patrimoine débiteur alors même que la fiducie n'a pas de personnalité juridique autonome.

En effet, le fiduciaire « qui agit dans les limites de ses pouvoirs ne [peut pas] être débiteur au vrai sens du terme »⁹⁴. À titre d'exemple, le fiduciaire n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte lorsqu'il s'oblige pour le patrimoine fiduciaire⁹⁵. Le fiduciaire, bien que lié par l'acte de fiducie et par les règles de l'administration du bien d'autrui, agit de manière autonome sur le bien, puisque, en pratique, nul ne dispose d'un intérêt personnel ou contractuel à surveiller ses agissements⁹⁶. Ainsi, lorsque le fiduciaire agit pour la fiducie, il n'est pas personnellement responsable vis-à-vis des tiers. Bien évidemment, la situation est différente lorsque le fiduciaire outrepassé ses pouvoirs.

Par ailleurs, le bénéficiaire de la fiducie n'est pas tenu responsable des dettes de la fiducie. L'article 1322 C.c.Q. prévoit que « [l]e bénéficiaire ne répond envers les tiers du préjudice causé par la faute de l'administrateur

⁹⁴ Alexandra Popovici, *Êtres et avoirs : esquisse sur les droits sans sujet en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2016 à la p 306 [non publiée] [Popovici, *Êtres et avoirs*].

⁹⁵ Voir art 1319, al 1 CcQ (« [l]'administrateur qui, dans les limites de ses pouvoirs, s'oblige au nom du bénéficiaire ou pour le patrimoine fiduciaire n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il contracte »).

⁹⁶ Voir Popovici, *Êtres et avoirs*, *supra* note 94 aux pp 292–93 :

Tout le système de droit privé est construit autour de l'idée que chacun agit pour soi, dans son propre intérêt en concurrence de l'intérêt d'autrui, ce qui responsabilise les titulaires. [...]

Dans les situations d'affectation, parce que l'affectataire n'agit jamais à titre individuel (que ce soit en son nom ou au nom d'autrui), il faut absolument l'intervention d'un tiers superviseur pour s'assurer qu'il agisse en conformité avec les pouvoirs qui lui ont été octroyés et les devoirs qui lui sont imposés.

dans l'exercice de ses fonctions qu'à concurrence des avantages qu'il a retirés de l'acte. *En cas de fiducie, ces obligations retombent sur le patrimoine fiduciaire* » [nos italiques]. Le professeur Beaulne relève également que « le patrimoine fiduciaire ne peut [...] s'exonérer de sa responsabilité en invoquant [...] qu'il n'aurait pas pu empêcher le dommage »⁹⁷.

En l'absence de droit de propriété, aucun des acteurs de la fiducie n'est donc responsable des dettes contractées par la fiducie, le patrimoine fiduciaire répondant directement des dettes de la fiducie. Dès lors, c'est le patrimoine fiduciaire qui sera tenu des dettes de la fiducie en tant que débiteur⁹⁸. C'est pourquoi les acteurs de la fiducie ont tout intérêt à surveiller ses actes⁹⁹ et à agir en justice en cas de défaillance du fiduciaire¹⁰⁰. Mais c'est alors que la deuxième interrogation se pose. En l'absence d'intérêt personnel propriétaire, qui assurera cette surveillance et, le cas échéant, quels seraient les moyens d'actions nécessaires? Seule une personne disposant d'un intérêt à agir en justice pourra porter le litige devant les tribunaux. Qui sont les personnes intéressées au respect de la mission fiduciaire? Les bénéficiaires? Mais lorsque les bénéficiaires sont membres d'une communauté diffuse, ont-ils un intérêt suffisant pour agir en justice? Dans l'affirmative, vont-ils accepter de supporter les frais de justice? Faudrait-il mettre en place un curateur public?

L'acte de fiducie a donc tout intérêt à prévoir la mise en place de mécanismes de surveillance et de contrôle du fiduciaire. La *Fiducie Écosystèmes Lanaudière* prévoit un tel mécanisme au profit du bénéficiaire « qui peut [...] soumettre à un tribunal compétent toute question en cette matière »¹⁰¹. Bien que cette possibilité constitue un garde-fou intéressant, puisque « les citoyens du territoire lanaudois [et] l'ensemble des citoyens

⁹⁷ Beaulne, *Droit des fiducies*, supra note 51 au para 333.

⁹⁸ *Contra* art 1292 CcQ : si le constituant ou le bénéficiaire ont participé à des actes frauduleux à l'encontre des créanciers du patrimoine fiduciaire ou du constituant, cet article édicte la responsabilité solidaire du fiduciaire, du constituant et du bénéficiaire.

⁹⁹ Voir art 1287, al 1 CcQ (qui édicte que l'administration fiduciaire « est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel »).

¹⁰⁰ Voir art 1290 CcQ :

Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution.

Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire.

¹⁰¹ *Fiducie Écosystèmes Lanaudière*, supra note 38, art 7.3, al 3.

du Québec, maintenant et pour le futur »¹⁰² peut revendiquer le statut de bénéficiaire, sa mise en œuvre, en raison de l'absence d'intérêt personnel direct des bénéficiaires, reste incertaine.

Alors que la force indéniable de ce véhicule est de bénéficier d'une structure juridique à la fois organisée et relativement souple, sa mise en œuvre s'avère délicate. La diversification patrimoniale à laquelle la gestion de la fiducie oblige fréquemment ainsi que la rupture du lien propriétaire nous apparaissent être les points d'achoppement les plus problématiques de la fiducie d'utilité sociale. Les praticiens ont donc imaginé d'autres outils juridiques pouvant être mis au service de la conservation de l'environnement. La servitude de conservation est certainement le plus audacieux, mais peut-être aussi le plus fragile.

III. La servitude de conservation : un véhicule audacieux mais fragile

Issue de la pratique au Québec¹⁰³, la servitude de conservation est un véhicule juridique qui a le vent en poupe en matière de protection environnementale depuis quelque années¹⁰⁴. L'usage des servitudes de conservation s'est ainsi beaucoup développé. À titre d'exemple, l'organisme *Corridor appalachien* travaille à l'implantation de servitudes de conservation forestières dont la vocation est la « préservation à long terme de la biodiversité du [fonds servant] au bénéfice du [fonds dominant] et de la vocation forestière du [fonds servant], en y interdisant les activités non-compatibles avec cet objectif » [emphases omises]¹⁰⁵. Ces servitudes permettent d'assurer la protection pérenne des corridors écologiques¹⁰⁶ forestiers par la mise en place d'une exploitation durable de la forêt. La servitude de conservation apparaît particulièrement utile dans les secteurs où les écosystèmes à protéger traversent des terres publiques et privées, une

¹⁰² *Ibid*, art 7.1.

¹⁰³ Voir Trudelle, *supra* note 12 à la p 1.

¹⁰⁴ Selon Jean-François Girard, les premières servitudes de conservation seraient apparues à la fin des années 1980 (voir Jean-François Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10, n 42). Le gouvernement encourage son utilisation (voir Québec, Ministère du Développement durable, Environnement, Faune et Parcs, *La conservation volontaire : vous pouvez faire la différence*, Québec, MDDEFP, 2014).

¹⁰⁵ Conciliation conservation et foresterie, « Raison d'être et mise en place d'une servitude de conservation forestière », (5 avril 2014), *Nature Québec*, en ligne : <www.naturequebec.org/fileadmin/fichiers/Biodiversite/Ateliers/2014/PPT14-04-05_ServitudeForestiere_LGratton_WEB.pdf>.

¹⁰⁶ Un éco-corridor ou corridor écologique est « un axe naturel connectant deux ou plusieurs noyaux de conservation et au long duquel les animaux se déplacent, les espèces végétales se propagent et où les échanges génétiques sont possibles » (Philippe-Olivier Boucher, *Une stratégie de conservation axée sur la connectivité pour les Laurentides au Québec*, mémoire de M Env, Université de Sherbrooke, 2013 à la p 8 [non publié]).

situation assez fréquente au Québec. L'organisme *Éco-Laurentides Québec* travaille par exemple à la mise en place de solutions d'intendance privée dans la région, où plus de vingt-huit pour cent des aires protégées sont des propriétés privées¹⁰⁷.

Pourtant, la doctrine juridique demeure plutôt timide à ce sujet et nul ne sait aujourd'hui quelle est sa nature juridique véritable. Comme le constate un auteur, « [l]a servitude de conservation n'existe pas... du moins, nommément dans notre Code civil » [italiques omises]¹⁰⁸. Ce véhicule juridique n'est pas seulement en quête d'une identité (A), mais également de légitimité (B) tant il soulève des défis juridiques et théoriques importants.

A. *Un véhicule en quête d'identité*

Comprendre la nature juridique de cette pratique du droit civil québécois est une véritable gageure. Comme le note l'un des rares auteurs à s'être penché sur cette délicate question, « [la servitude de conservation] est une construction juridique qui repose soit sur la servitude *réelle*, soit sur la servitude *personnelle*, et sur les usages, le tout apprêté à la sauce "conservation" » [italiques dans l'original, note omise]¹⁰⁹. Bien qu'il porte le nom de servitude, cet instrument révèle plusieurs facettes qui toutes soulèvent des interrogations. Est-il une servitude, et dans l'affirmative est-elle réelle ou personnelle, ou est-elle une obligation *propter rem*, voire une obligation personnelle? Afin de démêler ces fils d'Ariane, nous allons revenir sur ces techniques du droit privé et les mettre en perspective à travers quelques exemples issus de la pratique notariale que nous avons pu observer.

Démembrement du droit de propriété¹¹⁰, la servitude est définie à l'article 1177, alinéa 1 C.c.Q. comme « une charge imposée sur un immeuble, le fonds servant, en faveur d'un autre immeuble, le fonds domi-

¹⁰⁷ Voir *ibid* à la p 87, annexe 5.

¹⁰⁸ Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 152.

¹⁰⁹ *Ibid*.

¹¹⁰ Voir art 1119 CcQ. La servitude est un droit réel qui s'exerce sur la chose d'autrui. La notion de servitude est complexe. Bien que le législateur parle de charge pour la définir à l'article 1177 C.c.Q., une interprétation extensive de l'article 947 C.c.Q. pourrait faire penser que le droit réel est un bien sur lequel le titulaire de la servitude a un droit de propriété. L'idée que le droit réel est un bien immatériel sur lequel un droit de propriété peut porter a été parfois développée. En ce sens, voir Gidrol-Mistral, « Bien et immatériel », *supra* note 25 à la p 265 et s. Pour des développements subséquents sur cette problématique, voir aussi Emerich, *La propriété des créances*, *supra* note 24 à la p 221 et s; Éric Meiller, *La notion de servitude*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2012.

nant, et qui appartient à un propriétaire différent ». Bien que le Code civil n'emploie plus l'expression « servitude réelle », d'usage sous le régime du *Code civil du Bas Canada*¹¹¹, il convient de rappeler que c'est à ce seul type de servitude, mettant en relation deux fonds appartenant à des propriétaires différents, que réfère la définition du *Code civil du Québec*¹¹².

La jurisprudence a confirmé à maintes reprises l'exigence des six conditions essentielles à la formation de la servitude réelle énoncées par le notaire Cardinal : l'existence de deux fonds de terre (1) voisins (2) appartenant à deux propriétaires différents (3); un fonds servant rendant un service foncier au fonds dominant (4), un propriétaire obligé à souffrir ou à ne pas faire quelque chose (5) pour une durée perpétuelle (6)¹¹³.

La servitude réelle présente un avantage majeur, celui d'être perpétuelle. Attachée au fonds dominant et non à son bénéficiaire, elle ne se trouve pas limitée dans le temps, ce qui, en matière de protection de l'environnement est essentiel. La préservation de l'environnement nécessite en effet des mesures de protection pérennes. Protéger l'environnement, c'est se projeter dans l'avenir, dépasser le temps présent afin d'assurer aux générations futures un environnement de qualité.

¹¹¹ Titre quatrième « Des servitudes réelles » du Livre deuxième « Des biens, de la propriété et de ses différentes modifications » du *Code civil du Bas Canada*.

¹¹² Le professeur Lafond précise ainsi que « seule [la servitude réelle] correspond [] véritablement à l'intention du législateur énoncée à l'article 1177 C.c.Q. Le *Code civil du Québec* fait disparaître cette fausse différence entre les deux types de servitude et ne retient que la servitude réelle, lui prêtant l'appellation de servitude tout court » (Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2007 au para 1974 [Lafond, *Précis*]). *Contra* Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 au para 571 (« le vocable "servitude" (article 1177 C.c.Q.) réfère à la servitude réelle proprement dite, établie de fonds à fonds et à la servitude personnelle immobilière, établie sur un fonds en faveur d'une personne » [note omise]). Similairement, le professeur Sylvio Normand explique que :

Dans la structure des droits patrimoniaux, les démembrements se divisent en deux catégories. La première rassemble les démembrements qui confèrent un droit de jouissance au profit d'une personne (usufruit, usage et emphytéose) et la seconde un droit créé au bénéfice d'un fonds de terre (servitude). La doctrine qualifiait autrefois de servitudes personnelles les démembrements de la première catégorie et de servitudes réelles ceux de la seconde, ainsi qu'avaient d'ailleurs rappelé les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* [note omise] (Sylvio Normand, *Introduction, supra* note 53 à la p 102).

¹¹³ Voir Me Jean-Guy Cardinal, « Un cas singulier de servitude réelle » (1955) 57:7 R du N 478 à la p 485. Voir par ex *Gale c Fillion* (1992), [1993] RL 216 au para 15, 27 RPR (2e) 261 (CA Qc); *Épiciers unis Métro-Richelieu Inc c The Standard Life Assurance Company*, [2001] RJQ 587 au para 32, [2001] RDI 235 (CA Qc) [*Métro-Richelieu*]; *Sawdon c Dennis-Trudeau*, 2006 QCCA 553 aux para 36–37, 148 ACWS (3^e) 153; *Girard c Ménard*, [1995] RDI 24 aux pp 27–28, 67 CAQ 218; *Granby (Ville) c Poulin (Succession)*, 2016 QCCA 945 aux para 31–32, 70 RPR (5^e) 210.

Seule la perpétuité assure un tel niveau de protection. L'organisme Nature-Action Québec, actif en Montérégie, qui a constitué plusieurs servitudes de conservation dans le secteur du Mont Rougemont, énonce clairement cet objectif de pérennité, ces dernières ayant été mises en place dans le but de « profiter de la montagne et la préserver *pour toujours* » [nos italiques]¹¹⁴.

Cependant, son adaptation en matière environnementale rencontre deux écueils qui perturbent les rouages de ce montage juridique très réglé. Le premier écueil concerne l'absence des deux fonds nécessaires à la constitution d'une telle servitude. Et même lorsque les deux fonds existent, il arrive qu'ils soient trop éloignés géographiquement pour que la condition de l'existence des deux fonds soit respectée¹¹⁵. Le deuxième écueil concerne l'absence d'avantage direct rendu par le fonds servant au fonds dominant. Cette difficulté, qui nous semble véritablement problématique en matière de servitude de conservation, est souvent amplifiée par l'artificialité de l'existence du fonds dominant. Cette artificialité est la conséquence soit d'un trop grand éloignement géographique entre les deux fonds (mais alors elle se confond avec l'absence de fonds), soit une trop petite superficie du fonds dominant ne permettant pas de justifier le service écologique rendu par le fonds servant. À ce propos, Me Girard explique ainsi :

Il n'est donc pas suffisant de désigner un fonds servant et un fonds dominant pour se convaincre de la validité d'une servitude de conservation; l'enjeu de la rédaction d'un tel acte de servitude réside bien souvent dans la rigueur mise à la description du service foncier écologique libellé au sein même de l'acte de servitude.¹¹⁶

Pour pallier ces écueils¹¹⁷, une substitution des servitudes personnelles aux servitudes réelles de conservation pourrait être envisagée. L'avantage de cette autre technique du droit des biens est de permettre la création d'une servitude, non plus en faveur d'un fonds dominant, mais d'un bénéficiaire. Ainsi, la servitude serait conclue directement en faveur de l'organisme de conservation chargé de veiller au respect des obligations prévues par l'acte de servitude, sans que ce dernier n'ait à être propriétaire d'un quelconque fonds dominant. Cette technique a l'avantage

¹¹⁴ Nature-Action Québec, « Gestion durable du mont Rougemont », en ligne : <nature-action.qc.ca/site/mont-rougemont>. Voir aussi Nature-Action Québec, « La servitude de conservation », en ligne : <nature-action.qc.ca/site/sites/default/files/documents/servitude_de_conservation.pdf>.

¹¹⁵ Voir François Brochu, « Quand servitude rime avec incertitude : comment rédiger et interpréter dans un souci d'exactitude » [2008] 2 CP du N 1 à la p 10.

¹¹⁶ Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 115.

¹¹⁷ Voir ci-dessous, partie III-B.

d'éviter la critique de l'artificialité du fonds dominant. Bien que la doctrine soit partagée quant à l'expression même de « servitude personnelle »¹¹⁸, elle s'accorde pour analyser cette technique juridique comme étant constitutive d'un droit réel innommé, la doctrine française du *numerus clausus* n'ayant pas eu d'écho dans le *Code civil du Québec*¹¹⁹. L'article 1119 C.c.Q. précise en effet que « [l]'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels » [nos italiques]. L'article indéfini semble ainsi reconnaître, à côté des quatre démembrements nommés, l'existence de démembrements innommés qui peuvent être créés par la pratique¹²⁰. Le

¹¹⁸ Voir François Frenette, « Bilan décennal de la réforme du droit des biens » (2003) 105 R du N 309 à la p 362 [Frenette, « Bilan »], où l'auteur distingue clairement la servitude réelle de la servitude personnelle :

Il faut ainsi comprendre, en suivant la logique du Code aussi bien que celle du droit positif [...] que les modalités et les démembrements de la propriété participent de sa nature et sont des droits réels, que les démembrements de la propriété se subdivisent en servitudes personnelles et servitudes réelles en fonction d'un bénéfice accordé à une personne par opposition à un avantage octroyé pour l'utilité d'un bien-fonds [...]. Et c'est là, pour bonne part, le fil conducteur de toute cette séquence, savoir : la présence permanente d'un droit réel, d'un droit réel détaché de la propriété [notes omises].

Les partisans de l'existence de la servitude personnelle comptent notamment Madeleine Cantin Cumyn, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels » (1986) 46:1 R du B 3 aux pp 17–18, 21–23, 47 [Cantin Cumyn, « Existence »]; Camille Charron, « Ce droit réel méconnu : la servitude personnelle » (1982) 42:3 R du B 446; Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 112 aux pp 406–09. Parmi les auteurs qui réfutent l'emploi du terme « servitude personnelle », nous trouvons notamment Brochu, *supra* note 115 à la p 21; Pierre-Claude Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1974 (« [l]a qualification de “démembrement innommé du droit de propriété” nous apparaît plus juste que l'étiquette inappropriée de servitude »); Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 102; Brigitte Roy, « L'affectation des biens en droit civil québécois : une approche globale de la notion » (2001) 103 R du N 383 aux pp 416–17.

¹¹⁹ Voir Frenette, « Bilan », *supra* note 118 à la p 361 :

Si l'expression *servitude personnelle* n'apparaît ni au Code civil français, ni au *Code civil du Bas Canada*, ni au *Code civil du Québec* et, partant, n'a aucune connotation légale, quel est alors son sens exact? Elle réfère essentiellement, comme l'avait si bien compris nos Codificateurs en 1866, à un démembrement de la propriété au bénéfice d'une personne par opposition à un démembrement de la propriété pour l'utilité d'un immeuble. Certains de ces démembrements *au bénéfice d'une personne* ont un nom et sont règlementés au Code. Il s'agit de l'usage, de l'usufruit et de l'emphytéose. D'autres peuvent avoir un nom sans faire pour autant l'objet d'une série de dispositions leur étant propres au Code. Ils sont alors gouvernés par la convention les établissant et les principes généraux afférents à leur nature comme droit réel [italiques dans l'original, note omise].

¹²⁰ Voir Cantin Cumyn, « Existence », *supra* note 118 aux pp 7, 21. La jurisprudence a été amenée à reconnaître l'existence de ces droits réels innommés créés en faveur d'une

propriétaire foncier semble donc autorisé à démembrement son droit de propriété, peu importe que ce démembrement soit prévu par le *Code civil* nommément. Pierre-Claude Lafond précise ainsi que l'« on ne trouve nulle trace de la servitude personnelle dans le *Code*; s'il s'en trouve une, c'est sous les titres de l'usufruit, de l'usage ou d'un autre démembrement semblable du droit de propriété qu'elle existe »¹²¹. La servitude personnelle serait donc un droit réel innommé¹²². Majoritairement, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent ces deux types de droits réels, la particularité de la servitude personnelle étant d'être constituée « au bénéfice d'une personne désignée »¹²³.

Pour Denys-Claude Lamontagne, la spécificité de la servitude personnelle est d'avoir une nature hybride puisqu'elle est « *réelle* par son objet » et « « *personnelle* » par son sujet » [nos italiques]¹²⁴. Par essence réelle, en ce qu'elle est attachée au bien, la servitude personnelle subsistera malgré l'aliénation du fonds servant. Son caractère réel lui permet en effet de suivre le bien. Cependant, en raison de son lien au bénéficiaire, elle est temporaire, le plus souvent viagère lorsque le titulaire est une personne physique¹²⁵. La servitude personnelle présente un grand atout : la libéra-

personne et non d'un fonds voisin. Voir par ex *Fortier c Grenier*, 2006 QCCS 1929 au para 55 (diponible sur CanLII) (droit d'exploiter un banc de gravier); *Duchesne c Duchesne*, 2000 CanLII 18758 au para 17, AZ-50080922 (Azimut) (QC CS) (droit de pêche); *Procureur général du Québec c Club Appalaches Inc*, [1999] RJQ 2260, [1999] RDI 589 (CA Qc) [*Club Appalaches*] (droit de chasse); *Carrier c Morency* (1921), 31 BR 496, 1921 CarswellQue 92 (WL Can) (droit de passage). Le professeur Frenette quant à lui précise « que les servitudes personnelles se resubdivisent en servitudes personnelles nommées au Code et y réglementées et [en] servitudes personnelles innommées au Code et régies tant par l'acte pourvoyant à leur établissement que par les principes inhérents à un droit réel démembré de la propriété » (Frenette, « Bilan », *supra* note 118 à la p 362).

¹²¹ Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1974. *Contra* Frenette, « Bilan », *supra* note 118 à la p 362.

¹²² Voir Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1974. Voir aussi Normand, *Introduction*, *supra* note 53 aux pp 304–05.

¹²³ *Charbonneau c Moreau*, 2014 QCCA 1425 au para 66 (disponible sur CanLII).

¹²⁴ Denys-Claude Lamontagne, « Protection de l'environnement : intervention publique et privée » dans Ejan MacKaay et Hélène Trudeau, dir, *L'environnement : à quel prix? Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Montréal en septembre 1994*, Montréal, Thémis, 1995 à la p 187 [Lamontagne, « Protection de l'environnement »].

¹²⁵ Voir Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 112 au para 544 (« [e]ntre autres, répétons-le, la servitude réelle peut être perpétuelle, contrairement à l'usufruit. C'est pourquoi, en faisant appel au mécanisme de l'usage (un usufruit réduit), la servitude personnelle demeure toujours temporaire »). Voir aussi Lamontagne, « Protection de l'environnement », *supra* note 124 à la p 187; Brochu, *supra* note 115 à la p 6 (qui reprend ces deux caractéristiques en précisant que ce droit réel innommé « survit au changement de propriétaire du lot sur lequel il s'exerce. Il s'éteint au décès de son titulaire ou à tout autre moment prévu dans son acte constitutif »).

tion de la contrainte des six critères de constitution des servitudes réelles¹²⁶. Ainsi, l'organisme de conservation, bénéficiaire de la servitude, n'aura pas à être propriétaire d'un terrain voisin du fonds à protéger, ou à subir l'un des deux écueils précédemment énoncés. Cependant, la servitude personnelle fait face à un handicap important en matière de conservation et de protection de l'environnement : sa temporalité. Comme le souligne François Brochu, elle est « un démembrement innommé [...] dont la durée est limitée dans le temps »¹²⁷.

Pourtant, Me Girard, rédacteur de nombreuses servitudes de conservation, recommande la constitution de servitudes personnelles de conservation perpétuelles et préconise de les rédiger ainsi :

Bénéficiaire de la servitude

La présente servitude est *réelle* par son objet — elle restreint l'usage du FONDS SERVANT ci-haut désigné à l'article 3) — et *personnelle* par son sujet, soit l'organisme de conservation.

Par conséquent, le *bénéficiaire* de la présente servitude est l'organisme de conservation, personne morale de droit privé qui a, sous son nom, vocation de succession perpétuelle.

Durée de la servitude

La présente servitude de conservation est perpétuelle.

De plus, la disparition de tout écosystème se trouvant sur le FONDS SERVANT, suite à une catastrophe naturelle ou autrement, n'emporte pas l'extinction de la servitude de ce seul fait, toute nouvelle succession écologique ou tout nouvel écosystème étant alors protégé par les dispositions applicables de la présente servitude [emphases dans l'original, notes omises].¹²⁸

Me Girard semble ainsi convaincu de la possibilité de constituer des servitudes personnelles perpétuelles¹²⁹. Il s'appuie notamment sur le fait que les organismes de conservation, en tant que personne morale ayant une

vocation perpétuelle, il y a une certaine logique à leur confier « la responsabilité » de la conservation perpétuelle des caractéristiques patrimoniales sises sur le fonds servant, d'autant plus que cela s'inscrit au cœur de leur mission de conservation des milieux natu-

¹²⁶ Voir Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 112 au para 544 (il « existe [...] de multiples distinctions entre les deux démembrements, en rapport avec les modes de constitution, les droits et obligations des parties, etc. »).

¹²⁷ Brochu, *supra* note 115 à la p 6.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 71; Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 aux pp 186–93.

rels. Il y a lieu, alors, de préciser que la servitude est constituée à perpétuité.¹³⁰

Or, cette affirmation nous semble reposer sur une assise théorique fragile. En effet, la perpétuité de la servitude personnelle constitue non seulement une atteinte à la liberté individuelle mais également une remise en cause du principe selon lequel seul le droit de propriété est par essence perpétuel. Certes, les parties doivent pouvoir aménager l'exercice de leurs droits librement. C'est le principe de la liberté contractuelle. Cependant, ce principe est soumis à des règles d'ordre public issues du droit commun. L'une de ces règles s'appuie sur le principe selon lequel seul le droit de propriété est perpétuel. Dès lors, seul le législateur devrait pouvoir créer une exception à ce principe, ce qui est le cas de la servitude réelle et non de la servitude personnelle, droit réel innommé issu de la pratique. Par ailleurs, imposer des obligations perpétuelles à une personne physique constitue, à notre avis, une atteinte grave à la liberté individuelle¹³¹.

Dès lors, conclure une servitude personnelle pour une durée maximale de trente ans dans le cas d'une personne morale¹³², et pour une durée « viagère lorsque le titulaire est une personne physique »¹³³ ne répond pas aux exigences de pérennité et de perpétuité qu'imposent la conservation et la préservation de l'environnement. Peut-être serait-il possible de limiter cette prohibition de l'engagement perpétuel aux seules personnes phy-

¹³⁰ Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 192.

¹³¹ Voir Mustapha Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale » [2014] 1 R Contrats 105 au para 6.

¹³² Voir Lamontagne, « Protection de l'environnement », *supra* note 124 à la p 187 (l'auteur précise que dans ce cas, le délai pourrait être de « 30 ou 100 ans tout au plus, selon qu'un terme n'a pas été ou a été fixé, par analogie avec l'article 1123 C.c.Q. »); Cardinal, *supra* note 113 à la p 489.

¹³³ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 112 au para 573. Voir aussi *Métro-Richelieu*, *supra* note 113 aux para 32, 57; Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1969. *Contra Matamajaw Salmon Club v Duchaine*, 59 DLR 391, [1921] 2 AC 426 (PC). Pour une critique de l'interprétation selon laquelle cette décision autoriserait la création de servitudes personnelles perpétuelles, voir Sylvio Normand, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* » (1988) 29:3 C de D 807 à la p 812. L'auteur explique que la perpétuité avait été retenue car il s'agissait non d'un démembrement innommé mais d'un droit de propriété :

[le juge Marceau de la Cour fédérale] a retenu l'appellation de « servitude personnelle perpétuelle » en précisant qu'il s'agit là d'une « [...] notion marginale, tout à fait exceptionnelle, plus ou moins conforme aux principes qui régissent le droit des biens dans le droit civil québécois, [...] ». La qualification choisie ne convient pas au droit décrit. Le droit dont parle lord Haldane n'est manifestement *pas une simple servitude, mais bien une propriété*. Il faut se rendre à l'évidence, essayer de concilier la décision du Conseil privé et les concepts civilistes du droit des biens est chose impossible; aussi bien tenter de parvenir à la quadrature du cercle [nos italiques, note omise] (*ibid.*).

siques afin de les autoriser lorsque la servitude personnelle est contractée par des personnes morales qui poursuivent un but d'intérêt général. Mais alors, faut-il limiter cette exception aux seuls organismes reconnus comme étant d'utilité publique? Et même en acceptant cette exception, la seconde limite, plus fondamentale, persiste, car en créant des droits réels innommés perpétuels, on remet en cause l'essence même du droit de propriété. Cette question montre à quel point les enjeux environnementaux viennent bousculer le socle de la propriété de droit civil.

Ces raisons expliquent pourquoi cette pratique de constituer à titre perpétuel des servitudes personnelles de conservation nous semble étonnante. La mention de la perpétuité ne devrait pas, à notre sens, être suivie d'effet. Sa qualification de droit réel innommé devrait en effet militer en défaveur de sa durée perpétuelle, le seul droit réel bénéficiant du caractère perpétuel de la propriété étant la servitude réelle¹³⁴.

Une troisième qualification est parfois évoquée pour déterminer la nature juridique de la servitude de conservation : celle d'obligation *propter rem*. Comme le précise Eric Meiller, « l'obligation réelle a été érigée en palliatif à chaque fois qu'il s'est agi de compenser la compréhension doctrinale trop étroite de la notion de servitude »¹³⁵. Faisant du propriétaire du fonds servant un débiteur qui peut être assujéti à des obligations de faire, la servitude de conservation s'apparenterait plus à une obligation *propter rem*, mécanisme hybride qui transcende la dichotomie du droit réel et du droit personnel, les personnes étant liées entre elles en considération d'un bien. En effet, la servitude, en raison de l'adage *servitus in faciendo consistere non potest* (la servitude ne peut consister en une obligation de faire) cantonne le champ des obligations de faire à un rôle accessoire. En principe, le propriétaire du fonds servant doit « s'abstenir [...] d'exercer certains droits inhérents à [s]a propriété » (obligations de ne pas faire) et éventuellement « supporter, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage »¹³⁶ (obligations de faire). La servitude réelle met ainsi à la charge du propriétaire du fonds servant à *titre principal* des obligations de ne pas faire, et parfois, à *titre accessoire*, des obli-

¹³⁴ *Contra* Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 192. Voir Cantin Cumyn, « Existence », *supra* note 118 à la p 45 (« [d]roit réel dans la chose d'autrui qui autorise son titulaire à exercer une prérogative qui appartient normalement au propriétaire, la servitude personnelle est capable de durer tant que subsiste la chose qui en fait l'objet. On pourrait donc en déduire une règle supplétive lui reconnaissant une durée perpétuelle »). Voir aussi Madeleine Cantin Cumyn, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux » (1988) 48:1 R du B 3 au para 31. La Cour d'appel dans l'affaire *Club Appalaches* semble reconnaître la durée perpétuelle d'un droit réel innommé (voir *Club Appalaches*, *supra* note 120 aux pp 2265–66).

¹³⁵ Meiller, *supra* note 110 à la p 549.

¹³⁶ Art 1177, al 2 CcQ.

gations de faire¹³⁷. L'article 1178 C.c.Q., de droit nouveau, prévoit ainsi qu'« [u]ne obligation de faire peut être rattachée à une servitude et imposée au propriétaire du fonds servant ». Cette consécration de la présence accessoire des obligations de faire intègre explicitement les obligations *propter rem* dans le *Code civil du Québec*¹³⁸. En effet, les obligations de faire imposées au propriétaire du fonds servant sont des obligations réelles. Ces obligations ont la particularité d'être généralement l'accessoire d'un droit réel, ici la servitude¹³⁹. Dans cette hypothèse, l'obligation *propter rem* constitue une obligation spécifique pour le propriétaire de faire une chose de nature à faciliter l'exercice du droit réel démembré. Cependant, il arrive que l'obligation *propter rem* ne soit pas adossée à un droit réel.

La nature juridique de cette obligation réelle est délicate à cerner dans la mesure où, en tant qu'obligation, elle met l'emphase sur une relation de droit personnel puisqu'elle impose des obligations de faire au titulaire du droit réel, débiteur de l'obligation en raison de sa seule qualité de titulaire dudit droit réel, en faveur d'un bénéficiaire, créancier de cette obligation. Mais elle a pour objet un droit réel, la servitude, à laquelle elle s'adosse. Dans la mesure où l'obligation réelle est attachée au droit réel dont elle est l'accessoire, elle incombe dès lors à tout acquéreur subséquent¹⁴⁰. Sa force est donc de pouvoir suivre le bien. Cette hybridité soulève nécessairement la question de sa nature juridique. L'obligation réelle emprunte-t-elle la nature du droit réel ou du droit personnel? Le bénéficiaire ne disposant pas de droit direct sur le bien, il nous semble que la nature personnelle de ce *vinculum juris* devrait l'emporter. Le bénéficiaire de l'obligation réelle n'a en effet qu'un droit de créance contre le propriétaire

¹³⁷ Voir généralement François Frenette, « L'obligation accessoire de faire d'une servitude et le problème de son opposabilité aux tiers » (2015) 117 R du N 201 [Frenette, « L'obligation accessoire »].

¹³⁸ Voir *ibid* à la p 207.

¹³⁹ Voir Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 aux pp 132–35; Julien Scapel, *La notion d'obligation réelle*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002 aux pp 308–09; Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 426; Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 112 au para 114; Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 37.

¹⁴⁰ Voir *Cinéma RGFM inc c Immeubles Jean-Robert Grenier inc*, 2007 QCCS 5979 au para 47, [2008] RJQ 377; Brochu, *supra* note 115 à la p 19; Nadège Reboul-Maupin et Benoît Grimont, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée » [2016] 35 D 2074 à la p 2077; Roger Martin, « Patrimoine et rapports de droit avec les biens » dans *JurisClasseur Québec : Biens et publicité des droits*, feuilles mobiles (à jour au 1^{er} novembre 2015), Montréal, LexisNexis, 2015, fasc 4 au para 36.

du fonds servant¹⁴¹. Cependant, pour certains auteurs, cette analyse ne vaut que dans la mesure où l'obligation réelle est détachée du droit réel¹⁴². En effet, il pourrait arriver, notamment en matière de servitude écologique, que seules des obligations de faire soient mises à la charge du propriétaire du terrain à protéger. Dans cette hypothèse, la créance se substituant au droit de jouissance, la servitude écologique devrait être qualifiée de droit personnel. Nous sommes également d'avis que l'obligation *propter rem*, même accessoire d'un droit réel, n'est pas un droit réel, mais une espèce particulière de droit personnel¹⁴³. En effet, bien que trouvant son origine dans un droit réel, elle conserve sa nature personnelle¹⁴⁴. Comme le souligne François Frenette, « l'obligation accessoire de faire d'une servitude s'ajoute à un droit réel, l'accompagne, *mais n'en fait pas partie intégrante* » [italiques dans l'original, note omise]¹⁴⁵. Julien Scapel abonde en ce sens, précisant que « [s]eul le rattachement de l'obligation réelle au droit personnel est satisfaisant au regard des principes généraux du droit des biens et du droit des obligations »¹⁴⁶.

La servitude de conservation établie entre Érablière Brunelle Inc. et la Société canadienne pour la conservation de la nature (*Servitude de conservation Brunelle*) illustre parfaitement ces difficultés de qualification¹⁴⁷.

¹⁴¹ Voir Meiller, *supra* note 110 aux pp 290–91. L'auteur explique que la différence entre la servitude et l'obligation réelle réside dans leur mode de sanction. Alors que la première est assortie d'une action réelle, la seconde bénéficie d'une action personnelle.

¹⁴² En effet, voir Cantin Cumyn, « Existence », *supra* note 117 à la p 36 :

[lorsque] la prestation exigible du propriétaire est substituée au droit de jouissance de sorte que le droit d'autrui ne consiste plus qu'à exiger l'exécution de la prestation, le rapport juridique n'a pas la nature d'une servitude personnelle ni celle d'un droit réel. On n'a alors créé qu'un droit personnel, un pur rapport de créancier et de débiteur qui atteint la personne sans toucher à la chose [note omise].

¹⁴³ Voir Frenette, « L'obligation accessoire », *supra* note 137 à la p 209. Voir aussi Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 427 (qui appuie son analyse sur les développements d'Aberkane, *supra* note 139 aux pp 134–35).

¹⁴⁴ Voir Aberkane, *supra* note 139 aux pp 134–35 (« [s]i elle participe d'une certaine réalité [dans le sens d'une obligation réelle], ce n'est pas par sa nature, mais seulement par son origine » [italiques omises]).

¹⁴⁵ Frenette, « L'obligation accessoire », *supra* note 137 à la p 209. *Contra* Cantin Cumyn, « Existence », *supra* note 118 à la p 36 (qui assimile l'obligation *propter rem*, lorsqu'elle est l'accessoire d'un droit réel, à une servitude personnelle, privilégiant ainsi la qualification de droit réel pour déterminer la nature de l'obligation *propter rem*).

¹⁴⁶ Scapel, *supra* note 139 à la p 129.

¹⁴⁷ Voir *Servitude de conservation établie entre Érablière Brunelle Inc et la Société canadienne pour la conservation de la nature*, publié au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Brôme, n° 14 433 741 (11 juillet 2007) [*Servitude de conservation Brunelle*]. Cette servitude est l'aboutissement d'un projet environnemental qui épouse parfaitement les objectifs de transmission de valeurs familiales et culturelles

À la lecture de certaines des clauses, il est difficile de savoir si l'on est en présence d'une servitude réelle ou d'une servitude personnelle. L'article 16 qualifie expressément cette servitude de servitude réelle perpétuelle. Sans occulter la tautologie provoquée par la redondance des termes réelle et perpétuelle, quelques articles sèment le doute. Ainsi, l'article 9 qui précise que les restrictions de la servitude sont « opposables à tous les propriétaires, actuels et futurs », institue un droit de suite, précision qui nous semble inutile en cas de servitude réelle, voire personnelle. Plus encore, l'article 18 prévoit les conséquences du changement de propriétaire du fonds dominant ou de fonds dominant en précisant que « [s]ur demande du fonds dominant, le propriétaire du fonds servant accepte d'assujettir le fonds servant au bénéfice d'un nouveau fonds dominant qui sera éventuellement tenu par le propriétaire du fonds dominant ». Cet article apporte quelques indices favorables à la nature personnelle de la servitude. Pourtant, en présence d'une servitude réelle, ces articles, malgré leur vocation pédagogique, s'avèrent superfétatoires. Pires, ils pourraient être interprétés comme la reconnaissance implicite que la servitude en cause n'est pas une servitude réelle.

Cette oscillation entre la nature réelle et personnelle de la servitude de conservation rend complexe toute tentative de qualification. Mais au-delà de sa nature juridique incertaine, plusieurs obstacles remettent en cause, selon nous, la légitimité du recours à ce véhicule juridique en matière de conservation des biens.

B. Un véhicule en quête de légitimité

La servitude réelle de conservation rencontre deux principaux écueils qui pourraient remettre en cause son existence et donc, corrélativement, la validité de certaines conventions. Ces écueils sont l'absence ou l'artificialité de la coexistence des fonds servant et dominant, ainsi que l'absence de service foncier (service écologique) rendu par le fonds servant au fonds dominant. Le recours parfois à la technique de la servitude personnelle illustre la difficulté de la servitude réelle de trouver deux fonds. Ainsi, il arrive que, malgré les termes de la convention, la servitude soit en réalité conclue au bénéfice d'une personne privée, généralement un organisme de conservation de la nature. Tel est le cas lorsque l'identification

associées à la préservation d'espaces naturels. Ainsi, tout en soustrayant le domaine à d'éventuelles visées spéculatives de leurs descendants, la génération aux commandes consacre la valeur non monnayable du patrimoine familial, des traditions acéricoles du domaine et des engagements environnementaux (production de sirop d'érable biologique, accueil des classes des écoles environnantes pour expliquer les techniques de production acéricole biologique, protection de la biodiversité du Mont Gale) en faveur des générations futures.

d'un fonds dominant susceptible de tirer profit du service concédé par le fonds servant est inexistante, voire artificielle. Il peut en effet arriver que malgré l'existence d'un fonds dominant, la frontière géographique séparant les deux fonds soit trop éloignée pour qu'ils soient qualifiés de fonds voisins¹⁴⁸ ou encore que l'un des propriétaires soit propriétaire des deux fonds, ou enfin que le fonds dominant ait une dimension proportionnellement trop restreinte pour bénéficier du service écologique rendu par le fonds servant¹⁴⁹. Aussi la servitude réelle appliquée en matière de conservation de l'environnement implique que ses critères soient interprétés de manière souple en prenant en compte les spécificités environnementales¹⁵⁰. En la matière, la pratique a fait preuve d'interprétations assez audacieuses.

Ainsi, lorsque le fonds dominant est inexistant, il est possible de recourir à une servitude personnelle réalisée au bénéfice d'un organisme de conservation, avec la réserve émise plus haut de son caractère temporaire.

Dans le cas particulier où il y aurait identité du propriétaire des fonds servant et dominant, Me Girard, s'appuyant sur l'analyse du professeur Lamontagne, soutient qu'il est possible de créer une servitude réelle de conservation, dès lors que le propriétaire unique se trouve en situation de copropriété indivise¹⁵¹. Il explique que la copropriété aurait pour effet de garantir l'absence « [d']identité parfaite entre le ou les propriétaires du fonds dominant et ceux du fonds servant » [italiques omises]¹⁵², ce qui permettrait de remplir l'exigence des deux propriétaires distincts sans que l'adage *nemesi res sua servit* (personne n'a de servitude sur sa propriété) ne puisse faire obstacle à cette solution. Nous pensons que cette explica-

¹⁴⁸ Voir *Coulombe c Société coopérative agricole de Montmorency*, [1950] RCS 313 (disponible sur CanLII) (où la Cour suprême du Canada a reconnu la validité d'une servitude réelle entre deux fonds situés sur un même cours d'eau, mais distants de quatre milles). *Contra* Brochu, *supra* note 115 à la p 10 (qui soutient que « le critère de la proximité des fonds empêche que le fonds dominant soit distant de plusieurs kilomètres du fonds servant »).

¹⁴⁹ Voir *Caisse populaire Les Hauteurs c 136202 Canada inc* (1995), AZ-95021116 (Azimut), 1995 CarswellQue 1359 (WL Can) [*Les Hauteurs*], où il a été décidé qu'il n'existait pas de servitude en faveur d'un fonds dominant d'un mètre carré que s'était réservé un promoteur d'un développement résidentiel, servitude grevant les terrains qu'il vendait dans ce développement, en raison de sa dimension trop minime. Voir aussi Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 65.

¹⁵⁰ Quelques auteurs sont favorables à une interprétation souple des critères de constitution de la servitude, notamment quant à la notion de voisinage, spécialement en matière environnementale (voir Cardinal, *supra* note 113 à la p 485; Lamontagne, *Biens*, *supra* note 112 aux paras 556–57; Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 aux pp 156–57).

¹⁵¹ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 aux pp 66–67.

¹⁵² *Ibid* à la p 66.

tion méconnaît la nature juridique de l'indivision qui, en tant que propriété plurale, repose sur la coexistence de droits de propriété individuels détenus concurremment par chaque copropriétaire. Dès lors, la copropriété indivise ne peut, selon nous, masquer l'identité de propriétaires¹⁵³.

Lorsque l'identification des deux fonds est artificielle, deux solutions ont été imaginées pour dépasser ces obstacles, la nature réelle de la servitude de conservation semblant toujours devoir être privilégiée en raison de sa perpétuité. Me Girard propose ainsi dans le cas d'une superficie trop restreinte du fonds dominant d'apprécier la superficie minimale du fonds dominant en fonction « de la nature des caractéristiques patrimoniales et des relations écosystémiques » à protéger¹⁵⁴. Lorsque les deux fonds se trouvent trop éloignés géographiquement pour permettre à la condition de voisinage ou de service foncier d'être remplie, le recours à la notion de service écologique est invoquée pour pallier l'existence artificielle des deux fonds. L'obstacle est cependant de taille. Dans *Girard c. Ménard*, la Cour d'appel rappelait qu'« [i]l est essentiel à l'existence d'une servitude réelle que le service qu'elle garantit ne soit imposé ni à une personne ni en faveur d'une personne, mais à un fonds pour l'utilité ou l'agrément d'un autre fonds » [note omise]¹⁵⁵. Or, dans certaines servitudes de conservation, le service foncier rendu par le fonds servant est réalisé bien plus en faveur d'une personne, l'organisme de conservation, voire même du fonds servant lui-même puisque c'est ce dernier qu'il s'agit de préserver, que du fonds dominant, très éloigné géographiquement. Cependant, en appréciant la relation de voisinage selon les « relations écosystémiques » existantes entre les deux fonds et en évaluant l'avantage pour le fonds dominant à la lumière du service écologique rendu¹⁵⁶, il serait possible de dépasser cette difficulté. La notion de service écologique participe d'une vision extensive de la servitude qui reconnaît que

¹⁵³ Pour une étude de la nature juridique de l'indivision comme une propriété plurale de type individuelle, voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 aux pp 98–100.

¹⁵⁴ Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 66. Me Girard préconise notamment que ces éléments soient incorporés dans un préambule dans l'acte de constitution de servitude (voir *ibid* à la p 63). Voir par ex *Servitude de conservation Brunelle*, *supra* note 147, Préambule. *Contra Les Hauteurs*, *supra* note 149. Dans cette affaire, la Cour a rejeté la validité de la servitude réelle. L'un des arguments invoqué repose sur la difficulté d'identifier le service foncier au bénéfice d'un fonds dominant si restreint. La cour relève notamment que « [l']on reste toujours avec la même faille : ce n'est pas le fonds dominant (un mètre carré) qui tirerait avantage de ces prétendues servitudes » [emphases dans l'original] (*ibid*). Ainsi, l'on peut penser que la cour reconnaît que l'existence d'un fonds dominant d'une superficie d'un mètre carré constitue un indice d'un simulacre de servitude réelle mis en œuvre afin d'avantager le propriétaire de ce fonds (les italiques du juge confortent cette idée de simulacre).

¹⁵⁵ *Girard*, *supra* note 113 à la p 27.

¹⁵⁶ Voir Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 158.

[l']interdépendance des fonds et la complémentarité des terrains est un élément essentiel du droit de l'environnement, dans la mesure où les nécessités de l'écologie sont telles qu'elles exigent un équilibre et une interaction permanentes entre tous les facteurs qui concourent au fonctionnement des écosystèmes.¹⁵⁷

Ainsi, proposant de faire évoluer les critères de voisinage et de service foncier, Me Girard estime qu'il est possible de

créer une servitude grevant un fonds servant situé à flanc de colline au profit d'un fonds dominant qui serait situé sur un autre versant de cette même colline, pourvu qu'on soit en mesure d'établir le *service écologique* rendu par le fonds servant au fonds dominant. De même pourrait-il en être d'une servitude établie sur deux lots qui sont situés de part et d'autre d'un cours d'eau, ou même situés à quelque distance l'un de l'autre mais dans le même bassin hydrographique [italiques dans l'original, notes omises].¹⁵⁸

Cette lecture suppose d'accepter une réinterprétation des critères de la servitude par le truchement du service écologique rendu par un fonds à un autre fonds compte tenu de leurs configurations spatiales et écosystémiques.

Malgré la popularité croissante de ce mécanisme juridique, peu de servitudes de conservation ont été portées à l'attention des juges. L'affaire *Berges Massawippi inc c. Gottsegen* n'a pas donné l'occasion de se prononcer sur la validité de la servitude écologique puisque les appelants ne contestaient pas la validité de la servitude¹⁵⁹. Pourtant il aurait été intéressant de connaître le sort de cette servitude, notamment au regard du critère du service foncier ou de la présence d'obligations de faire non accessoires mises à la charge du propriétaire du fonds servant, alors que de telles obligations sont contraires à l'économie traditionnelle de la servitude dans laquelle les obligations actives doivent seulement être accessoires.

La servitude étant une charge qui restreint les droits du propriétaire du fonds servant, cette dernière devrait être interprétée restrictivement¹⁶⁰. Le plus souvent, le propriétaire du fonds servant se voit interdire

¹⁵⁷ Michel Prieur, Guy-Claude Henriot et Pierre Rossillion, *Servitudes de droit privé et de droit public : limitations du droit de propriété en faveur de l'environnement*, 3^e éd, Paris, Éditions de l'Actualité juridique, 1976 à la p 40.

¹⁵⁸ Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 158.

¹⁵⁹ Voir *Berges Massawippi inc c. Gottsegen*, 2008 QCCS 143, 2008 RJQ 693, conf par 2008 QCCA 2361 au para 4, 175 ACWS (3e) 271 (« [l']existence et les modalités de cette servitude écologique ne sont pas véritablement contestées par les appelants. Ceux-ci invoquent, essentiellement, que la servitude ne s'applique pas à leur terrain »).

¹⁶⁰ Voir *Commune de Berthier c Denis* (1987), 27 RCS 147 aux pp 155–58 (disponible sur CanLII); *Sani Sport inc c Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498 au para 91, [2009] RJQ 26;

certaines activités. Cette limitation est conforme à l'économie des servitudes dont le seul effet est « de limiter l'utilité de la chose grevée, état de fait que le propriétaire servant doit simplement supporter, sans en être débiteur de quoi que ce soit »¹⁶¹. Mais en matière de servitude de conservation, il arrive que le propriétaire du fonds servant se voit imposer certaines obligations de faire à titre principal, dépassant ainsi le cadre des abstentions ou des interdictions habituellement mises en place par les servitudes. Dans cette hypothèse, le passage de la servitude à l'obligation réelle semble consommé. Les clauses qui autoriseraient le propriétaire du fonds servant à n'exercer sur son terrain que certaines activités créeraient en effet une situation contraire, tant au respect de la plénitude du droit de propriété du propriétaire du fonds servant qu'à l'économie des servitudes. À titre d'exemple, la *Servitude de conservation Brunelle* précise que « de façon générale, l'usage du fonds servant est restreint à la pratique de l'acériculture et de la foresterie durable [pour préserver] le couvert forestier de l'érablière »¹⁶². Aucune autre activité n'est autorisée afin de préserver le milieu naturel. Dans ce cas, il ne s'agit plus seulement d'une restriction d'activités (obligations de ne pas faire certaines activités) mais d'une autorisation de n'exercer que ces deux seules activités. Le propriétaire du fonds servant bénéficie alors d'une autorisation d'activités qui s'apparente à des obligations de faire. Or, cette obligation de faire imposée à titre principal est contraire à la nature de la servitude. La requalification du contrat en obligation *propter rem* nous semble dès lors pouvoir être envisagée.

En raison des difficultés parfois rencontrées par les praticiens, le professeur Brochu semble favoriser la création d'une réserve naturelle¹⁶³ en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*¹⁶⁴ avec entente

Méto-Richelieu, *supra* note 113 au para 34. En cas de doute, la qualification de servitude réelle ne devrait pas être retenue (voir Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 290). Pour un argument qui nuance cette position, voir Elias Benhamou, « La validité des servitudes réelles de restriction à l'usage en droit civil québécois » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit immobilier et commercial*, vol 253, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 133 aux pp 139–40. L'auteur souligne que la jurisprudence majoritaire retient cette règle d'interprétation seulement dans le cas d'un acte douteux. Or, il nous semble que lorsque la qualification même de servitude réelle est en cause, il s'agit d'un acte douteux qui devrait être soumis à une interprétation stricte.

¹⁶¹ Meiller, *supra* note 110 à la p 289.

¹⁶² *Servitude de conservation Brunelle*, *supra* note 147, art 4.

¹⁶³ La réserve naturelle n'a pas été analysée dans cette étude, notamment en raison de son caractère mixte. Pour un exemple de ce véhicule, voir par ex *Entente de reconnaissance de réserve naturelle*, publiée au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Rouville, n°16 644 705 (14 juillet 2009).

¹⁶⁴ *Supra* note 35.

de conservation imposant aux propriétaires actuels et futurs de la réserve naturelle des obligations *propter rem* plutôt que d'opter pour le recours périlleux à la servitude de conservation, dont l'interprétation est sujette à caution¹⁶⁵. Mais les conditions de mise en place de la réserve naturelle ne peuvent pas concerner tous les terrains et peut s'avérer lourdes et coûteuse.

La servitude de conservation inventée par la pratique repose donc sur des fondements théoriques fragiles, puisque ni sa qualification de servitude réelle, ni celle de servitude personnelle ne sont à l'épreuve de toutes critiques. Cette technique a cependant le mérite de montrer que l'environnement au contact du droit des biens bouscule les dogmes établis et qu'il serait peut-être temps de repenser la fonction sociale du droit des biens. La copropriété indivise à but durable est une illustration de cette faculté d'adaptation des outils juridiques aux nouveaux enjeux sociaux et environnementaux.

IV. La copropriété indivise : un véhicule hybride au potentiel encore méconnu

La possibilité de recourir à ce véhicule juridique en matière de conservation des biens semble encore peu connue de la pratique, même si notre étude a permis de révéler son utilisation par des municipalités qui souhaitent s'associer à des organismes de conservation pour protéger un patrimoine écologique¹⁶⁶.

La difficulté d'appréhension de ce mécanisme juridique tient au fait que l'affectation à un but durable bouscule la vision de l'indivision en ce

¹⁶⁵ Voir Brochu, *supra* note 115 aux pp 17–18. Voir aussi François Frenette, « La Loi sur la conservation du patrimoine naturel : un simple aperçu des mesures de protection édictées et de leur impact sur la pratique notariale » (2005) 107 R du N 413. La décision *Club Appalaches*, *supra* note 120, a ouvert la porte à une servitude personnelle non viagère, mais il s'agit du seul exemple du genre.

¹⁶⁶ Voir notamment *Acte d'acquisition en copropriété indivise avec convention d'indivision entre Colonie de vacances des grèves et Nature-Action Québec inc et la ville de Contre-cœur*, publié au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Verchères, n° 16 256 413 (11 juin 2009) [*Copropriété indivise de Nature-Action Québec et Ville de Contre-cœur*]; Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 20. L'organisme de conservation de l'environnement Nature-Action Québec et la Ville de Contre-cœur ont acquis ensemble un milieu boisé en copropriété indivise. Ils ont convenu, dans le cadre d'une convention d'indivision, de maintenir le caractère naturel des lieux perpétuellement : « Nature-Action Québec a [encore] eu recours à la copropriété indivise pour assurer la protection de deux propriétés à Châteauguay. L'organisme a ainsi conclu une convention d'indivision, assortie d'une entente de collaboration, avec la Ville de Châteauguay quant à la protection de ces deux propriétés » (*ibid* à la p 20, n 45).

qu'elle rompt avec la précarité qui lui est traditionnellement associée, lui conférant une longévité inusitée (A), et en ce qu'elle remet en cause son essence même en recourant à une technique, celle de l'affectation à un but durable, qui rompt le lien d'appropriation individuelle en favorisant l'émergence d'un intérêt collectif (B), dévoilant peut-être une nouvelle facette de l'indivision.

A. *Un véhicule à la longévité inusitée*

Désignant une situation de concurrence entre plusieurs droits individuels distincts qui s'exercent sur un bien unique non divisé matériellement¹⁶⁷, la copropriété indivise est une modalité plurale¹⁶⁸ de la propriété individuelle, qui met entre parenthèses l'exclusivité du droit de propriété des indivisaires. Dès lors, la copropriété indivise a vocation à demeurer une situation exceptionnelle et provisoire. Son caractère temporaire semble donc l'exclure des mécanismes juridiques mis au service de la conservation des biens. En effet, tel que l'énonce l'article 1030 C.c.Q., « [n]ul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué ». L'indivision est une institution non perpétuelle dont le retour à la propriété exclusive, orchestré par l'opération du partage, doit pouvoir s'établir à tout moment. Perçue comme une institution par nature précaire (soumise à l'aléa du partage) et provisoire (en attente d'un retour à la propriété exclusive), elle ne répond pas *a priori* aux besoins de protection pérenne des biens en matière environnementale.

Cependant, le rapport de l'indivision au temps a évolué et cette perception précaire et provisoire de l'indivision est aujourd'hui erronée. L'indivision constitue en effet un mode de gestion volontaire et durable des biens acquis en commun¹⁶⁹. Le principe du partage, bien que toujours présent, fait l'objet de forts tempéraments. Deux techniques juridiques

¹⁶⁷ Voir Zenati-Castaing et Revet, *Biens*, *supra* note 25 au para 347; Lamontagne, *Biens*, *supra* note 112 au para 340 (« [i]l y a copropriété par indivision lorsque plusieurs personnes — les indivisaires — détiennent des *droits de propriété concurrents sur un même bien*, sans que l'une d'entre elles ne puisse prétendre avoir un droit de propriété exclusif sur une partie de ce bien » [italiques dans l'original, note omise]). Voir aussi Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1229 (« [c]hacun des copropriétaires possède un droit sur l'ensemble du bien, et non sur une portion physique déterminée ou une partie divisée de celui-ci »); Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 153 (« [c]haque copropriétaire détient un droit sur la totalité du bien, sur chacune de ses molécules pourrait-on dire » [note omise]).

¹⁶⁸ Voir art 1010, al 1–2 CcQ (« [l]a copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit. Elle est dite par indivision lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien »).

¹⁶⁹ Voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 aux pp 102–06.

permettent d'organiser dans le temps la gestion du bien commun, l'une pour un temps déterminé, l'autre pour un temps indéterminé.

L'indivision conventionnelle, reconnue par l'article 1013 C.c.Q., permet notamment de repousser le partage pour une période de trente ans. Mais comme rien n'empêche que ce report ne soit reconduit automatiquement¹⁷⁰, l'organisation dans le temps de l'indivision conventionnelle peut être pérennisée par le jeu de clauses de renouvellement « semi-automatiques »¹⁷¹.

L'article 1030 C.c.Q. *in fine*, moins connu, va encore plus loin en consacrant une indivision à durée indéterminée. Il suffit pour cela que le partage ait « été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable ». Cette technique revêt, en matière de protection de l'environnement, un avantage indéniable, celle d'organiser une gestion pérenne du bien tenu en indivision. En effet, l'affectation à un but durable rend le partage de l'indivision indisponible tant que dure l'affectation du bien. L'affectation à un but environnemental, qui sous-tend de conserver le bien indivis, se moule ainsi parfaitement au but durable de l'article 1030 C.c.Q., puisque l'indivision à un but durable n'a pas d'autre limite temporelle que celle du but fixé¹⁷².

Cette atemporalité génère une difficulté théorique qui mérite d'être soulevée. En effet, l'assimilation de l'affectation à un but durable à la mise en place d'une indivision perpétuelle volontaire semble contrevenir au droit au partage. Les préoccupations environnementales sont atemporelles. Étant hors du temps, c'est une absence de limite temporelle que le but durable génère. Cette absence de limite temporelle, qui se concrétise par l'idée d'indétermination de la durée, est-elle assimilable à la perpétuité? Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le terme « perpétuel » revêt trois acceptions. La première, qui s'apparente au sens courant, établit une correspondance entre la vie humaine et la perpétuité. En ce sens, perpétuité signifie « à vie ». Dans un second sens, au contraire, la perpétuité fait référence à ce qui dépasse la vie humaine, ce qui est « établi à

¹⁷⁰ Les conventions d'indivision incluent des clauses de renouvellement « semi-automatiques » qui assurent une certaine pérennité à l'institution (voir Serge Binette, « De la copropriété indivise et divise suivant le nouveau code civil du Québec » dans *La Réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 589 aux para 69–71; Me Lucie Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999 à la p 146).

¹⁷¹ Voir Gidrol-Mistral, « L'affectation » *supra* note 45 à la p 104.

¹⁷² L'indivision est à durée indéterminée car le partage sera paralysé tant que durera l'affectation sociale, ici environnementale, mais le droit de provoquer le partage reprendra toute sa force lorsque l'affectation n'accomplira plus son but (voir *ibid* aux pp 106, 110–11, 133). Voir aussi Laflamme, *supra* note 170 à la p 164.

jamais, au-delà du terme de la vie humaine ». Enfin, dans un sens plus technique, il peut désigner ce « [q]ui ne s'éteint pas par le non-usage, [ce qui est] imprescriptible »¹⁷³. Yaëll Emerich précise que « [l]orsqu'il renvoie à l'absence de limite temporelle », le caractère perpétuel signifie que la propriété a vocation à durer autant que son objet et qu'aucun terme extinctif ne lui est assigné » [note omise]¹⁷⁴. Dès lors, d'un point de vue technique, la durée indéterminée de l'affectation à un but durable pourrait être analysée comme étant perpétuelle puisque l'affectation n'est soumise à aucun terme, qu'elle peut dépasser la durée de vie humaine et qu'elle ne s'éteint que par la fin du but ou la volonté unanime des indivisaires d'y mettre fin¹⁷⁵.

Dès lors, une limite, clairement exposée par Lucie Laflamme, doit être posée. Il convient en effet de prendre garde à ce que la paralysie du partage ne soit pas le but direct de l'affectation¹⁷⁶. Si l'affectation à un but durable a pour effet de neutraliser le droit au partage des indivisaires, c'est parce que ce dernier menace le but fixé par l'affectation librement choisie¹⁷⁷. Dès lors que le but durable des indivisaires est de paralyser le partage, cette convention ne devrait pas résister au droit de provoquer le partage, l'article 1013 C.c.Q étant d'ordre public. La technique de l'affectation à un but durable doit être mise au service d'un intérêt collectif supérieur qui justifie une telle exception. C'est donc en raison de l'affectation choisie que le bien indivis demeure « indisponible aussi longtemps que durera le but de l'affectation, rien ne s'opposant *a priori*

¹⁷³ Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, *sub verbo* « perpétuel ». Voir aussi Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les biens*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, *sub verbo* « perpétuel ». Celui-ci donne trois sens au terme « perpétuel ». Le premier sens retenu étant celui « qui est d'une durée illimitée »; le second sens réfère, nous semble-t-il, plus particulièrement à l'imprescriptibilité de la propriété « qui ne s'éteint pas par le non-usage »; et enfin, le troisième sens réfère à la durée de vie humaine, au caractère « viager » d'une technique (*ibid*).

¹⁷⁴ Yaëll Emerich, « La destinée perpétuelle de la propriété entre symbolisme et aléas » (2015) 45:2 RGD 501 à la p 506.

¹⁷⁵ Nous pensons que l'émergence de la notion de durabilité (consommation durable, développement durable) modifie peut-être le lien établi en droit de la propriété entre durable et perpétuel. Durabilité et perpétuité sont deux notions distinctes, la durabilité faisant référence à une situation qui dure dans le temps alors que la perpétuité vise une situation qui n'a pas vocation à cesser. La première évoque l'idée d'une gestion responsable et solidaire, la seconde celle d'héritéité.

¹⁷⁶ Voir Laflamme, *supra* note 170 à la p 159. Voir aussi Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 110.

¹⁷⁷ Voir Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 169.

d'envisager que l'affectation puisse être perpétuelle »¹⁷⁸. Or, en matière de protection et de conservation environnementale, l'affectation à un but durable tel qu'énoncé par l'article 1030 C.c.Q justifie une telle exception au droit au partage.

L'indivision n'est donc pas un véhicule juridique qui doit être *a priori* exclu de toute idée de conservation des biens. Bien au contraire, dans la mesure où son utilisation est organisée efficacement, elle peut devenir un outil pérenne de préservation des biens, puisqu'une fois mise en place, l'indivision durera aussi longtemps que le but durable au service duquel le bien est affecté¹⁷⁹. Encore faudra-t-il s'assurer que l'indisponibilité du partage ne constitue pas le but recherché par les copropriétaires, mais un mécanisme juridique permettant de préserver des sites naturels québécois. Cette affectation à un but durable ne doit pas être un moyen de contourner des règles d'ordre public (articles 1013 et 1030 C.c.Q.). Si tel était le cas, cette contravention à la loi lui serait fatale¹⁸⁰ et le droit au partage réactivé. C'est pourquoi la présence d'un intérêt collectif, preuve du but durable, devient un élément essentiel de cette technique originale.

B. Un véhicule collectif inédit

Quelle est cette affectation qui permet de transformer l'indivision en une institution pérenne, voire perpétuelle? La notion d'affectation n'est pas définie par le législateur, mais elle peut être comprise comme « la manifestation de la volonté du propriétaire d'affecter son bien à une destination spécifique sans lien de dépendance avec un autre bien, voire avec un titulaire »¹⁸¹. C'est donc un acte d'autorité de la part du propriétaire, qui peut déterminer l'utilité à laquelle son bien doit être affecté.

La notion d'« affectation du bien à un but durable » à laquelle recourt l'article 1030 C.c.Q. est habituellement associée à des hypothèses

¹⁷⁸ Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 aux pp 110–11. Voir aussi *Moreau c Malouin*, [1950] CS 404 à la p 407, 1950 CarswellQue 111 (WL Can); *Michon c Leduc* (1890), 19 RL 504 à la p 511 (disponible sur CanLII) (CA Qc).

¹⁷⁹ Voir Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 20; Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 150. L'auteur s'interroge : « D'où cette question qui inquiète régulièrement le monde de la conservation: comment s'assurer de la perpétuité de nos ententes de conservation? » L'exemple de la copropriété indivise entre Nature Action Québec et la Ville de Contrecoeur illustre la possibilité qu'offre cette technique de « maintenir le caractère naturel des lieux pour la perpétuité » (*ibid*).

¹⁸⁰ L'article 1013 C.c.Q. étant d'ordre public, le droit de provoquer le partage reprendrait alors toute sa force, mettant ainsi en échec les effets de l'affectation à but durable (voir Laflamme, *supra* note 170 à la p 159; Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 132).

¹⁸¹ Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 54 à la p 109.

d'« indivisions forcées »¹⁸². Ces dernières organisent la mise au service d'un bien à un ou plusieurs autres biens, qui ont besoin des services de ce dernier pour fonctionner (par exemple, un passage permettant de rejoindre plusieurs immeubles)¹⁸³. Ces affectations, qualifiées de réelles¹⁸⁴, qui reposent sur un lien d'accessoire entre plusieurs biens, n'excluent toutefois pas la possibilité d'une affectation personnelle¹⁸⁵, dans laquelle le bien commun serait mis au service d'autres biens dans l'intérêt des copropriétaires (une piscine mise à la disposition des propriétaires riverains). Il semble également possible de concevoir des affectations indépendantes d'une quelconque relation entre des biens. En effet, « [l]a généralité de la rédaction de l'article 1030 CcQ, qui ne précise pas le type d'affectation en cause, permet de penser qu'est envisageable une affectation d'un bien à un but durable sans relation directe avec d'autres biens » [note omise]¹⁸⁶. Cette rupture du lien de dépendance entre le bien commun affecté et les intérêts individuels des propriétaires a déjà été évoquée par Laflamme¹⁸⁷. Le bien commun serait alors mis à la disposition d'un intérêt collectif qui le dissocierait des autres biens des copropriétaires. Elle écrit ainsi :

En l'absence d'une précision au Code sur son champ d'application, il est possible d'affecter un bien indivis à un but durable *sans qu'il existe une relation entre ce bien et d'autres biens*.

Pour affecter un bien à un but durable, il suffit que les individuels soumettent l'objet de leur droit à un usage déterminé pour la poursuite d'un but qui a vocation à durer longtemps. [...]

[...] Si le partage compromettrait ce but, il existerait bel et bien affectation à un but durable [nos italiques, note omise].¹⁸⁸

¹⁸² Voir *ibid* aux pp 111–12. Voir aussi Normand, *Introduction*, *supra* note 53 à la p 154 (qui évoque à propos du régime des biens affectés à un but durable la terminologie « d'indivision forcée »); Pierre-Claude Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1327 (qui explique que « [l]e Code vise ici les cas d'indivision forcée »).

¹⁸³ Voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 111.

¹⁸⁴ Les affectations réelles sont un « [p]rocédé technique original d'utilisation des biens qui consiste à soumettre ceux-ci à un usage précis, en prenant en considération [...] l'exploitation des biens indépendamment des intérêts d'une personne déterminée » (Serge Guinchard et Thierry Debard, dir, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd, Paris, Dalloz, 2016, *sub verbo* « affectation »).

¹⁸⁵ L'affectation personnelle s'oppose à l'affectation réelle dans la mesure où, dépassant la relation d'accessoire du bien commun à un autre bien, elle met l'emphase sur l'intention des propriétaires du bien commun d'affecter ce bien à une utilité particulière qui n'est pas obligée de reposer sur un lien d'accessoire (voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 aux pp 119–22).

¹⁸⁶ *Ibid* à la p 119.

¹⁸⁷ Voir Laflamme, *supra* note 170 aux pp 163–64.

¹⁸⁸ *Ibid* aux pp 162–63.

Cette perspective permet ainsi d'imaginer une indivision durable vouée à l'atteinte d'un objectif environnemental de conservation¹⁸⁹. Dans cette hypothèse, cette affectation personnelle transcende la volonté des indivisaires pour se cristalliser sur un intérêt collectif. Le bien indivis se trouve ainsi affecté à une utilité sociale, par exemple environnementale, sans aucun lien de dépendance avec un autre bien¹⁹⁰, mettant sur le devant de la scène, non plus les intérêts individuels des propriétaires indivis, mais un intérêt collectif autonome visant la réalisation de l'objectif social choisi. En effet, « [l]e législateur, en reconnaissant que le but durable poursuivi par les indivisaires peut l'emporter sur le droit de provoquer le partage, admet implicitement que le collectif peut supplanter l'individuel »¹⁹¹. Transcendant la somme des intérêts individuels, cet intérêt collectif s'autonomise et dépasse les intérêts propriétaires égoïstes laissant transparaître une certaine forme d'abnégation, source de nombreux outils juridiques d'intendance privée. Cette rupture avec un lien de dépendance réelle ouvre la voie à des hypothèses d'affectation durable particulièrement intéressantes en matière environnementale. Les copropriétaires du bien n'ont en effet plus à être propriétaires d'autres biens entrant en relation, même indirectement, avec le bien indivis. Cette rupture présente un avantage majeur par rapport à la servitude de conservation qui nécessite l'appropriation de deux biens distincts.

Cette affectation à un but durable transforme le visage de l'indivision. D'un bien détenu en commun par des indivisaires soucieux de voir un intérêt collectif s'imposer à leur communauté, émerge un véritable bien commun. Cette analyse ouvre la voie à une réflexion sur les biens communs ou « les biens d'intérêt général »¹⁹², qui permettent de « ne pas occulter l'utilité qu'elles présentent pour la collectivité »¹⁹³. Cette technique de l'affectation à un but durable présente une spécificité qu'il est important de relever. L'émergence de cet intérêt collectif repose sur un acte de volonté des propriétaires du bien commun qui exercent ainsi leur droit de déterminer l'usage de leur bien commun et de limiter l'exercice de leur prérogatives propriétaires sur le bien commun.

Quelques auteurs ont déjà évoqué le potentiel de cette nouvelle figure de l'indivision, qui permettrait de tenir en échec toute demande de par-

¹⁸⁹ Voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 123.

¹⁹⁰ Voir *ibid* aux pp 122–23.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 111.

¹⁹² Voir Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011 aux pp 245–46 (l'auteure donne l'exemple du cas des biens environnementaux).

¹⁹³ *Ibid* à la p 251.

tage pendant un temps indéterminé, notamment dans l'hypothèse de la conservation d'un bien à une fin écologique ou culturelle¹⁹⁴. Laflamme reconnaît ainsi que l'article 1030 C.c.Q. ouvre des perspectives qui n'ont pas encore été explorées et envisage la possibilité de « maintenir l'indivision d'un parc naturel voué à la protection d'animaux ou encore d'un lieu historique »¹⁹⁵. Le cas d'un parc naturel destiné à la préservation d'animaux, de la faune et de la flore constitue une illustration intéressante de cet intérêt altruiste. Cette solution juridique a ainsi été retenue par la Ville de Contrecoeur et l'organisme Nature-Action Québec, qui ont, par le biais d'une convention d'indivision, assuré la conservation pérenne d'un milieu boisé¹⁹⁶. En effet, dans le préambule, Nature-Action Québec Inc et la Ville de Contrecoeur établissent que le terrain acquis en indivision est affecté (ainsi que ses caractéristiques naturelles) à « une vocation de conservation perpétuelle pour le bénéfice des citoyens de la Ville de Contrecoeur et le bénéfice des générations futures » et qu'ils souhaitent « faire usage de la propriété à des fins d'éducation et d'interprétation de la nature »¹⁹⁷. La convention d'indivision insiste sur la durée perpétuelle de l'indivision (article 1), la règle de l'unanimité pour toute décision en matière d'aliénation des biens indivis (article 4) et organise les activités autorisées (récréatives, éducatives et scientifiques) non nuisibles à l'intégrité des caractéristiques naturelles du fond (article 8). Ainsi, les copropriétaires s'assurent qu'aucune décision importante ne pourra être prise sans leur accord, mettant en exergue le but de cette acquisition en commun qui est de protéger adéquatement et de manière illimitée ce boisé et limite les pouvoirs et obligations des copropriétaires¹⁹⁸.

L'aménagement des règles de l'indivision qui paralyse le droit au partage, autant que la désignation d'une collectivité diffuse comme bénéficiaire de l'affectation à un but durable montrent l'émergence de la notion d'intérêt collectif en droit privé. Cet intérêt collectif est la conséquence d'une convergence d'intérêts individuels vers un intérêt autonome et su-

¹⁹⁴ Voir par ex Girard, « Servitude de conservation », *supra* note 10 à la p 150; Lafond, *Précis*, *supra* note 112 au para 1328; Laflamme, *supra* note 170 aux pp 163–64.

¹⁹⁵ Laflamme, *supra* note 170 à la p 164.

¹⁹⁶ Voir *Copropriété indivise de Nature-Action Québec et Ville de Contrecoeur*, *supra* note 166; Girard, « Les outils juridiques », *supra* note 14 à la p 20.

¹⁹⁷ *Copropriété indivise de Nature-Action Québec et Ville de Contrecoeur*, *supra* note 166, préambule.

¹⁹⁸ La convention d'indivision limite les droits des copropriétaires (article 8), place certains pouvoirs entre les mains d'un seul des copropriétaires, l'organisme de conservation, spécialement autorisé à visiter le domaine afin d'y exercer la surveillance de l'intégrité environnemental du site (article 6.4) et exempte l'un des copropriétaires du paiement des taxes foncières (article 5) en raison de l'engagement pris par l'autre (la Ville de Contrecoeur) de les assumer seul.

périeur aux intérêts individuels des copropriétaires¹⁹⁹. La poursuite de cet intérêt collectif tient alors en échec les prétentions individuelles dont le partage est la manifestation la plus éclatante. Il est vrai que dans l'exemple cité de la Ville de Contrecœur, les copropriétaires sont des personnes morales ou des associations, qui ont par essence une vocation collective, voire altruiste, ce qui a nécessairement facilité le recours à ce véhicule juridique.

Ainsi, à condition que l'on accepte cette lecture sociale de l'affectation à but durable²⁰⁰, cet outil juridique semble être en mesure de jouer un rôle important en matière de conservation des biens dans un but environnemental. Cependant, outre le peu de recul de la pratique, son principal obstacle tient, nous semble-t-il, plus au visage que le *Code civil* semble attribuer à l'indivision, figure individualiste de la propriété, qu'il faudra accepter de dépasser pour découvrir le potentiel de l'article 1030 C.c.Q. qui pourrait ouvrir la voie à une figure plus sociale et collective du droit de propriété. Cette affectation à un but durable, qui semble consacrer une transformation de l'indivision d'une propriété en commun à une propriété commune, est un tremplin pour une réflexion plus générale sur les « formes d'hybridation actuelles de la conception moderne de la propriété »²⁰¹ au contact de l'environnement.

Conclusion

La mise en exergue des enjeux soulevés par la valeur écologique non marchande de ces biens et leur ouverture à la collectivité dévoile certains défis que le droit privé aura à relever ces prochaines années. Confronté au droit privé, l'environnement démasque les limites structurelles des outils juridiques mis à la disposition de l'intendance privée. Les trois véhicules juridiques que nous avons passé sous la loupe du droit des biens assouplissent, défient et bousculent les règles et l'architecture classique du droit de propriété. Ces indices montrent que les temps changent et qu'il est peut-être l'heure de penser différemment les relations que les individus établissent avec les biens. Est-ce un bon ou un mauvais présage? Le but de cet article n'est pas de répondre à cette question, qui amène des

¹⁹⁹ Voir Gidrol-Mistral, « L'affectation », *supra* note 45 à la p 123 : « Transcendant les intérêts propriétaires individuels des indivisaires, cet intérêt collectif opèrerait en quelque sorte une transmutation, presque une transsubstantiation, de cette pluralité d'intérêts individuels en un intérêt collectif autonome, qui peut constituer la finalité de l'affectation à un but durable ».

²⁰⁰ Voir *ibid.*

²⁰¹ Sarah Vanuxem et Caroline Guibet Lafaye, dir, *Repenser la propriété : un essai de politique écologique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 71 à la p 83.

considérations philosophiques, politiques et juridiques sur la conception de la propriété dépassant très largement le cadre plus technique de notre analyse. Modestement, cet article a tenté de dévoiler qu'un autre visage de la propriété, mise au service d'un intérêt collectif supérieur à l'intérêt individuel et égoïste des propriétaires, est possible. Les réflexions actuelles sur les *communs*, sur la mise en place, par la voie législative si nécessaire, d'une obligation écologique qui grèverait certains milieux naturels, l'esquisse d'une fonction environnementale de la propriété, semblent dessiner une nouvelle conception de la propriété. Car repenser la propriété à travers le prisme de l'écologie et de l'environnement oblige à revisiter les principes et les fondements du socle de la propriété civiliste et à entrouvrir la porte à un autre type de propriété plus sociale²⁰². Mise à l'épreuve par le droit des biens, l'environnement tient sa revanche et met à son tour le droit des biens à l'épreuve.

²⁰² La propriété collective a été occultée du droit civil depuis la disparition des *communaux* et la célèbre salve de Garrett Hardin dans son article « The Tragedy of the Commons », qui a participé au discrédit des propriétés collectives : voir Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons » (1968) 162:3859 *Science*, New Series 1243. Voir aussi Sarah Vanuxem et Caroline Guibet Lafaye, « Introduction : penser la propriété à l'âge de l'anthropocène » dans Vanuxem et Guibet Lafaye, *supra* note 201, 9 à la p 9.