

Du droit de superficie à la propriété superficière

Sylvio Normand

Volume 38, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027036ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027036ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Normand, S. (2008). Du droit de superficie à la propriété superficière. *Revue générale de droit*, 38(2), 233–258. <https://doi.org/10.7202/1027036ar>

Résumé de l'article

Le droit civil québécois a, assez tôt, reconnu qu'en entravant le fonctionnement normal de la règle de l'accession, il était possible de provoquer la dissociation juridique d'un immeuble. Si l'appellation de « droit de superficie » a rapidement fait l'unanimité, la nature de ce droit a longtemps divisé la communauté juridique. Alors que certains y ont vu un droit de propriété, d'autres ont préféré y reconnaître un simple démembrement. La présence d'un droit de propriété et d'un droit accessoire explique qu'il ait aussi été présenté comme un droit mixte. À la faveur de la récente recodification du droit civil, le législateur a retenu, après quelques tergiversations, l'appellation de « propriété superficière » et rattaché la nouvelle institution à la notion de modalité de la propriété (art. 1009 C.c.Q.). La solution retenue, qui s'inscrit dans un objectif de modernisation du droit des biens, soulève tout de même des interrogations. Loin d'être un simple changement de terminologie, le choix du législateur pourrait avoir pour conséquence de bouleverser certains fondements du droit des biens.

Du droit de superficie à la propriété superficiariaire

Sylvio Normand

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

Le droit civil québécois a, assez tôt, reconnu qu'en entravant le fonctionnement normal de la règle de l'accession, il était possible de provoquer la dissociation juridique d'un immeuble. Si l'appellation de « droit de superficie » a rapidement fait l'unanimité, la nature de ce droit a longtemps divisé la communauté juridique. Alors que certains y ont vu un droit de propriété, d'autres ont préféré y reconnaître un simple démembrement. La présence d'un droit de propriété et d'un droit accessoire explique qu'il ait aussi été présenté comme un droit mixte. À la faveur de la récente recodification du droit civil, le législateur a retenu, après quelques tergiversations, l'appellation de « propriété superficiariaire » et rattaché la nouvelle institution à la notion de modalité de la propriété

ABSTRACT

Quebec civil law recognised, relatively early, that by restraining the regular rules of accession, it was possible to juridically dissociate an immovable. Though the appellation "right of superficies" was rapidly adopted by all, the juridical nature of this right was the subject of much debate in the legal community. While some qualified it as a property right, others believed it was a mere dismemberment. The presence of a property right alongside an accessory right also explains why the right of superficies has been presented as a mixed right. Taking advantage of the recent recodification, the legislator has, after some hesitation, retained the appellation "superficies" and deemed this institution a special mode of ownership (s. 1009 C.C.Q.). This solution, though aiming at the modernisation of

(art. 1009 C.c.Q.). La solution retenue, qui s'inscrit dans un objectif de modernisation du droit des biens, soulève tout de même des interrogations. Loin d'être un simple changement de terminologie, le choix du législateur pourrait avoir pour conséquence de bouleverser certains fondements du droit des biens.

property law, nonetheless raises questions. Far from being a simple terminological change, the legislator's choice may have shattered some foundations of property law.

Mots-clés : *Accession — droit de superficie — modalité de la propriété — propriété superficière — superficie*

Key-words : *Accession — mode of ownership — right of superficies — superfiary ownership — superficies*

SOMMAIRE

I. Un droit en quête de qualification	235
A. Une évolution empirique	235
B. L'hypothèse d'un droit mixte.....	238
II. Une systématisation de la matière	240
III. La réception de la recodification	245
A. La terminologie et la qualification.....	246
B. Les modes de constitution.....	247
C. L'objet de la propriété superficière	253
D. La durée du droit	255

I. UN DROIT EN QUÊTE DE QUALIFICATION

1. Le droit québécois accepte depuis longtemps la dissociation juridique de l'immeuble, soit la reconnaissance de l'existence de propriétés immobilières superposées. Il en découle qu'une personne peut être reconnue propriétaire des constructions, des ouvrages ou des plantations, et une autre de l'immeuble sur lequel ceux-ci sont situés. L'institution, souvent désignée sous l'appellation de « droit de superficie », évolue durant une longue période en marge du Code civil. La jurisprudence et la doctrine, en prenant appui sur la production française, vont s'efforcer de la définir et d'en établir le régime juridique. Une avancée remarquable se produit lors de la parution de la thèse que Jean-Guy Cardinal consacre à l'institution, en 1957. À partir de cette date, la monographie est vue comme la synthèse à laquelle tous s'en remettent¹. Il faut cependant attendre la mise en vigueur du nouveau Code civil pour que l'institution obtienne une réelle reconnaissance législative (art. 1110-1118 C.c.Q.).

A. UNE ÉVOLUTION EMPIRIQUE

2. Durant une assez longue période, les tribunaux comme les auteurs ne qualifient pas précisément le droit reconnu à un tiers sur une superficie. Ils cherchent plutôt à comprendre et à exposer la mécanique qui conduit à reconnaître l'existence de propriétés superposées. Au cours des premières décennies qui suivent la mise en vigueur du *Code civil du Bas Canada*, un rapprochement est établi entre le droit coutumier et le droit nouvellement codifié de même qu'entre les dispositions des codes québécois et français : « Le droit que s'est réservé le vendeur en est un de superficie que permettait le droit antérieur et que permet et reconnaît le Code civil aux articles 415 et 521, qui y sont la transcription mot à mot des articles 533 et 664 du Code Napoléon »². L'exercice vise, à n'en pas douter, à faciliter le renvoi à la jurisprudence et à la doctrine françaises

1. Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, 286 p.

2. *Cadrain c. Théberge*, (1890) 16 Q.L.R. 76, 77 (C. de R.).

qui, dans cette affaire comme dans plusieurs autres, servent souvent de guides aux juges québécois. Les traités de Proudhon, de Demolombe, d'Aubry et Rau ou de Laurent sont d'ailleurs cités par les tribunaux.

3. L'accession est au cœur de la réflexion. Perçue comme un mode d'acquisition de la propriété, elle donne au propriétaire le droit de faire sien ce qui s'unit à son immeuble. Le propriétaire peut cependant accorder à un tiers l'autorisation de construire sur son fonds. L'arrêt *Delorme c. Cusson*, qui traite d'un cas d'empiètement, illustre un tel raisonnement. Le juge Girouard énonce le principe d'une autorisation de cette nature mais demeure vague sur la qualification du droit accordé : « Cette autorisation [l'autorisation donnée par le propriétaire du fonds] constitue ce que des auteurs appellent une renonciation au droit d'accession, d'autres un droit de servitude ou de superficie du sol; de l'aveu de tous, elle forme une convention qui doit être respectée et recevoir son exécution »³. Pour la Cour, ce qui importe c'est de sanctionner le droit accordé à un tiers, la nature de ce droit importe assez peu. La finalité recherchée est reconnue, malgré l'imprécision de la qualification.

4. Le flou va perdurer un certain temps. Les tribunaux comme les auteurs se contentent souvent, dans un commentaire sur l'accession, de rappeler la dissociation possible d'un immeuble, sans plus⁴. Ainsi, la Cour d'appel, sur une demande en radiation d'une hypothèque, affirme : « il y a un principe bien connu : c'est que le terrain peut appartenir à une personne, et les bâtisses à une autre »⁵.

5. Les tribunaux québécois semblent éprouver quelques réticences à prendre à leur compte les qualifications avancées par la doctrine française, même s'ils n'hésitent pas à résumer les propos des auteurs ou à reproduire des extraits tirés de traités. Ils s'en tiennent généralement aux catégories classiques qualifiant le droit sur une superficie de *jus in re*⁶ ou de « droit immobilier »⁷.

3. *Delorme c. Cusson*, (1897-1898) 28 R.C.S. 66, 85.

4. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 492-493.

5. *Reed c. Bellavance*, (1910) 19 B.R. 369, 377 (j. Carroll).

6. *Cadrain c. Théberge*, précité, note 2, 78.

7. *Leblanc c. Price Brothers Co. Ltd.*, (1917) 26 B.R. 29, 31 (j. Carroll).

6. La doctrine fournit assez tôt une définition des termes usuels de l'institution, soit la « superficie » et le « droit de superficie ». En effet, au début du XX^e siècle, le notaire Joseph-Edmond Roy précise : « On entend par superficie ce qui est sur la surface du sol et lui est adhérent, bâtiment et clôtures, ainsi que les plantes de toute espèce; et par droit de superficie, on désigne celui du propriétaire de toutes ces choses quand elles sont établies sur le fond d'autrui »⁸. La première définition prend la superficie au sens littéral en exigeant que l'objet repose sur le sol.

7. La notion de droit de superficie (en anglais : *right of superficies*) s'impose pour désigner l'institution, et ce, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'unanimité existe sur la nature de ce droit, encore que l'on estime généralement que le superficiariaire soit propriétaire des bâtiments érigés sur le tréfonds, comme le précise la Cour supérieure : « On peut donc être propriétaire d'une maison élevée sur un terrain appartenant à autrui et ce droit de superficie comporte tous les droits du propriétaire : *jus fruendi, jus utendi, jus abutendi* »⁹. Il demeure que le droit est parfois qualifié de démembrement de la propriété¹⁰.

8. Malgré la prévalence de la notion de droit de superficie, la doctrine va, à l'occasion, recourir à la notion de « propriété superficiariaire ». Jean-Guy Cardinal s'y réfère pour décrire une composante du droit mixte que constitue, suivant sa thèse, le droit de superficie (*infra* : section suivante). Jean Goulet introduit la notion pour apporter une distinction entre deux droits différents qu'il identifie en se fondant sur une analyse du principe de l'accession, prévu à l'article 415 du *Code civil du Bas Canada*¹¹. Le premier de ces droits, la propriété superficiariaire, désignerait le droit créé lorsqu'une division de l'immeuble emporte le transfert, au superficiariaire, d'une simple strate du sol suffisante pour y ériger des constructions.

8. Joseph-Edmond ROY, « *Le droit de superficie* », (1900-1901) 3 *R. du N.* 51.

9. *Damato c. Collorette*, [1950] C.S. 414, 416.

10. William DE MONTMOLLIN MARLER, George C. MARLER, *The Law of Real Property*. Quebec, Toronto, Burroughs, 1932, p. 59, et Jean GOULET, Ann ROBINSON, Danielle SHELTON, François MARCHAND, *Théorie générale du domaine privé*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur / Sorej, 1986, p. 50.

11. Jean GOULET, « Les droits de superficie et l'imprécision du langage juridique », (1978) 19 *C. de D.* 1109, 1111-1113.

Le second, le droit de superficie, serait le droit constitué lors d'une renonciation au droit d'accession. Finalement, François Frenette, dans un commentaire d'arrêt, substitue la notion de « propriété superficiariaire » à celle de « droit de superficie »¹². Cette appellation, à laquelle il reste fidèle par la suite, vise, à n'en pas douter, à mieux asseoir la nature juridique de l'institution.

B. L'HYPOTHÈSE D'UN DROIT MIXTE

9. La doctrine va parfois décrire le droit de superficie comme présentant une double facette. Pour reprendre les expressions utilisées par Jean-Guy Cardinal, il s'agit d'un droit composite ou d'un droit mixte. D'une part, il est constitué d'un droit de propriété sur la superficie; d'autre part, il comprend des droits sur le tréfonds. Ces droits accessoires, inextricablement liés à la superficie, peuvent être de différentes natures suivant les époques et les auteurs.

10. Joseph-Edmond Roy propose d'abord que le droit de superficie, qui confère à son titulaire la propriété d'un immeuble situé à la « surface du sol », ne saurait exister sans que ne lui soit reconnue également une participation à la propriété du sol : « Ce n'est pas que le droit de superficie ne comprenne une participation à la propriété du sol même, puisque c'est là qu'est le fondement sans lequel la superficie ne pourrait exister réellement, ni même être conçue en idée. D'où résulte que le superficiariaire se trouve associé bien avant dans la domanialité du fonds; puisque, outre qu'il en a toute la jouissance, il participe à la propriété du sol »¹³. Le superficiariaire avait donc la propriété de la superficie et la copropriété du sol. Cette proposition, empruntée au droit français, sera rejetée plus tard¹⁴.

11. Jean-Guy Cardinal est l'auteur qui va pousser le plus loin la réflexion sur le caractère mixte du droit de superficie.

12. François FRENETTE, « L'illusion de propriété superficiariaire », (1976) 17 *C. de D.* 229-234.

13. J.-E. ROY, *loc. cit.*, note 8, p. 51.

14. André MONTPETIT, Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 149-150.

Pour lui, cette dualité fait partie de la « véritable nature du droit de superficie » :

[...] le droit de superficie est toujours un **droit composite** dont la propriété superficiariaire représente cependant l'élément fondamental. C'est elle qui le caractérise et lui donne ses qualités d'exclusivité et de perpétuité. [...]. Mais pour que le titulaire puisse retirer véritablement tous les avantages de sa propriété, il faut de plus lui accorder un droit au sol ou dans le sol, droit accessoire de la propriété superficiariaire.¹⁵

12. La thèse, malgré ses qualités, comporte des parts d'ombre. Dans un article subséquent, il revient sur le sujet et distingue deux concepts, soit la « propriété superficiariaire » et le « droit de superficie »¹⁶. Le premier concept se réfère au droit principal, soit le droit de propriété qui porte sur la superficie, et le second à l'accessoire, soit au droit reconnu à l'usage du tréfonds. L'auteur introduit, en outre, un troisième concept, soit celui de « superficie » dans le sens suivant : « L'expression "la superficie" est employée pour désigner les deux [la "propriété superficiariaire" et le "droit de superficie"], mais il existe de grandes différences entre les deux concepts. La propriété superficiariaire n'est que la partie d'un tout; c'est l'élément principal d'un droit mixte, appelé droit de superficie. » Par ailleurs, Cardinal précisait que l'aménagement entre la superficie et le tréfonds découlait d'un droit personnel (un bail), d'une relation fondée sur la propriété indivise (la propriété par étages du *Code civil du Bas Canada*) ou encore sur l'existence d'une servitude.

13. D'autres se font les défenseurs de cette théorie, sans cependant retenir tout à fait le même raisonnement que Cardinal. Le droit de superficie devient ainsi « à la fois une **division** et un **démembrement du droit de propriété** »¹⁷. Cette proposition part du principe que, d'une part, la constitution du droit de superficie est réglée par le renversement de la présomption selon laquelle les constructions, les ouvrages ou les plantations

15. J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, note 1, p. 147.

16. Jean-Guy CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1964-1965) 67 *R. du N.* 329, 336.

17. J. GOULET, A. ROBINSON, D. SHELTON, F. MARCHAND, *op. cit.*, note 10, p. 207.

appartiennent au propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent et, d'autre part, que le fonds est démembre au bénéfice de la superficie. Le point de vue est double. Le superficiaire a un droit de propriété sur la superficie, tandis que le tréfoncier voit son droit de propriété démembre, « car le tréfoncier perd alors son droit à l'accession et une partie de son droit d'usage (*usus*) »¹⁸. La construction proposée par certains auteurs laisse donc entendre que l'existence d'un démembrement est incontournable, et ce, peu importe le mode de constitution du droit.

II. UNE SYSTÉMATISATION DE LA MATIÈRE

14. À la faveur de la recodification, le problème de la terminologie et de la qualification de l'institution refait surface. En 1975, le Comité du droit des biens de l'Office de révision du Code civil dépose son rapport. Le projet comprend un court chapitre qui traite du droit de superficie. Ce chapitre est inclus dans un titre intitulé *Démembrements et modalités du droit de propriété* (en anglais : *Dismemberments and modalities of the right of ownership*). À la première catégorie se rattachent l'usufruit, l'usage, l'habitation et la servitude et, à la seconde, l'indivision, l'emphytéose et le droit de superficie¹⁹. Dans la version finale de son rapport, l'Office retient la notion de « modifications » (en anglais : *modifications*)²⁰ en lieu et place de « modalités » (en anglais : *modalities*). Le droit conserverait donc son appellation, mais il serait rattaché à la catégorie des modalités ou des modifications et non pas à celle des démembrements.

15. Les artisans de la recodification du droit civil ont poursuivi plusieurs objectifs tout au long de leurs travaux. Ils ont notamment souhaité moderniser un droit qui, sous plusieurs aspects, avait besoin d'être mis au diapason d'une société qui s'était transformée depuis la mise en vigueur du Code de 1866. Pour illustrer les réformes que l'Office avait privilégiées,

18. *Ibid.*

19. L'inclusion de l'emphytéose au rang des modalités fut critiquée par le professeur François FRENETTE : « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991, 1011-1012.

20. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 223, et CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Québec Civil Code*, vol. 1, *Draft Civil Code*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 221.

le professeur Paul-André Crépeau se référait précisément à « la réglementation du droit de superficie »²¹.

16. Les propositions de l'Office sur cette institution se trouvaient inspirées par les travaux de Jean-Guy Cardinal. Celui-ci avait retenu la notion de modalité²², développée par la doctrine française, comme catégorie à laquelle rattacher le droit de superficie. Toutefois, l'auteur n'avait pas arrêté de définition précise de la notion. Dans le titre de sa monographie, elle semble devoir être prise au sens d'une forme particulière de la propriété. En revanche, dans le corps de l'ouvrage, la notion de modalité sert à présenter les différentes variétés que peut adopter le droit de superficie²³. L'auteur donne donc deux sens à la même notion. Dans un article postérieur, Cardinal clarifie la notion. Après avoir affirmé que le droit de propriété est unique, il ajoute qu'il est susceptible de divers modes et il conclut : « La propriété peut être [...] soit divise ou indivise, soit simple ou superficiariaire »²⁴. La notion servait donc à regrouper à la fois le droit de propriété sous sa forme idéale (la propriété divise et simple) et les formes particulières qu'il peut adopter (la propriété indivise et la propriété superficiariaire). Malgré la place que semble occuper la notion de modalité dans l'exposé de Cardinal, il ne lui accorde pas l'importance attendue. Il n'a d'ailleurs pas exploité comme il aurait pu le faire les travaux consacrés par les auteurs français à l'étude de cette notion. Par exemple, il ne renvoie pas au traité de Louis Josserand qui, pourtant, avait introduit la notion de modalité de la propriété et l'avait illustrée en se fondant notamment sur le droit de superficie²⁵. Il ne mentionne pas davantage le traité de Jean Carbonnier qui distinguait clairement les notions de « modification », de « modalité » et de « démembrement »²⁶.

21. Paul-André CRÉPEAU, « Préface », dans OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *id.*, p. xxxiv.

22. Sur la notion de modalité, voir : Sylvio NORMAND, « La notion de modalité de la propriété », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 255-281.

23. J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, note 1, p. 98-148.

24. J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 16, p. 331.

25. Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1932, p. 919-920 et 943-949.

26. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome deuxième, *Les biens et les obligations*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1962, p. 90.

17. Dans un commentaire critique du livre des biens contenu dans la version finale du rapport de l'Office, le professeur François Frenette, insatisfait du traitement donné aux notions de modification, de démembrement et de modalité, propose de les distinguer de la manière suivante : « [...] la propriété est susceptible de modifications diverses, constituées tantôt par des manières d'être emportant éclatement du faisceau des prérogatives inhérentes du domaine, ce sont les démembrements, tantôt par des manières d'être n'emportant pas éclatement de tel faisceau, ce sont les modalités »²⁷.

18. Lorsque le gouvernement dépose, en 1983, le premier projet de loi portant réforme du droit des biens²⁸, des changements importants apparaissent par rapport au projet de l'Office (art. 1139 à 1147). Il est manifeste qu'il a en vu une systématisation de la matière différente de celle qui lui a été proposée. L'influence de la pensée du professeur François Frenette est perceptible, les travaux du juriste sont alors préférés à ceux de Jean-Guy Cardinal. La notion de modalité est substituée à celle de modification de la propriété comme nouvelle catégorie juridique. Par ailleurs, les modalités et les démembrements sont distingués et regroupés sous deux titres différents. La notion de « droit de superficie » est même remplacée par celle de « propriété superficière ». Même si la chose n'est pas avouée, il est vraisemblable que le législateur a souhaité, par ce changement d'appellation, l'abandon définitif de la théorie du droit mixte, chère à la pensée de Cardinal. La présentation de la matière visait aussi à mieux aménager les rapports entre la propriété superficière et l'emphytéose. Ce projet de loi connaît deux autres versions²⁹ avant de devenir loi. L'examen des différentes versions révèle une évolution vers une rationalisation plus marquée. Ainsi, le bail à construction, qui était présenté dans une section à part en

27. François FRENETTE, « Des biens », dans André POUPART (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal — Faculté de l'éducation permanente, 1979, p. 361, 368.

28. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Projet de loi n° 58. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des biens*, 4^e session, 32^e législature, 1983.

29. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Projet de loi n° 20. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 5^e session, 32^e législature, 1984, et ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Projet de loi n° 125. Code civil du Québec*, 1^{re} session, 34^e législature, 1990.

1983, disparaît dans la version finale du projet de Code. Le législateur a, sans doute, estimé que cette hypothèse était déjà couverte par la disposition qui énumère les modes d'établissement de la propriété superficiaire (art. 1110 C.c.Q.), même si elle ne fait pas expressément référence à ce bail.

19. L'introduction d'un nouveau chapitre dévolu à la propriété superficiaire visait à rendre davantage populaire une institution que le ministre de la Justice présentait comme « peu connue et relativement peu utilisée » à cause de l'absence de dispositions législatives pour en régir le fonctionnement³⁰. Malgré les efforts de la doctrine, l'institution était plus ou moins bien comprise. La rédaction des actes juridiques révélait, en effet, des lacunes. Il faut, par ailleurs, ajouter que le contentieux avait généré une jurisprudence qui laissait souvent place à la critique. Les tribunaux devaient pallier les imprécisions, sinon les insuffisances, des actes. Les jugements présentaient aussi des raisonnements tronqués. Dans plusieurs cas, la preuve de l'existence du droit reposait sur un consentement tacite³¹ et bien souvent le recours à la propriété superficiaire visait à résoudre l'empiètement sur un fonds voisin³². La recherche d'équité gouvernait parfois la décision des juges³³. L'insertion au Code d'un régime juridique propre à la propriété superficiaire devait permettre de régler les déficiences que présentait l'institution et d'améliorer la qualité de la rédaction des actes, tout en assurant son développement.

20. Le réaménagement de la matière distinguait, ainsi que cela a été dit, les modalités et les démembrements. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice prend soin de rappeler la distinction qui existe entre les deux notions : « On traite des modalités de la propriété lorsque les règles de droit régissent les rapports de plusieurs personnes qui ont un droit de propriété complet comportant tous les attributs de la propriété, usage, jouissance et libre disposition. On parle

30. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 591.

31. *Delorme c. Cusson*, précité, note 3.

32. *Delorme c. Cusson*, précité, note 3; *Gagné c. Bourret*, (1929) 47 B.R. 547; *Lebœuf c. Douville*, [1969] B.R. 472.

33. *Delorme c. Cusson*, précité, note 3, p. 74; *Morin c. Grégoire*, C.S. de Joliette, n° 19 539 (21 janvier 1967), (1969) 10 C. de D. 379, et John CLAXTON, « Superficie — problèmes, solutions et précautions », (1975) 35 R. du B. 626.

cependant d'un démembrement lorsque deux ou plusieurs personnes possèdent chacune un ou plusieurs attributs du droit de propriété sur un même bien, mais non tous»³⁴. Le rattachement de la propriété superficielle à la nouvelle catégorie des modalités de la propriété a pour effet de rejeter l'hypothèse de sa qualification comme démembrement³⁵.

21. La propriété superficielle prend donc place aux côtés de la copropriété et appartient à une catégorie distincte de celle qui regroupait l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose. L'appartenance à cette catégorie a pour conséquence de maintenir uni, sous la puissance du titulaire de la modalité, l'ensemble des attributs de la propriété. À ces attributs classiques, il faut nécessairement ajouter l'accession. En revanche, les caractères de la propriété peuvent se trouver affectés par l'existence de la modalité.

22. En plus de rattacher l'institution à la catégorie des modalités, le législateur en établit la définition : « La propriété superficielle est celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier » (art. 1011 C.c.Q.). Il en précise, en outre, les conditions d'exercice. À cet égard, il fixe les modes d'établissement de la modalité (art. 1110 C.c.Q.). Elle peut, en effet, résulter de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble, de la cession du droit d'accession ou de la renonciation au bénéfice de l'accession. Ces modes ne sont pas une pure création législative; ils avaient déjà été identifiés par la doctrine, encore que la cession était d'introduction récente³⁶. Désormais, les actes juridiques devraient préciser clairement le mode choisi pour constituer une propriété superficielle.

34. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 30, p. 556.

35. Serge BINETTE, « De la copropriété indivise et divise et de la propriété superficielle », (1988) 3 *C.P. du N.* 107, 207, n° 248.

36. A. MONTPETIT, G. TAILLEFER, *op. cit.*, note 14, p. 149. Pour une formulation des trois modes d'établissement, voir : F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 12, p. 230. Le même auteur établit une distinction entre la cession de l'accession et la renonciation au bénéfice de l'accession : François FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur / Sorej, 1983, p. 186-187, n° 310. Voir aussi, du même auteur : « La propriété superficielle », dans *Répertoire de droit — Biens — Doctrine*, document 5, 2005, p. 13, par. 26.

23. Le législateur, en ajoutant au Code des dispositions sur la propriété superficiare, a certes voulu favoriser son usage. Il a souhaité également harmoniser les rapports entre des institutions du droit des biens comme la copropriété et l'emphytéose. De manière à parvenir à une solution satisfaisante, il a estimé nécessaire de revoir l'aménagement de la matière, ce qui a entraîné l'introduction de nouveaux concepts et une hiérarchisation plus claire des différentes modifications de la propriété. La portée de ces transformations ne fait toutefois pas l'unanimité.

III. LA RÉCEPTION DE LA RECODIFICATION

24. À la lecture et à l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence, il est manifeste qu'il existe des difficultés à la réception de l'institution telle qu'elle a été présentée lors de la recodification. Les raisons de ce malaise sont vraisemblablement multiples. Durant une longue période, la propriété superficiare n'a connu qu'une systématisation doctrinale. Malgré la qualité des publications, notamment de la thèse de Cardinal, une telle synthèse laissait place à bien des imprécisions. Au fil des ans, la pratique avait développé ses manières de faire qui se sont avérées parfois difficiles à concilier avec les solutions retenues par le législateur. Par ailleurs, la systématisation introduite par la recodification introduisait des réaménagements qui ont parfois été jugées en contradiction avec des principes du droit des biens. Il est vraisemblable que la complexité de certains « montages » prévus par le Code et le caractère abstrait de certains concepts ont rendu difficile l'acceptation de cette réforme.

25. Il est apparu à plusieurs que le réaménagement du droit des biens introduisait des incongruités, comme la reconnaissance d'un droit de propriété temporaire ou encore la possibilité de constituer une propriété superficiare ou même une copropriété divise — des modalités — sur une emphytéose — un démembrement. Loin d'être un simple changement de terminologie, le choix du législateur pourrait avoir pour conséquence de bouleverser certains fondements du droit des biens. À cette lecture, il est possible de répondre que le législateur a souhaité introduire une nouvelle systématisation du droit.

A. LA TERMINOLOGIE ET LA QUALIFICATION

26. La réception de la terminologie introduite dans le nouveau Code civil ne va pas de soi. La notion de « droit de superficie » n'a pas été systématiquement abandonnée au profit de celle de « propriété superficière », utilisée par le législateur. Les juges comme les auteurs recourent encore à l'ancienne appellation³⁷. Dans certains cas, il faut dire que la survivance tient à la terminologie employée dans des actes rédigés antérieurement à la mise en vigueur du nouveau Code³⁸. Les tribunaux chargés de les interpréter respectent généralement le libellé utilisé par le rédacteur de l'acte. Un phénomène plus étonnant est l'usage, encore fréquent, de l'appellation « droit de superficie » ou « droit superficière » dans des actes juridiques ou des procédures judiciaires rédigés après l'entrée en vigueur du nouveau Code ou dans des jugements prononcés depuis³⁹. Cet usage ne doit pas être pris à la légère. Dans certains cas, il faut se demander si les rédacteurs n'ont pas cherché à créer un droit différent de la propriété superficière prévue au Code. En somme, il est possible qu'ils aient voulu constituer un droit réel inconnu, comme le permet le droit civil québécois⁴⁰. Ainsi, dans une requête soumise à la cour, on peut se demander quelle était la nature exacte du « droit de superficie "sui generis" » que recherchait un requérant⁴¹. Il se produit aussi que l'ancienne appellation soit employée comme s'il s'agissait d'un synonyme de la nouvelle⁴².

37. À titre d'exemples, voir : *Herrmann-Busson c. Québec (Procureur général)*, 2004 IIJCan 18390, par. 61 (QC C.S.), et Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 258, par. 427.

38. À titre d'exemples, voir : *Henri c. Saints-Martyrs-Canadiens (Municipalité)*, 2003 IIJCan 16800, par. 18 (QC C.S.), et *Boucher c. Développements Terriglobe Inc.*, 2001 IIJCan 15131, par. 12 (QC C.A.) (j. Rochon).

39. Par exemple, l'usage de l'appellation « droit de superficie » est attesté dans une transaction : *Thurston c. Joncas*, 2005 IIJCan 12475, par. 4 (QC C.S.), et *Carleton-Saint-Omer (Ville de) c. St-Onge*, 2002 IIJCan 22269, par. 9 (QC C.S.), et dans une requête en reconnaissance du droit de propriété : *Poirier c. Rochefort*, 2004 IIJCan 7542 (QC C.S.); tandis que l'appellation « droit superficière » est attestée dans : *9079-8190 Québec Inc. c. Bergeron*, 2005 QCCA 608, par. 45 (IIJCan) (j. Brossard).

40. Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance inconnus : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 47 *R. du B.* 3-56.

41. *Poirier c. Rochefort*, précité, note 39, par. 42.

42. À titre d'exemple : *Gauthier c. Perreault*, 2003 IIJCan 25042, par. 26 et 27 (QC C.S.).

27. Suivant l'opinion de certains juristes, la recodification n'a pas eu pour effet d'éclipser la conception mixte de la propriété superficiare. En effet, cette théorie a survécu, et ce, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, encore qu'elle soit moins dominante que par le passé. Il s'ensuit qu'à l'élément principal, la propriété superficiare, serait attaché un droit accessoire sur le tréfonds, qualifié tantôt de démembrement⁴³, tantôt de droit d'usage⁴⁴. La notion de « droit de superficie » serait donc encore pertinente pour désigner ce droit. L'ancienne terminologie, telle que proposée par Cardinal, serait donc maintenue.

28. La notion de modalité a fait l'objet de peu de commentaires. Fréquemment, les juges mentionnent le rattachement de la propriété superficiare à la catégorie sans plus. Il demeure que la notion a été présentée comme une solution à l'incertitude qui a longtemps régné sur la qualification de l'institution, comme l'a reconnu la Cour d'appel : « Mettant fin à une certaine controverse en la matière, le législateur a édicté que la propriété superficiare est une modalité de la propriété. C'est un droit de propriété complet, se présentant sous une forme particulière ». ⁴⁵ La qualification est parfois moins précise. Ainsi, un tribunal se limite à qualifier un droit de « droit réel de superficie »⁴⁶.

B. LES MODES DE CONSTITUTION

29. L'établissement par le législateur de trois modes de constitution d'une propriété superficiare (art. 1110 C.c.Q.) — soit la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble, la cession du droit d'accession ou la renonciation au bénéfice de l'accession — devait faciliter l'identification de la modalité⁴⁷. La distinction des trois modes ne va pas de soi si

43. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 37, p. 259, par. 428.

44. Suzanne GRONDIN, Yves PÉPIN, « Propriété superficiare et emphytéose », dans *Droit immobilier québécois*, Farnham, Publications CCH/FM Ltée, c1989, p. 6,036-6,037.

45. *Société nationale immobilière Sonatim inc. c. Société de développement de l'Île Bizard inc.*, 1998 R.J.Q. 1061, 1066 (C.A.) (j. Mailhot).

46. *Beaulieu c. Gestion C. Sarrazin inc.*, 1998 IIJCan 12895 (QC C.A.), le juge réfère au jugement de première instance.

47. Ces trois modes avaient été déjà identifiés par la doctrine : F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 12, p. 230.

l'on considère la doctrine. D'emblée, l'article qui les énumère a été reçu avec étonnement à cause d'un libellé qui le rapproche davantage du style de la doctrine que de celui de la législation⁴⁸. Une fois passé l'effet de surprise, il semble que le premier mode, à savoir la division de l'objet du droit de propriété, amène peu de divergences chez les auteurs. En revanche, les commentaires sur la cession de l'accession et la renonciation au bénéfice de l'accession sont souvent divergents. Certains distinguent clairement les deux modes : le premier conduisant à la création d'un démembrement de la propriété et le second transmettant un droit personnel à son titulaire⁴⁹. D'autres, au contraire, laissent entendre que les deux modes sont à ce point apparentés qu'ils peuvent être confondus⁵⁰.

30. Des jugements témoignent des efforts faits pour identifier clairement le mode de constitution utilisé. Ainsi, après un rappel des modes reconnus par le législateur, le juge identifie le mode choisi pour établir une propriété superficière⁵¹. Par ailleurs, la jurisprudence révèle qu'il est souvent ardu de déterminer le mode de constitution arrêté par les contractants. Après analyse d'un dossier, un juge précise ainsi « que l'intimé cède au requérant un droit de superficie lui permettant de construire, d'aménager et d'entretenir une rue »⁵². À la lecture de cet extrait, il est impossible de déterminer quel mode fut utilisé. Ailleurs, un juge mentionne le type d'acte utilisé plutôt que d'identifier l'un des modes mentionnés à l'article 1110 du Code : « la propriété superficière peut naître d'un bail avec permission de construire »⁵³. Dans le contexte de la rédaction d'un acte, un rédacteur renvoie à deux des

48. Christine GAGNON, « Applications contemporaines de la propriété superficière », (2002) 1 *C.P. du N.* 25, 32.

49. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 36, p. 13, par. 26, et Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 706-707.

50. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 37, p. 260, note 9b. Des auteurs affirment que les deux modes provoquent un démembrement de la propriété : S. GRONDIN, Y. PÉPIN, *loc. cit.*, note 44, p. 6,054 et 6,058.

51. *Société nationale immobilière Sonatim inc. c. Société de développement de l'Île Bizard inc.*, précité, note 45, 1066 (j. Mailhot); *Grenier Depreist c. Gauvin*, 2003 IIJCan 33378, par. 47-50 et 62-63 (QC C.S.), et 9079-8190 *Québec Inc. c. Bergeron*, précité, note 39, par. 54-61 (IIJCan) (j. Brossard).

52. *Carleton-Saint-Omer (Ville de) c. St-Onge*, précité, note 39, par. 9.

53. *Gauthier c. Perreault*, précité, note 42, par. 27.

trois modes de constitution, alors que manifestement un seul doit s'appliquer dans l'espèce⁵⁴. L'examen de la jurisprudence indique — ce qui n'est guère surprenant — que le mode usuel demeure la renonciation au bénéfice de l'accession. Cette qualification est souvent déduite plutôt que clairement exprimée par le rédacteur d'un acte. Force est de constater que la compréhension des différents modes de constitution d'une propriété superficiare est plus ou moins satisfaisante. La démarche des tribunaux révèle que les juges s'efforcent de sanctionner la volonté exprimée par les parties à un acte, même si sa rédaction n'est pas nécessairement en accord avec la dogmatique juridique.

31. Au-delà du problème posé par l'identification du mode d'établissement d'une propriété superficiare, une question particulière a été soulevée, soit celle de la constitution d'une copropriété ou d'une propriété superficiare sur un immeuble tenu en emphytéose. Une telle hypothèse fut souvent présentée comme une impossibilité, encore qu'elle trouvât des défenseurs. S'agissant de l'établissement possible d'une copropriété divise, le raisonnement complet — qu'il mène à l'acceptation ou au refus de la proposition — devait conduire dans un premier temps à envisager l'immeuble construit par l'emphytéote comme une propriété superficiare. Ensuite, il s'agissait de déterminer si une copropriété divise pouvait être établie sur un tel immeuble.

32. Dans une affaire judiciaire de la fin des années 1980, la Cour supérieure, en réponse à une requête pour jugement déclaratoire, concluait : « Il y a incompatibilité fondamentale entre les deux modes de tenure »⁵⁵. Le juge soulignait notamment comme élément inacceptable le caractère temporaire de l'emphytéose et permanent de la copropriété divise et il ajoutait : « On ne peut rendre compatible ce qui est par essence

54. François BROCHU, « La représentation sur le cadastre des immeubles dans toutes leurs dimensions », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 445, 472-473.

55. *Roy c. Société Immobilière du cours Le Royer*, [1987] R.D.I. 392, 395 (C.S.), et en doctrine, voir : Maurice M. GOULET, « Copropriété née d'emphytéote? », (1972) 32 *R. du B.* 491. Pour une critique du jugement, voir : François FRENETTE, « Emphytéose et copropriété par déclaration : la démystification d'une impossible coexistence », (1987-1988) 90 *R. du N.* 145.

totale, la copropriété et partielle, l'emphytéose »⁵⁶. Afin de répondre à cette objection, le législateur était intervenu, en 1988, pour modifier le Code en introduisant une disposition qui rendait possible l'assujettissement d'un immeuble construit par l'emphytéote ou détenu en propriété superficière aux dispositions sur la copropriété divise (art. 441b.1 C.c.B.C.)⁵⁷.

33. Lors de la recodification, le législateur a repris le contenu de cette disposition (art. 1040 C.c.Q.). Le professeur John E.C. Brierley s'est montré critique à l'égard de l'aménagement que permet cet article : « Que penser, par ailleurs, du cas de dénaturation juridique devant laquelle le législateur nous place en adoptant l'idée, insérée au Code en 1988, au sujet de l'établissement d'une "copropriété" sur un immeuble bâti qui fait l'objet d'une emphytéose? Le mariage de ces deux notions antithétique laisse songeur »⁵⁸. Il voyait, dans l'amendement de 1988, « une réforme ponctuelle »⁵⁹ qu'il ne souhaitait manifestement pas voir intégrer dans le nouveau Code.

34. Or, même s'il y avait eu une intervention législative pour réagir à la décision d'un tribunal, l'hypothèse d'une copropriété divise établie sur un immeuble en emphytéose pouvait fort bien se concevoir compte tenu des réflexions doctrinales de l'époque. En effet, le cas de la cession de l'accession était déjà connu par les travaux de François Frenette. Pour bien comprendre le fonctionnement de ce mode d'établissement de la propriété superficière, il faut voir l'accession comme un attribut du droit de propriété (art. 948 C.c.Q.) et non seulement comme un mode d'acquisition de la propriété (art. 916 C.c.Q.). Une telle conception, sans faire l'unanimité, est partagée par certains auteurs⁶⁰. Elle permet de mieux saisir l'étendue des droits de l'emphytéote. Le législateur reconnaît, en effet, à

56. Roy c. Société Immobilière du cours Le Royer, précité, note 55, p. 395.

57. Pour une réaction doctrinale favorable à la réforme, voir : François FRENETTE, « Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété », (1988) 5 C.P. du N. 469.

58. John E.C. BRIERLEY, « Les langues du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 129, 132.

59. John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », [1995] *Revue internationale de droit comparé* 33, 38.

60. Christian ATIAS qualifie l'accession de « [v]éritable attribut supplémentaire du droit de l'article 544 [...] ». (*Droit civil, Les biens*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999,

celui-ci « tous les droits attachés à la qualité de propriétaire » (art. 1200 C.c.Q.). Dans ses commentaires, le ministre de la Justice ajoute que ces droits comprennent ceux prévus au Code, aux articles 947 à 953⁶¹, ce qui inclut l'accession. Il explique, par ailleurs, que l'exercice de ces droits peut être marqué de restrictions, notamment l'impossibilité de détruire le bien, malgré que soit reconnu à l'emphytéote le droit de disposer du bien. La transmission de l'accession à l'emphytéote a pour conséquence que celui-ci devient propriétaire superficiariaire des constructions, ouvrages ou plantations qu'il fait sur l'immeuble. La doctrine québécoise comme la doctrine française avaient déjà reconnu cette hypothèse⁶². S'inscrivant dans cette logique, le législateur a prévu qu'une copropriété divise pouvait être établie sur un immeuble bâti par un emphytéote (art. 1040 C.c.Q.).

35. La jurisprudence n'a pas pour autant avalisé ce raisonnement. Depuis la recodification, la Cour d'appel a eu, en effet, à se prononcer dans une affaire qui portait sur la nature des droits de l'emphytéote sur un immeuble construit par lui. Il s'agissait de déterminer plus précisément si l'acquéreur des droits de l'emphytéote était assujéti au paiement d'un droit de mutation à la suite de l'achat de cet immeuble. La Cour estime que la solution du litige repose sur la nature des droits de l'emphytéote : soit il est propriétaire superficiariaire, soit il est titulaire d'un démembrement de la propriété. La Cour rejette la première hypothèse et estime que la règle de l'accession n'intervient pas pour expliquer le fonctionnement de l'emphytéose :

Durant l'emphytéose, il [l'emphytéote] jouira de l'édifice construit non pas en vertu d'un droit d'accession, mais parce que le contrat d'emphytéose entraîne cette conséquence juridique et intègre cette amélioration dans son bail. Dès la construction de l'immeuble, le bailleur emphytéotique se trouve investi de la propriété résiduelle non seulement du

p. 81); voir aussi : Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 123, et François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439, 446-447.

61. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 30, p. 704.

62. Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Droit civil : Les biens*, par Pierre RAYNAUD, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980, p. 231, par. 175, et F. FRENETTE, *op. cit.*, note 36, p. 198-207.

fonds, mais aussi des améliorations, sous réserve de la propriété temporaire du preneur. Cette propriété devient complète tant à l'égard du fonds que des améliorations à l'expiration de l'emphytéose. Par sa nature même, l'emphytéose ne confère pas au preneur des droits plus étendus sur les améliorations et sur le fonds. L'emphytéote acquiert des droits de même nature, sans qu'il y ait lieu de distinguer.⁶³

36. Cette décision est difficile à comprendre compte tenu de l'économie générale de l'emphytéose et de la propriété superficielle. Ainsi que cela a déjà été mentionné, le législateur a bel et bien tenu pour acquis que l'accession est cédée à l'emphytéote durant l'emphytéose (art. 1200 C.c.Q.). Il s'ensuit que la propriété d'une construction, d'un ouvrage ou d'une plantation fait par l'emphytéote ne peut revenir qu'à celui-ci durant le démembrement. De plus, l'établissement possible d'une copropriété sur un immeuble bâti par l'emphytéote (art. 1040 C.c.Q.) ne peut s'expliquer que par la cession de l'accession à l'emphytéote (art. 1110 C.c.Q.). Il faut aussi ajouter que la cession de l'accession comme mode de constitution d'une propriété superficielle trouve sa meilleure illustration dans l'emphytéose, ainsi que l'a précisé la doctrine : « L'exemple emphytéotique l'illustre d'autant mieux [le procédé] que la simple cession du droit d'accession est pratiquement peu réalisable »⁶⁴. La portée de cet arrêt de la Cour d'appel doit toutefois être nuancée puisque le litige portait sur une matière fiscale et non pas sur une affaire de pur droit civil⁶⁵.

37. En somme, les différents modes d'établissement de la propriété superficielle donnent lieu à diverses interprétations. Les auteurs divergent d'opinion, par exemple, sur la nature et la portée des droits que chacun d'eux confèrent. Pour les uns, une nette distinction est établie entre les trois modes, alors que pour les autres, la différence est plutôt ténue. Les tribunaux, pour leur part, s'efforcent, non sans difficultés, de concilier les actes de la pratique avec les nouvelles dispositions qui leur sont encore peu familières.

63. *H.L.P. c. Beauport (Ville)*, 2000 IIJCan 7614, par. 16 (QC C.A.) (j. LeBel).

64. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 49, p. 704.

65. *H.L.P. c. Beauport (Ville)*, précité, note 63, par. 18.

C. L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE

38. L'existence d'une propriété superficiaire exige qu'il y ait superposition d'immeubles. À la propriété immobilière sur un plan horizontal s'ajoute une propriété qui se situe sur le plan vertical. La superficie constitue l'objet même de cette modalité de la propriété. Pour décrire cet objet et en fixer le moment d'existence, il est essentiel de tenir compte du mode de constitution de la modalité. Il faut donc distinguer, d'une part, les deux modes d'établissement qui reposent sur la règle de l'accession et, d'autre part, l'établissement par division de l'objet du droit de propriété.

39. Lorsque l'existence de la propriété superficiaire est liée à la règle de l'accession, une partie de la doctrine estime qu'il ne suffirait pas qu'il y ait eu cession de l'accession ou renonciation au bénéfice de l'accession pour que la modalité naisse. En effet, ce simple phénomène n'aurait pas pour effet de transférer à un tiers une propriété sur une superficie donnée. Suivant ce raisonnement, il est essentiel à l'existence de la modalité qu'il y ait réalisation d'une construction, d'un ouvrage ou d'une plantation par la personne en faveur de qui la règle de l'accession joue désormais⁶⁶. Le nouvel immeuble constitue l'objet de la propriété superficiaire. À l'inverse, la perte de cet immeuble aurait pour conséquence de mettre fin à la propriété superficiaire puisque l'accession ne pourrait jouer qu'en présence d'un immeuble. La détermination du moment de l'établissement de la modalité ne fait toutefois pas l'unanimité. Ainsi, selon un courant doctrinal, la renonciation au bénéfice de l'accession « équivaut à l'aliénation d'un volume [...] donc à l'établissement d'un droit de propriété distinct de celui du tréfonds »⁶⁷. L'effet serait identique à la division de l'objet du droit de propriété. Par ailleurs, pour qui considère que la propriété superficiaire présente une composante mixte (*supra* : section 3.1), l'absence d'objet — de superficie — ne dépouille pas le cessionnaire de son droit d'usage du tréfonds, qualifié aussi de « droit de superficie »⁶⁸.

66. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 36, p. 8, par. 13; p. 11, par. 22; p. 13, par. 27; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 49, p. 704, et *Grenier Depreist c. Gauvin*, précité, note 51, par. 49.

67. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 37, p. 264, note 14.

68. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 49, p. 704.

40. Le cas de la constitution de la propriété superficière par la division de l'objet du droit de propriété est tout autre. Le propriétaire scinde alors un immeuble existant⁶⁹. Il lui suffit d'identifier clairement, à l'acte constitutif, la partie de l'immeuble qui sera distraite pour constituer la superficie. Il peut s'agir, par exemple, d'un bâtiment — la superficie — que le propriétaire aliène alors qu'il conserve la propriété du reste de l'immeuble — le tréfonds. L'objet d'une telle propriété superficière ne se limite pas à une construction, à un ouvrage ou à une plantation comme dans l'hypothèse précédente, il peut aussi s'agir d'un volume⁷⁰, en d'autres mots d'une strate. Suivant un arrêt de la Cour d'appel, lorsque ce volume est compris dans le sous-sol, il doit être déterminé, soit présenter une étendue spécifique : profondeur, largeur et longueur⁷¹.

41. Une question particulière a attiré l'attention de la doctrine, soit celle de considérer que l'objet de la propriété superficière puisse être établi au-dessus du sol, et ce, en l'absence d'une construction, d'un ouvrage ou d'une plantation. La doctrine française comme la doctrine québécoise ont reconnu la dématérialisation possible de la superficie⁷². Celle-ci correspond alors à un volume d'espace⁷³, en somme un contenant (art. 951, al. 1 C.c.Q.) dans lequel le propriétaire peut faire une construction, un ouvrage ou une plantation (art. 951, al. 2 C.c.Q.). La délimitation de ce volume est nécessaire, de la même manière qu'il l'est lorsqu'il s'agit du sous-sol. Cette dernière hypothèse ne permettrait cependant pas d'affirmer, comme la Cour d'appel l'a fait récemment, qu'il soit possible d'acquérir la propriété superficière d'un « emplacement » sur lequel se trouve un bâtiment⁷⁴. L'objet de la propriété superficière est le

69. 9079-8190 *Québec Inc. c. Bergeron*, précité, note 39, par. 55 (j. Brossard).

70. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 30, p. 656.

71. *Maurice c. Morin*, [1995] R.D.I. 10, 11 (C.A.).

72. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, note 60, p. 283; René SAVATIER, « La propriété de l'espace », *Recueil Dalloz Sirey*, 1965.213 (n° 36), *idem*, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers », *Recueil Dalloz Sirey*, 1976.103 (n° 15); F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 36, p. 7-8, par. 10-12; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 37, p. 260, par. 431; et Sylvio NORMAND, « La propriété spatio-temporelle », (1987) 28 *C. de D.* 261, 319-321.

73. Cette expression me semble plus juste que celle de « cube d'air », utilisée par P. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, note 60, p. 283.

74. 9079-8190 *Québec Inc. c. Bergeron*, précité, note 39, par. 61 (IJCAn) (j. Brossard).

bâtiment lui-même et non pas le point de contact entre la superficie et le tréfonds.

42. La propriété superficiariaire constituée par division de l'objet doit, pour être publiée, donner lieu à une représentation tridimensionnelle sur le cadastre (art. 3030 C.c.Q.). Il ne suffit donc pas de représenter l'objet sur un plan, il faut aussi en donner une représentation en coupe. Une telle représentation est possible et la pratique atteste qu'elle est susceptible de porter non seulement sur des constructions, des ouvrages ou des plantations, mais aussi sur des volumes situés au-dessous ou au-dessus du sol⁷⁵.

43. En somme, la superficie est l'objet de la propriété superficiariaire, il s'agit d'un immeuble situé au-dessus ou au-dessous d'un autre immeuble, soit une construction, un ouvrage, une plantation ou un volume qui occupe un espace déterminé.

D. LA DURÉE DU DROIT

44. La perpétuité a longtemps été présentée comme un caractère essentiel que devait respecter la propriété superficiariaire. Cardinal estimait inacceptable qu'un tel droit puisse être temporaire : « La pierre d'achoppement à éviter, c'est de rendre [...] le droit de superficie temporaire, ce qui est inconciliable avec la notion de propriété qu'il contient »⁷⁶. Afin de contrer cette difficulté, il précisait comment parvenir à accorder un caractère perpétuel à la modalité.

45. Lors de la recodification, le législateur a prévu que la propriété superficiariaire puisse être perpétuelle, mais qu'elle puisse aussi être établie pour un temps (art. 1113 C.c.Q.). Le législateur, pas plus que le ministre de la Justice, n'a apporté de précisions supplémentaires pour clarifier la règle permettant de fixer la durée. Il est revenu à la doctrine d'expliquer que la durée de la modalité est liée à son mode de constitution⁷⁷. La propriété superficiariaire est perpétuelle dans le cas où elle est établie par division de l'objet. Le ministre de la Justice dans ses commentaires précise que « l'objet originaire de la propriété est dès lors divisé de manière permanente »⁷⁸.

75. F. BROCHU, *loc. cit.*, note 54, p. 472-485.

76. J.-G. CARDINAL, *op.cit.*, note 1, p. 110.

77. F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 36, p. 23, par. 56.

78. *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 30, p. 656.

En revanche, la modalité serait temporaire lorsqu'elle est constituée par cession de l'accession ou par renonciation au bénéfice de l'accession. Le caractère temporaire découle, pour la cession, de l'impossibilité de démembrement à perpétuité le droit de propriété de cet attribut et, pour la renonciation, du fait qu'elle résulte d'un droit de nature personnelle. Dans ses commentaires, le ministre rappelle le caractère temporaire de ces deux modes d'établissement⁷⁹.

46. Aussi convaincante que puisse être la démonstration, elle ne fait pas l'unanimité. La jurisprudence, influencée par Cardinal, semble parfois maintenir que la modalité doit être perpétuelle⁸⁰. Par ailleurs, la propriété superficielle constituée par renonciation au bénéfice de l'accession pose un problème particulier. Il va de soi qu'elle est temporaire lorsque la renonciation est liée à un bail (art. 1880 C.c.Q.). En revanche, et la chose est fréquente, les nombreux cas de renonciation tacite au bénéfice de l'accession, sanctionnés par les tribunaux, risquent plutôt d'être qualifiés de perpétuels⁸¹. La durée de la propriété superficielle sera liée à l'existence d'une construction, d'un ouvrage ou d'une plantation. Il y a là une limite importante à la portée de la systématisation.

47. Étant admis que la propriété superficielle puisse être établie pour un temps, il y a lieu de se demander s'il est adéquat de qualifier cette situation de « propriété temporaire ». Ainsi, la propriété superficielle établie à la suite de l'édification d'un immeuble par l'emphytéote est souvent présentée comme constituant une propriété d'une durée temporaire. Dans ses commentaires, à son projet de chapitre portant sur l'emphytéose, l'Office de révision du Code civil avait précisé que « l'emphytéote a un droit de propriété temporaire »⁸². Il s'agirait, en somme, d'une propriété *ad tempus*. Le même raisonnement vaudrait pour la propriété superficielle constituée par cession de l'accession ou par renonciation au bénéfice de

79. *Ibid.*

80. *Herrmann-Busson c. Québec (Procureur général)*, précité, note 37, par. 67.

81. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 49, p. 706; *Morin c. Grégoire*, précité, note 33, p. 381, et *Lebeuf c. Douville*, (1969) 10 C. de D. 563, 567 (C.S.).

82. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 424.

l'accession (art. 1110 C.c.Q.). Dans l'un et l'autre cas, la propriété superficiaire est, en effet, par essence temporaire.

48. Cette analyse ne tient pas compte du fait que nous sommes devant un cas de modalité de la propriété. Il faut, en effet, prendre acte que la modalité — cette manière d'être que prend parfois la propriété — peut être temporaire. Une fois que prend fin la modalité, ce n'est pas la propriété qui s'est éteinte, c'est plutôt la modalité — que l'on doit considérer comme une parenthèse — qui a pris fin⁸³. À titre d'exemple, revenons à la propriété superficiaire constituée durant l'emphytéose. Lorsque l'emphytéote ajoute une construction, un ouvrage ou une plantation sur l'immeuble, cette amélioration devient sa propriété exclusive; elle n'est pas celle du propriétaire durant le démembrement. Au terme de l'emphytéose, la modalité prend fin et le propriétaire recueille les améliorations parce que l'accession, passée à l'emphytéote, revient au propriétaire avec les autres attributs de la propriété. La théorie de la modalité temporaire a été reprise par la Cour d'appel qui, s'appuyant sur la doctrine, l'a fait sienne dans un certain nombre de décisions, tout en rappelant le caractère perpétuel du droit de propriété⁸⁴.

CONCLUSION

49. La recodification amène la reconnaissance législative claire de la propriété superficiaire. Le législateur profite de cette intégration au Code pour résoudre certains problèmes soulevés par l'institution dans ses rapports avec la propriété, la copropriété divise et l'emphytéose. Une terminologie nouvelle voit le jour avec l'introduction de concepts intégrés dans le Code. La qualification retenue pour la nouvelle institution — soit le rattachement à la catégorie des modalités — permet une systématisation compatible, pour l'essentiel, avec l'aménagement traditionnel du droit des biens. Il demeure que la reconnaissance législative de la propriété superficiaire et

83. Sur cette distinction, voir : F. FRENETTE, *op cit.*, note 36, p. 223, et F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 55, p. 151-153.

84. *Placements André Turgeon Inc. c. Longueuil (Ville de)*, 2003 IIJCan 47937, par. 31-34 (QC C.A.) (j. Otis et Rochette); *Domaine de l'Anse de Val-Jalbert Inc. c. Morin*, 2003 IIJCan 34349, par. 19 (QC C.A.) (j. Rochette).

l'introduction de la notion de modalité de la propriété confèrent davantage de souplesse à la propriété.

50. La réception des nouvelles dispositions qui portent sur la propriété superficielle a parfois été réservée, sinon marquée par l'incompréhension. L'abstraction de la réforme, la rigueur des concepts et un certain laxisme de la pratique antérieure à la recodification ont freiné l'acceptation de certains éléments de cette réforme. Il demeure que plusieurs jugements récents, notamment rendus par la Cour d'appel, laissent voir une meilleure familiarité avec les éléments les plus novateurs de cette réforme. Il y a lieu de croire également qu'avec les années, la rédaction des actes juridiques tiendra davantage compte des exigences de la loi, ce qui facilitera d'autant l'enracinement de ces modifications.

Sylvio Normand
Faculté de droit
Pavillon Charles-De-Koninck, local 7133
Université Laval
Québec (Québec) G1K 7P4
Tél. : 418 656-2131, poste 8833
Télec. : 418 656-7714
sylvio.normand@fd.ulaval.ca.

Note de l'auteur : L'auteur remercie M. Matthieu Juneau qui, en tant qu'auxiliaire de recherche, a effectué une partie de la recherche documentaire à la base de cet article.