

Les Cahiers de droit



De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute

François Frenette

Volume 18, numéro 2-3, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042175ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042175ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

Restrictions upon the emphyteutic holder's rights that are contrary to article 569 C.c. are sufficient justification for depriving a transaction of its emphyteutic character. However it is erroneous, upon rendering such a decision, to pretend that emphyteusis carries with it alienation of property and that a contract so qualified by parties must be considered as an ordinary lease if any doubts arise as to the real nature of the agreement.

Citer cet article

Frenette, F. (1977). De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute. *Les Cahiers de droit*, 18(2-3), 557-565.
<https://doi.org/10.7202/042175ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1977

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Chronique de jurisprudence

De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute

François Frenette*

*Weissbourd et al. v. The Protestant
School Board of Greater Montreal et
al.*, (1977) 18 C. de D. 191

Restrictions upon the emphyteutic holder's rights that are contrary to article 569 C.c. are sufficient justification for depriving a transaction of its emphyteutic character. However it is erroneous, upon rendering such a decision, to pretend that emphyteusis carries with it alienation of property and that a contract so qualified by parties must be considered as an ordinary lease if any doubts arise as to the real nature of the agreement.

Rareté des arrêts rendus en la matière, intérêt de la principale question de droit soulevée, importance des capitaux en jeu; voilà déjà trois bonnes raisons de commenter une décision qui, du fait de son incidence probable sur le marché de l'exploitation profitable des immeubles a d'abord été portée à l'attention du milieu des affaires et de la finance¹. A des raisons aussi conventionnelles que bonnes, rien n'interdit d'ajouter, si besoin était, que le jugement considéré donne à réfléchir sur ce mot de Joseph de Maistre : « Les fausses opinions ressemblent à la fausse monnaie qui est frappée d'abord par de grands coupables et dépensée ensuite par d'honnêtes gens qui perpétuent le crime sans savoir ce qu'ils font ».

Durant les années soixante, Quebec Home and Mortgage Corporation céda par « bail emphytéotique » à Metropolitan Structures Ltd des immeubles situés à l'Ile des Soeurs, en la division d'enregistrement de Montréal. Cette dernière transféra subséquemment tous ses droits à Nun's Island Real Estate Company qui en vint à consentir une série de « sous-baux emphytéotiques » à un certain nombre de sociétés civiles composées des appelants. En 1972, la mise en cause, Cité de Verdun, donna suite aux résolutions adoptées par les intimés, la Commission des Écoles Catholiques de Montréal (C.E.C.M.) et le Bureau Métropolitain des

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. *Financial Post* du 8 janvier 1977, rubrique « Property & Real Estate ».

Écoles Protestantes de Montréal (B.M.E.P.M.), en *corrigeant* son rôle de perception pour les années scolaires 1968 à 1972 de manière à ce que les immeubles détenus par les appelants soient inscrits, non pas sur la liste des « neutres-individus », mais plutôt sur celles des « neutres-corporations ». Le changement de liste modifia automatiquement le taux de cotisation applicable, taux qui, étant plus élevé, imposa en définitive une augmentation de taxe assez importante.

Weissbourd et al. logèrent d'abord un appel en Cour provinciale à l'encontre desdites résolutions adoptées, demandant qu'elles soient déclarées irrégulières, illégales et nulles. La C.E.C.M. et le B.M.E.P.M. rétorquèrent en soutenant, entre autres choses, que le contrat consenti par Quebec Home and Mortgage Corporation était, non point un « bail emphytéotique », mais seulement un bail ordinaire. Les appelants présentèrent alors une requête en évocation de la cause à la Cour supérieure fondée sur les articles 32 et 155 du Code de procédure civile. Voie de droit fut accordée à la requête au motif que la contestation des intimés soulevait une question ayant trait à des droits immobiliers². Les parties firent par après un bref échange de papiers timbrés et la Cour supérieure fut éventuellement saisie de tout le litige.

Désigné pour présider le tribunal, l'honorable juge René Duranleau commença par décider que la Cour avait juridiction pour entendre et trancher tous les points débattus au dossier, que les résolutions des intimés étaient bien fondées en droit et en fait et, enfin, que l'inscription aux rôles d'évaluation et de perception du nom des appelants, plutôt que celui des sociétés civiles les regroupant, n'était pas erronée; le tout, sur la base de considérants qu'il ne sied pas de rappeler dans le cadre du présent commentaire. Ces questions liquidées, le savant juge s'attaque ensuite au problème de la nature juridique du contrat intervenu entre Quebec Home and Mortgage Company et Metropolitan Structures Ltd, contrat que ces parties avaient dénommé « bail emphytéotique ». Un examen attentif des termes et conditions de l'acte lui permit de relever de nombreuses restrictions imposées aux droits de l'emphytéote, restrictions qu'il jugea contraires à l'article 569 C.c. Or, à son avis, les mots « l'emphytéose emporte aliénation » réfèrent à « la première et la plus essentielle » des conditions en la matière³. Cette « aliénation de la propriété louée » doit même être « complète » et « se dégager clairement de l'ensemble des clauses du bail »⁴. En cas de doute enfin, l'emphytéose, qui est « un contrat

2. *Weissbourd et al. v. The Protestant School Board of Greater Montreal et al.*, [1975] C.S. 371.

3. (1977) 18 C. de D. p. 192.

4. *Ibid.*

d'exception », doit s'interpréter « comme étant un bail ordinaire »⁵. Par tant, face à un contrat où les limitations aux prérogatives essentielles de l'emphytéote dénotaient absence « d'aliénation complète » et faisaient ainsi naître un doute sur l'opportunité de sa dénomination originaire, le juge en vint naturellement à la conclusion qu'il s'agissait en l'espèce d'un simple « bail ordinaire »⁶. Au résultat, la Cour a donc maintenu la contestation des intimés et rejeté tant l'avis d'appel que les requêtes pour évocation des appelants, exception faite de l'évocation elle-même déjà accordée.

Le président du tribunal a répondu à bon droit par la négative en affirmant que l'entente conclue entre Quebec Home and Mortgage Company et Metropolitan Structures Ltd n'était pas un contrat d'emphytéose. L'arrêt rendu n'échappe cependant pas à la critique parce que, comme tant d'autres l'ayant précédé, il sert de véhicule pour la transmission d'idées complètement fausses; savoir, d'une part, que l'emphytéose emporterait aliénation de *propriété* et, d'autre part, que tout *doute* sur la nature d'une transaction libellée d'emphytéotique par les parties devrait être résolu en faveur du louage ordinaire.

L'article 569 C.c. mentionne bien que « l'emphytéose emporte aliénation ». Il n'y est cependant *pas dit que l'emphytéose emporte aliénation de propriété*. À défaut d'avoir été employé, le mot *propriété* ne doit-il pas néanmoins se sous-entendre ? Absolument pas. Comment expliquer alors les opinions favorables à l'ajout de ce terme et que signifie au juste l'expression « l'emphytéose emporte aliénation » ?

Prétendre que l'emphytéose emporte *aliénation de propriété* peut en l'occurrence sembler normal et logique. En définissant l'emphytéose et en précisant l'étendue des droits de l'emphytéote, le législateur s'est en effet servi de mots habituellement associés à un transfert de propriété⁷. L'impact de tels mots sur l'esprit d'un lecteur est d'autant plus grand d'ailleurs qu'ils sont utilisés en rapport, non pas avec des droits sur un immeuble, mais bien avec l'immeuble lui-même⁸; ce qui a pour résultat de transposer en matière d'emphytéose la confusion traditionnellement faite entre le droit de propriété et son objet. En tenant compte aussi de l'influence certaine du membre de phrase « jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire », il paraît finalement aller de soi que le terme

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

7. « cède » (567 C.c.); « aliénation » (569 C.c.); « aliéner, transporter et hypothéquer » (570 C.c.).

8. « le propriétaire d'un immeuble le cède » (567 C.c.); « aliéner, transporter et hypothéquer l'immeuble » (570 C.c.).

propriété doit se lire là où il ne se trouve pourtant pas au texte de l'article 569 C.c.

Imaginée pour mieux comprendre ce que certains ont omis d'expliquer en prenant position par voie de simples énonciations⁹, cette façon de percevoir et de présenter les choses a le triste désavantage d'être nettement contraire à la réalité. Et la réalité est que le maître conserve la propriété du bien immobilier sur lequel il concède un droit d'emphytéose. À preuve, l'article 2203 C.c. spécifiant que l'emphytéote détient « précairement la chose du propriétaire ». À preuve encore, cette remarque extrêmement pertinente des codificateurs de nos lois à l'effet que l'emphytéose est « un *démembrement* du droit de propriété, autant et plus que l'usufruit »¹⁰. À preuve toujours, le fait que nul n'ait encore soutenu avec force détails en droit québécois, même ceux ayant affirmé que l'emphytéose emportait aliénation de propriété, que l'emphytéote était le propriétaire de l'immeuble détenu; ce qui aurait d'ailleurs été contraire au principe de la perpétuité du droit de propriété. À preuve enfin, la surabondance d'arrêts et d'opinions doctrinales spécifiant de façon implicite ou explicite que l'emphytéote détient uniquement une *sorte*, *espèce*, ou *genre* de propriété particulière, longtemps et souvent qualifiée de *domaine utile* et mieux définie comme un droit réel de jouissance sur le bien d'autrui; bref, un *démembrement* de la propriété¹¹.

9. *Fraser v. Brunette*, (1887) 19 R.L. 305, pp. 308-310; *La Compagnie du Grand Télégraphe du Nord-Ouest du Canada v. La Compagnie du Télégraphe de Montréal*, (1889) 17 R.L. 203, p. 205; *Coffin v. Quinn et al.*, (1891) 14 L.N. 306, p. 307; *Larue v. Bellerive et al.*, (1891) 17 Q.L.R. 154, p. 157; *The Montreal Harbour Commissioners v. The Record Foundry & Machine Company et al.*, (1909) 38 C.S. 161, p. 171; *Lampson v. City of Quebec*, (1920) 54 D.L.R. 344, p. 349; *Fraser v. The Rivière-du-Loup Pulp Co. Ltd et al.*, (1922) 32 B.R. 541, pp. 545, 565; *D'Amours v. Sirois et al.*, (1935) 41 R. de J. 224, pp. 232-234; *Gauthier v. B. & M. Fortin Inc.*, [1971] C.A. 11, p. 13; P. CIOTOLA, « Chronique de Jurisprudence », (1972) 7 R.J.T. 593, pp. 593-595.

10. *Rapport des commissaires*, 3^{ème}, pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 362.

11. Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé au Québec où le qualificatif de la double propriété ou de l'aliénation d'un domaine de propriété spécial fut seul employé : J. Edmond Roy, « Le droit de superficie », (1900-1901) 3 R. du N. 51, p. 52; L.P. SIROIS, « Droit de coupe de bois — Superficie », (1902-1903) 5 R. du N. 98, p. 99; Laurent LESAGE, « La radiation et son extension », (1931-1932) 34 R. du N. 163, p. 175; *Blanchet v. Le séminaire de Québec*, (1865) 15 L.C.R. 104; *Précourt v. Vidal*, (1869) 1 R.L. 42; *Dingwell v. Delaney et al.*, (1896) 2 R. de J. 429; *Henault v. Gervais*, (1906) 12 R. de J. 229; *Larue v. The Chateau Frontenac Co.*, (1912) 41 C.S. 193; *Thibault v. Pelletier*, [1949] C.S. 467; *Duskes v. Concreters Ready Mix Ltd et al.*, [1970] C.A. 922; *Monrad Limited v. Francon Limitée et al.*, [1972] C.S. 518.

Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé au Québec où les qualificatifs de la double propriété et du *démembrement* de la propriété furent employés simultanément : Louis-A. JETTÉ, « De l'emphytéose », (1933-1934) 12 R. du D. 91,

Ce qu'il faut donc entendre et sous-entendre par et à la lecture des mots « l'emphytéose emporte aliénation », c'est l'aliénation d'un domaine de propriété bien spécial, généralement dit *domaine de propriété utile*. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir les œuvres des auteurs consultés par nos codificateurs, auteurs pour qui l'emphytéose opérait une décomposition du domaine en domaine direct et utile¹². Il devient alors vite évident que le vocabulaire de ces doctes juristes d'une époque révolue a largement déteint sur le texte du Rapport des codificateurs et, partant, sur celui de nos articles de loi en la matière. À titre d'exemple, les Commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada ont affirmé, en regard des articles 569, 575, 576 et 577 C.c., que le « preneur devient propriétaire »¹³ et que c'est « une des conséquences de ce que l'emphytéote est propriétaire » qu'il doit supporter toutes les pertes sur-

-
- pp. 91, 93, 95-98; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, T. II, Montréal, C. Théoret, 1897, pp. 183, 185, 191-192, 194-196; François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, T. II, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, pp. 316-319; Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 462; André MONTPETIT et Guy TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, T. III, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, pp. 502, 511, 525; Camille CHARRON, « Le bail emphytéotique », *Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires du Québec*, Montréal, 1969, p. 14; Paul MARTEL, « Le placement hybride », (1968-1969) 71 *R. du N.* 532, pp. 537, 541, 543; Maurice M. GOULET, « Copropriété née d'emphytéote ? », (1972) *R. du B.* 491, pp. 492-494; *Ex parte Harvey*, (1885) 5 L.C.R. 378; *Cossit et al. v. Lemieux et al.*, (1881) 25 L.C.J. 317; *Lampson et al. v. Bélanger*, (1895) 7 C.S. 162. Opinions et décisions depuis l'abolition du domaine divisé au Québec où l'on s'en est tenu surtout au qualificatif de démembrement du droit de propriété : William de Montmollin MARLER, *The law of real property*, Toronto, Burroughs and Co. (Eastern) Ltd, 1932, pp. 135, 138; N.L. RAPPAPORT, « Emphyteutic lease », (1963) 23 *R. du B.* 265, pp. 269-270; Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, pp. 112, 176-177; Louis PERRET, « Chronique de droit de propriété et des droits réels », (1971) 2 *R.G.D.* 85, pp. 108-109; *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Young*, (1883) 9 *Q.L.R.* 317; *La corporation de la paroisse de St-Judes v. Bergeron*, (1924) 30 *R. de J.* 97; *Montreal Light, Heat and Power Consolidated et al. v. City of Outremont*, (1930) 49 B.R. 456; *Paradis v. Lavoie*, (1935) 58 B.R. 139; *No. 229 v. M.R.N.*, [1955] D.T.C. 63; *Cohen et al. v. M.R.N.*, [1967] D.T.C. 5175; *Rosenstone v. M.R.N.*, [1971] D.T.C. 688; *Befega Inc. v. M.R.N.*, [1972] D.T.C. 6170; *Feigelson et al. v. The Crown*, [1973] D.T.C. 5056.
12. J. DOMAT, *Oeuvres complètes*, Édition Joseph Remy, T. I, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 222; GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T. VI, Paris, Visse, 1784, pp. 680-681; ARGOU, *Institution au droit français*, 11^e éd., T. II, Paris, Mequignon, 1787, p. 301; Claude-Joseph DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, T. I, Paris, Théodore LeGras, 1755, p. 825; SEBIRE et CARTERET, *Encyclopédie du droit*, T. II, Paris, Coulon et Cie, 1839, pp. 451-452; PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. I, Bruxelles, H. Tarlier, 1833, pp. 40-41; TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code — De l'échange et du louage*, 3^e éd., T. I, Paris, Charles Hingray, 1859, pp. 156-162.
13. 3^{ème} *Rapport des commissaires* . . . , p. 408.

venant à la chose »¹⁴, « c'est encore comme propriétaire, poursuivent-ils, que l'emphytéote est tenu d'acquitter tous les droits réels et fonciers dont l'héritage est chargé, et d'y faire toutes les réparations nécessaires, petites ou grosses »¹⁵. Le sens exact de leurs propos est toutefois des plus clair lorsqu'ils notent, en commentant les différents modes d'extinction du droit d'emphytéose, que le troisième paragraphe de l'article 579 C.c. « est fondé sur la justice et le bon sens qui veulent que dans ce cas (perte totale de l'héritage) le propriétaire *perde son domaine direct* et les droits en résultant de même que le premier (l'emphytéote) *perd son domaine utile* et les avantages qui en découlent »¹⁶. En conséquence de tout ce qui précède sur cette question, il suit de façon on ne peut plus certaine que *l'emphytéose n'emporte point aliénation de propriété au sens strict du terme*, que *l'emphytéose s'analyse uniquement en un démembrement du droit de propriété*.

Révélatrices de la nature du droit d'emphytéose, les expressions « domaine utile » et « démembrements de la propriété » ne nous fournissent toutefois aucune indication sur l'étendue des droits de l'emphytéote. En effet, ces expressions réfèrent tout au plus à des manières d'être de la propriété dont l'importance peut être variable d'ailleurs. Que faire alors ? S'en rapporter tout simplement aux termes du même article 569 C.c. précisant que, pour un temps, l'emphytéote « jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire » ; ce qui, « *difference slight in fact, but clear in law* »¹⁸, ne signifie pas être propriétaire en titre. Tel est en réalité le seul indice fourni par le législateur pour nous permettre de fixer l'étendue des droits de l'emphytéote. Quant à l'article 570 C.c., il rappelle simplement, puisque l'emphytéose n'emporte pas vraiment aliénation de propriété, que le « caractère de cessibilité est commun en principe à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exceptions »¹⁸.

Ne tirant point profit des mots « jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire » pour déduire le détail des prérogatives de l'emphytéote^{18a}, mais cherchant plutôt à atténuer la portée de l'adjectif

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. *Id.* p. 410. Les parenthèses sont de l'auteur des présentes.

17. Selon l'expression de Lord Dunedin, dans *City of Montreal v. Watt and Scott Ltd*, (1922) 2 A.C. 555.

18. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., T. I, Paris, Cotillon, 1904, p. 749, note 1.

18a. Pour le détail des prérogatives de l'employeur, voir F. FRETTE, *L'institution d'emphytéose*, thèse, Ottawa, 1976.

indéfini « tous » employé à l'article 569 C.c.¹⁹, nos juges et nos auteurs ont, sans jamais y voir de contradiction, toujours préféré faire appel aux termes « aliénation » et « aliéner » utilisés aux articles 569 et 570 C.c. pour soutenir que l'emphytéose ne pouvait souffrir de limitations contraires au principe inhérent à celui contenu en ces dispositions²⁰. L'interdiction partielle ou totale de « sous-louer » serait même particulièrement contraire à ce principe. Visant pareille restriction au droit de l'emphytéote dans le contrat examiné, le juge Duranleau décida donc, en conformité avec la doctrine et la jurisprudence établies sur ce point²¹, qu'il n'y avait pas emphytéose en l'espèce. Il n'est pas certain pour autant que toutes les restrictions relevées à l'entente par le savant magistrat méritaient d'être également jugées contraires à ladite règle de « l'aliénation complète »²². Comme l'analyse détaillée des clauses pertinentes nécessiterait des développements hors de proportion avec celui qui sied au commentaire d'arrêt²³, nous nous en tiendrons cependant à un autre aspect non moins essentiel et critiquable de la décision, savoir : que le doute transformerait l'emphytéose, considérée comme contrat d'exception, en un bail ordinaire.

L'emphytéose n'est pas un bail, ni un contrat d'exception. Partant, il ne suit pas que la transaction ne méritant pas d'être ainsi qualifiée s'analyse automatiquement en simple contrat de louage de choses. En décider au-

19. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, pp. 193-194; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 511; L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 462; W. de M. MARLER, *op. cit.*, pp. 135, 138; L.-A. JETTÉ, *op. cit.*, p. 99; N. L. RAPPAPORT, *op. cit.*, pp. 269-270; C. CHARRON, *op. cit.*, pp. 14-16, 20; P. MARTEL, *op. cit.*, pp. 537-538; *Cossit et al. v. Lemieux et al.*, précité, p. 323; *Cohen et al. v. M.R.N.*, précité, p. 5179; *No 229 v. M.R.N.*, précité, p. 67.

20. *Larue v. Bellerive et al.*, précité, p. 157; *Larue v. The Chateau Frontenac Co.*, précité, pp. 200-201; *D'Amours v. Sirois et al.*, précité, p. 254; *Cournor Mining Co. Ltd v. Perron Gold Mines Ltd et al.*, [1952] R.L. 149, pp. 153-154; *No 229 v. M.R.N.*, précité, p. 67; *Rosenstone v. M.R.N.*, précité, p. 694; *Befega Inc. v. M.R.N.*, précité, p. 6173; *St-Lawrence Warehouse Inc. v. C.N.R.*, [1973] C.A. 221, pp. 223-225; W. de M. MARLER, *op. cit.*, pp. 135-136; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 515; N. L. RAPPAPORT, *op. cit.*, p. 270; C. CHARRON, *op. cit.*, p. 16. *Contra* : *Coffin v. Quinn et al.*, précité, p. 307; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, pp. 198, 200.

21. *Supra*, note 20.

22. Furent jugées contraires au principe de « l'aliénation complète », les clauses ayant trait à la cession du droit, au canon emphytéotique, à l'hypothèse de la contestation des taxes, au droit de libre accès du propriétaire sur les lieux pour inspection, au contrôle du développement des améliorations, aux assurances, au droit d'hypothéquer de l'emphytéote et, enfin, au partage de l'indemnité d'expropriation.

23. Pour solutionner ce problème il faut, d'une part, distinguer entre restriction à l'exercice du droit et absence de droit de l'emphytéote et, d'autre part, reconnaître que le propriétaire a droit à certaines mesures conservatoires pour assurer la protection de sa propriété et veiller à l'exécution des obligations de l'emphytéote.

trement, c'est cultiver le paradoxe en étant victime du trop grand pouvoir évocateur de certains mots.

L'emphytéose étant un droit réel de jouissance sur l'immeuble d'autrui, il peut sembler inutile, voir ridicule, de vouloir *aussi* établir qu'il n'y a pas louage en l'espèce. En réalité, il s'agit moins de démontrer absence d'amodiation au fond, que d'attirer ici l'attention sur l'influence pernicieuse et persistante d'une forme donnée et du vocabulaire requis pour y prêter vie.

Un droit se définit par son contenu et non par ses conditions d'établissement. Or le Code, loin de définir le droit d'emphytéose à l'article 567 C.c., précise plutôt les conditions du type de contrat qui *d'antan* pouvait donner naissance à ce droit. Ce contrat n'est autre que le bail, susceptible dans l'ancien droit²⁴, contrairement à aujourd'hui²⁵, de véhiculer des droits réels. Bref, en confondant droit d'emphytéose et la convention y donnant *autrefois* naissance, le législateur nous impose un cadre et des mots qui sont aussi inappropriés que trompeurs; inappropriés parce que le louage ne crée pas de droit réel en faveur du preneur, trompeurs parce que le recours suggéré aux formules et à la phraséologie usitées en matière de louage empêchera souvent le juge de saisir la *réalité* du droit plus ou moins bien finement couché sur le papier constatant la transaction. Il n'est donc point malaisé de prévoir que le tribunal saisi du litige sera plus souvent qu'autrement victime du pouvoir évocateur des mots *bail*, *preneur* et *bailleur*, et refusera la qualification emphytéotique à toute entente ne contenant pas en termes exprès l'énumération de tous les éléments *dits* essentiels à l'institution²⁶. Trancher en faveur de l'amodiation ordinaire semblera même assez normal puisque rien n'interdit de faire au locataire un sort semblable à celui de l'emphytéote²⁷. Tout cela est d'autant plus injuste et absurde qu'*absence de la qualité emphytéotique ne signifie pas forcément absence d'un droit réel de jouissance innommé*²⁸. Le

24. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé — Les Biens*, Paris, P.U.F. 1961, pp. 149-155, 395-399.

25. *Desjardins v. Gravel*, (1881) 25 L.C.J. 105; *McLaren et al. v. Kirkwood*, (1881) 25 L.C.J., 107; *Gilbert v. Girard*, (1902) 8 R. de J. 294; *Nassif v. Bisson*, (1931) 51 B.R. 118; *Desrosiers v. Belliveau et al.*, (1936) 60 B.R. 482; *Pépin v. Racine et al.*, [1972] R.P. 29.

26. On les tient généralement pour être au nombre de quatre : cession d'un droit réel immobilier; obligation d'améliorer; durée de plus de 9 ans et paiement d'une redevance annuelle.

27. À l'exception de la cession d'un droit réel, évidemment. Voir : *La Compagnie du Grand Télégraphe du Nord-Ouest du Canada v. La Compagnie du Télégraphe de Montréal*, précité; *Fraser et al. v. The Riviere-du-Loup Pulp Co. Ltd et al.*, précité.

28. À l'effet que les démembrements de la propriété ne sont pas limités aux hypothèses expressément envisagées par le législateur : W. De M. MARLER, *op. cit.*, p. 498; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 101.

pseudo-emphytéote pourrait en effet disposer de pouvoirs qui, sans être ceux de l'usufruitier ou de l'usager, seraient nettement exorbitants du cadre étroit de la relation personnelle existant entre un bailleur et un preneur. Pour le découvrir, il faut évidemment aller au-delà des apparences.

Présentée et considérée comme une variante du bail, l'emphytéose devient alors forcément un contrat d'exception. Si variante il y a cependant, elle est de mot et de forme uniquement puisque les droits de l'emphytéote et du locataire ne participent pas de la même nature.

La règle commandant d'envisager l'emphytéose comme contrat d'exception est fort ancienne. Elle date du moyen-âge et trouve son explication dans le fait que le mot emphytéose était devenu équivoque et ne suffisait plus à lui seul pour faire appliquer les principes du droit romain. Et le mot était devenu équivoque, comme l'explique si bien Troplong, parce que « cette langue barbare, qui mutilait les mots et pliait leur sens légitime à des déviations irrégulières, appelait du nom d'emphytéose toutes les concessions quelconques dans lesquelles elle apercevait la réserve de la directe moyennant des redevances annuelles »²⁹. Or, comme l'expression référait à l'époque davantage au bail à cens et comme ce bail à cens était moins sévère dans ses effets, Dumoulin, selon la version donnée par Troplong, aurait alors émis l'opinion que *l'emphytéose véritable*, étant devenue d'exception, ne devait par conséquent jamais se présumer en cas de doute³⁰. La règle fut par après suivie et appliquée dans l'interprétation des différents baux emportant aliénation du domaine utile. Ces temps et le droit qui existait et s'appliquait alors, sont toutefois passés. Il ne peut donc être désormais question d'utiliser cette ancienne règle d'interprétation en prétendant que bail et emphytéose sont deux espèces d'un même genre. Partant, il devient erroné de prétendre aujourd'hui que l'emphytéose s'analyse obligatoirement en un simple louage de choses s'il y a doute.

L'emphytéose n'emportant point aliénation de propriété et n'étant pas davantage un bail ou un contrat d'exception, il faudrait donc à l'avenir, nonobstant l'existence de nombreux et fâcheux précédents, que les jugements rendus cessent de ressembler à la fausse monnaie d'abord frappée par de grands coupables et dépensée ensuite par d'honnêtes gens qui . . .

29. TROPLONG, *op. cit.*, p. 128.

30. *Id.*, pp. 124-125, 128-130. Règle suivie dans et par : *Cournor Mining Co. Ltd v. Perron Gold Mines Ltd et al.*, précité; *D'Amours v. Sirois et al.*, précité; *Fraser et al. v. The Riviere-du-Loup Pulp Co. Ltd et al.*, précité; *Lapointe v. Crevier*, (1907) 13 R. de J. 71; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, p. 504.