

# Le droit de passage et la servitude

## Table des matières

1. Introduction : Les conditions de la reconnaissance d'un droit de passage
2. Lexique
3. La servitude
4. La servitude judiciaire
5. La circulation sur un autre lot
6. La prescription
7. Le lot enclavé
- 7.1 Interprétations de la cause de Whitworth c. Martin
8. La notion d'enclave physique
9. La notion d'enclave économique
10. La notion de dépenses hors de proportion par rapport à la valeur du fonds
11. Situations où le comportement du propriétaire du fonds dominant a fait en sorte que le tribunal a refusé de reconnaître une enclave
- 11.1 La vente d'une partie de terrain par le propriétaire du fonds dominant
- 11.2 Les agissements du propriétaire du fonds dominant
12. La notion d'indemnité
- 12.1 L'indemnité doit être proportionnelle au préjudice causé au fonds servant
- 12.2 Les principes d'indemnisation
13. Le remboursement des honoraires extrajudiciaires
- 13.1 L'abus de droit sur le fond du litige

## 13.2 L'abus du droit d'ester en justice

### Le droit de passage et la servitude

par

Pierre Robert, avocat<sup>1</sup>

#### 1. Introduction : Les conditions de la reconnaissance d'un droit de passage

Nous allons examiner les conditions de la reconnaissance d'un droit de passage en regard de la création d'une servitude et particulièrement la situation où la servitude est créée par l'effet de la loi.

Effectuons en premier lieu un survol des principes régissant la reconnaissance d'un droit de passage.

Il doit exister des conditions spécifiques justifiant la création d'une servitude de passage et la circulation sur un autre lot même pendant une longue période de temps n'implique pas la création d'une servitude légale.

Le seul fait de la circulation sur un autre lot même pendant une longue période de temps sera interprété par le tribunal comme étant un accommodement par tolérance de passage.

Le facteur déterminant est la situation d'enclave d'un lot vis-à-vis un autre lot, qu'elle soit de nature physique ou économique. La situation d'enclave constitue une condition essentielle à la création d'une telle servitude.

D'autre part, une fois la situation d'enclave établie à la satisfaction du tribunal, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice pourront être déterminés selon le passage le plus approprié, dont celui utilisé par le propriétaire du lot réclamant la servitude. Cette utilisation sera sujette à une acquisition par prescription.

---

<sup>1</sup> Pierre Robert, est avocat en pratique privée et membre du Barreau du Québec depuis 1981, médiateur en matières familiales depuis 1994 et médiateur en matières civiles et commerciales depuis 1995. Le présent article ne constitue pas une opinion juridique. Il vise à communiquer une information précise sur le sujet concerné en regard des dispositions législatives et de la jurisprudence en vigueur au moment de la publication. Les opinions exprimées ne lient que son auteur. Site: <http://www.pierreroberet.ca>

L'auteur tient à remercier Me Pierre Chagnon, avocat, Ad.E., et Bâtonnier, pour sa précieuse collaboration et ses judicieux conseils relativement à la publication du présent article

Il n'en demeure pas moins que l'assiette de la servitude devra être le moins dommageable possible pour le propriétaire du lot accordant la servitude.<sup>2</sup>

Également, une fois que la situation d'enclave sera reconnue par le tribunal, il faudra déterminer la manière dont le tribunal fixe l'indemnité payable au propriétaire du lot accordant la servitude.

La notion d'enclave physique repose sur un principe relativement simple : le fonds est enclavé physiquement, lorsqu'il n'a pas d'issue à la voie publique.

La notion d'enclave économique est sujette à des principes faisant l'objet d'une jurisprudence plus abondante, le fonds est enclavé économiquement, lorsque l'issue à la voie publique est insuffisante, difficile ou impraticable.

Par ailleurs, il existe deux exceptions principales à la reconnaissance d'une situation d'enclave économique.

En premier lieu, le terrain ne sera pas dans une situation d'enclave économique s'il bénéficie d'une issue suffisante, praticable et facile pour avoir un accès à la voie publique et que le coût des travaux d'aménagement d'une telle issue n'est pas hors de proportion avec la valeur du fonds dominant.

La jurisprudence considère raisonnable le coût de construction d'une issue à la voie publique se situant entre 10 % et 15 % de la valeur de l'immeuble.

En second lieu, si le propriétaire du lot réclamant une telle servitude s'est placé lui-même en situation d'enclave, il ne pourra demander un droit de passage par la suite. Une telle situation peut résulter par la vente d'une partie de sa propriété ou du morcellement de son terrain qui fait en sorte qu'il n'a plus d'accès à la voie publique.

D'autre part, si le propriétaire du lot réclamant une telle servitude a agi sans prudence, sans clairvoyance, en construisant des bâtiments sans d'abord planifier un accès convenable à sa propriété, profitant de la tolérance des voisins, mais sachant que ces derniers refusaient de lui accorder une servitude, il ne pourra demander un droit de passage par la suite.

Maintenant, examinons chacun des éléments plus en détail.

---

<sup>2</sup> Article 1186 et suivants du Code civil du Québec

## 2. Lexique

En premier lieu, la jurisprudence utilise un vocabulaire datant souvent de l'ancien Code civil du Québec.<sup>3</sup> Le fonds dominant<sup>4</sup> est le lot réclamant la servitude de passage. Il s'agit du lot enclavé.

En second lieu, le fonds dominé est celui qui doit accorder la servitude de passage au lot dominant à la suite de l'enclave. Le fonds dominé est maintenant désigné sous le vocable fonds servant<sup>5</sup>.

## 3. La servitude est une charge imposée sur un immeuble<sup>6</sup> et regroupe plusieurs genres, telle que la servitude de vue et de passage à titre d'exemple.

Le droit de passage s'établit légalement par la création d'une servitude. Une servitude ne s'établit que par contrat, testament, destination du propriétaire ou par la loi.<sup>7</sup>

La servitude ne peut s'établir sans titre et même la possession immémoriale ne suffit pas et ne supplée pas à l'absence de titre. La jurisprudence est constante et claire à ce sujet.<sup>8</sup>

## 4. La servitude judiciaire

Il n'existe pas de servitude judiciaire. Il n'est pas du ressort des tribunaux de créer des servitudes judiciaires, même pour des raisons d'équité. Le tribunal ne peut s'autoriser de l'article 976 du Code civil du Québec pour créer une servitude de passage.<sup>9</sup>

En conséquence, le tribunal ne peut s'autoriser d'une situation excédent les inconvénients normaux du voisinage afin de créer une servitude.

---

<sup>3</sup> Le Code civil du Québec qui était en vigueur jusqu'au 31 décembre 1993.

<sup>4</sup> Article 1184 et suivants du Code civil du Québec

<sup>5</sup> Article 1184 et suivants du Code civil du Québec

<sup>6</sup> Article 1177 et suivants du Code civil du Québec

<sup>7</sup> L'article 1181 du Code civil du Québec

<sup>8</sup> Beaulieu c. Synotte 2011 QCCA 1743, Lanart c. MacNaughton J.E. 2004-387 (C.A.)

<sup>9</sup> Hamel c. De Bellefeuille 1996 CanLII 6059 (QC CA). [Page 3 in fine]

L'article 976 du Code civil du Québec définit les inconvénients normaux du voisinage ainsi :

Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

5. La circulation sur un autre lot

Le fait de circuler pendant plusieurs années sur un lot pour se rendre sur son propre lot ne serait établir de servitude.

De plus si le lot dominant n'est pas enclavé, il peut y avoir extinction par non-usage.<sup>10</sup>

6. La prescription

Le droit au passage lui-même ne peut s'acquérir par prescription. Toutefois, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice peuvent s'acquérir par prescription à la condition que le lot soit enclavé.<sup>11</sup>

Le constat par le tribunal d'une situation d'enclave d'un lot vis-à-vis un autre lot est une condition essentielle pour que le droit au passage puisse engendrer création d'une servitude.

7. Le lot enclavé

Dans le cas d'un immeuble enclavé, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice peuvent s'acquérir par prescription.

L'honorable juge Jean-Louis Beaudoin, J.C.A. , s'exprimait ainsi dans la cause de Whitworth c. Martin :

«Le droit au passage lui-même ne peut s'acquérir par prescription (Art. 549 C.c.B.C.; 1181 C.c.Q.; Voir: LAFOND, P.C., Memento Themis. Les biens. Éditions Thémis, 1989). Toutefois, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice le peuvent par prescription trentenaire (maintenant décennale en raison de l'article 2917 C.c.Q.).

---

<sup>10</sup> Désy c. Gauthier 2011 QCCS 5874 (CanLII) [15 et 16]

<sup>11</sup> Whitworth c. Martin 1995 CanLII 4753 (QC CA). [page 7]

De même, l'action en indemnité à laquelle peut prétendre le fonds servant est également prescriptible, le point de départ de la période de prescription étant le moment où le droit de passage a commencé à s'exercer.

Le dossier révèle clairement qu'au jour où les procédures ont été intentées, le passage réclamé était utilisé depuis au moins 1946, sinon depuis 1914.

Comme l'a écrit M. le juge Martineau de notre Cour dans l'arrêt Ziebell c. Leblanc, [1960] B.R. 296:

[...]

Il est en effet logique de croire, lorsque le propriétaire d'un fonds enclavé a passé au même endroit sur le terrain de son voisin pendant plus de trente ans pour se rendre à la voie publique, qu'il en résulte une présomption que celui-ci a reconnu l'existence de l'enclave ET le fait que le chemin, dont s'était servi le propriétaire du fonds enclavé, était le plus court et le moins dommageable.»

#### 7.1 Interprétations de la cause de Whitworth c. Martin

Les propos de l'honorable juge Jean-Louis Beaudoin, J.C.A. , dans la cause de Whitworth c. Martin, ont été l'objet de nombreuses interprétations par la suite.

Certaines interprétations toutefois ne respectaient pas le point de vue de son auteur, comme le rappelle à propos l'honorable juge Jacques A. Léger, J.C.S., dans la cause de Vlasblom c. Duhamel 2008 QCCS 892.<sup>12</sup>

En effet, dans la cause de Vlasblom c. Duhamel, le procureur de monsieur Vlasblom a prétendu que tout en reconnaissant qu'une servitude de passage ne peut s'acquérir sans titre, que l'utilisation prolongée par monsieur Vlasblom et ses parents du chemin existant sur l'autre terrain, lui faisait bénéficier d'une présomption que ce dernier et ses auteurs ont reconnue. Cette prétention s'appuyait sur une interprétation des propos de l'honorable juge Jean-Louis Beaudoin J.C.A. dans la cause de Whitworth c. Martin.

L'honorable juge Jacques A. Léger, J.C.S. a rappelé l'interprétation qu'il fallait attribuer aux propos tenus par l'honorable juge Jean-Louis Beaudoin dans l'arrêt précité.

---

<sup>12</sup> Vlasblom c. Duhamel 2008 QCCS 892, maintenu en appel (Vlasblom c. Duhamel 2009 QCCA 2337

« [45] Le Tribunal n'est pas d'accord. En effet, ce qu'établit ce jugement, c'est que dans le cas d'un immeuble enclavé, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice peuvent s'acquérir par prescription. Autrement dit, l'assiette utilisée peut se prescrire comme étant le passage le plus approprié si, mais seulement si il y a enclave.

[46] Certes il y a eu tolérance par M. DUHAMEL et ses auteurs, du passage sur leur terrain pour faciliter l'accès à la résidence de M. VLASBLOM et ses parents, mais cela ne constitue pas en l'espèce une présomption d'enclave ; au mieux, il pourrait s'agir d'une présomption de bon voisinage. »

## 8. La notion d'enclave physique

Le fonds est enclavé physiquement, lorsqu'il n'a pas d'issue à la voie publique.

L'article 997 du Code civil du Québec définit l'enclave ainsi :

Le propriétaire dont le fonds est enclavé soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit que l'issue soit insuffisante, difficile ou impraticable, peut, si on refuse de lui accorder une servitude ou un autre mode d'accès, exiger de l'un de ses voisins qu'il lui fournisse le passage nécessaire à l'utilisation et à l'exploitation de son fonds.

La notion d'enclave physique se retrouve dans la première partie de l'article 997 du Code civil du Québec :

Le propriétaire dont le fonds est enclavé soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique...

Les tribunaux ont défini ainsi la notion d'enclave :

Un fonds de terre ne sera pas considéré comme enclavé, s'il bénéficie déjà d'une sortie, quels que soient d'ailleurs les inconvénients que cette sortie offre à son propriétaire.<sup>13</sup>

Un fonds est enclavé lorsqu'il n'a aucune issue sur la voie publique. Il semble résulter du texte de la loi qu'il faut une absolue nécessité pour qu'un propriétaire enclavé puisse demander un passage sur le fonds de ses voisins.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Tremblay c. Bijl 2006 QCCS 3653) [77]

<sup>14</sup> Tremblay c. Bijl 2006 QCCS 3653) [78] citant (Dufresne c. Dufresne (1990) R.D.I. 101)

La situation d'enclave physique est plutôt rare de nos jours. En effet, le propriétaire foncier lors du lotissement de sa terre, prévoit habituellement un accès à la voie publique par l'établissement d'une servitude de passage sur chacun des lots, afin de fournir des titres clairs à l'acheteur.

Toutefois, pour des titres plus anciens, il est évident qu'un droit de passage qui pouvait être considéré comme adéquat à l'époque puisse s'avérer insuffisant de nos jours. En effet, la notion de l'utilisation du droit de passage a évolué dans le temps. Si au 19e siècle, le passage à pied ou à cheval pouvait s'avérer suffisant à l'époque, l'arrivée de l'automobile a fait en sorte que la jurisprudence considère depuis le 20e siècle que le passage sera considéré comme adéquat si un véhicule automobile peut y circuler. Ce qui nous amène à examiner la notion d'enclave économique.

9. La notion d'enclave économique s'avère une notion évolutive qui est sujette à des principes qui font l'objet de plus d'interprétations par les tribunaux que celle d'enclave physique.

Le fonds est enclavé économiquement, lorsque l'issue à la voie publique est insuffisante, difficile ou impraticable.

La notion d'enclave économique se retrouve dans la seconde partie de l'article 997 du Code civil du Québec :

Le propriétaire dont le fonds est enclavé... soit que l'issue soit insuffisante, difficile ou impraticable.

Les tribunaux ont défini ainsi la notion d'enclave économique :

Le terrain ne sera pas dans une situation d'enclave économique s'il bénéficie d'une issue suffisante, praticable et loin d'être difficile pour avoir un accès sur le chemin (voie publique) et que le coût des travaux d'aménagement d'une telle issue n'est pas hors de proportion avec la valeur du fonds du demandeur.<sup>15</sup>

À titre d'exemple, le fait que le propriétaire du lot dominant et ses parents ont bénéficié pendant une très longue période d'un accommodement par tolérance de passage sur le lot servant ne constitue pas une situation d'enclave économique, en tant que tel.

---

<sup>15</sup> Vlasblom c. Duhamel 2008 QCCS 892, maintenu en appel (Vlasblom c. Duhamel 2009 QCCA 2337

Dupont c. Turcotte 2011 QCCS 2682 (CanLII) [56]



« Il n'en tenait qu'au demandeur, le cas échéant, de voir au maintien de la relation de bon voisinage entretenue dans le passé. Mais, d'aucune manière, cette tolérance ne peut entraîner le démembrement du droit de propriété du défendeur. »<sup>16</sup>

10. La notion de dépenses hors de proportion par rapport à la valeur du fonds

L'article 997 du Code civil du Québec mentionne qu'il y a enclave économique si l'aménagement de l'issue demandait des dépenses hors de proportion par rapport à la valeur du fonds.<sup>17</sup>

Le fonds dont il est question est le fonds dominant. Il est important pour le praticien en conséquence de prouver au tribunal la valeur du fonds, par l'évaluation municipale ou par une évaluation effectuée par un évaluateur agréé de préférence, puisqu'il pourrait y avoir un débat sur la recevabilité de la preuve d'expertise lors du procès.

D'autre part, il faut également considérer que les parties au litige ont des intérêts contradictoires à ce sujet. En effet, le propriétaire du fonds dominant a intérêt à ce que l'évaluation de son fonds soit la plus basse possible, puisque le coût de construction d'un accès à la voie publique sera apprécié en rapport avec la valeur du fonds dominant.

Le propriétaire du fonds servant à quant à lui intérêt à ce que l'évaluation du fonds dominant soit la plus élevée possible, puisque le coût de construction d'un accès à la voie publique sera considéré en rapport avec la valeur du fonds dominant.

En conséquence, si la valeur du fonds dominant est de 300 000,00 \$, un coût de construction d'un accès à la voie publique de 50 000,00 \$ pourrait être considéré comme déraisonnable, puisqu'il excède 15 % de la valeur du fonds dominant.

D'autre part, si la valeur du fonds dominant est de 400 000,00 \$, un coût de construction d'un accès à la voie publique de 50 000,00 \$ pourrait être considéré comme raisonnable, puisqu'il est inférieur à 15 % de la valeur du fonds dominant.

La jurisprudence utilise l'expression « il en coûterait des sommes considérables hors de proportion avec la valeur des fonds et de son exploitation »<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Idem

<sup>17</sup> Pedneault c. Lacasse 2002 CanLII 5279 (QC CS) [88]

La jurisprudence considère donc qu'un coût de construction se situant entre 10 % et 15 % de la valeur de l'immeuble des demandeurs est raisonnable.<sup>19</sup>

À titre d'exemple, le Tribunal a considéré que le coût de construction du chemin n'est pas hors proportion par rapport à la valeur de la propriété des demandeurs, étant à moins de 15 % de la valeur de celle-ci.

11. Situations où le comportement du propriétaire du fonds dominant a fait en sorte que le tribunal a refusé de reconnaître une enclave

11.1 La vente d'une partie de terrain par le propriétaire du fonds dominant

Si la demanderesse s'est placée elle-même en situation d'enclave en vendant une partie de sa propriété (et en ne publiant pas des servitudes), elle ne peut demander un droit de passage par la suite.<sup>20</sup>

11.2 Les agissements du propriétaire du fonds dominant

La défenderesse n'a pas à subir l'incurie et la négligence du demandeur. Si le demandeur a agi sans prudence, sans clairvoyance, en construisant des bâtiments sans d'abord planifier un accès convenable à sa propriété, profitant de la tolérance des voisins, mais sachant que ces derniers refusaient de lui accorder une servitude.<sup>21</sup>

D'aucune façon, l'enclave ne doit résulter du fait volontaire du propriétaire. Ni celui qui a construit un bâtiment qui lui bloque l'accès à la voie publique, ni ses ayants cause, ne sauraient se prévaloir du régime particulier offert au propriétaire de fonds enclavé. [...] De même, le propriétaire qui refuse d'ouvrir son propre chemin jusqu'à la voie publique ne peut invoquer sa situation d'enclave.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Pedneault c. Lacasse 2002 CanLII 5279 (QC CS) [(89) citant (Morissette c. Prévost [1963] B.R. 52, 57 [1994] R.D.I. 228)

<sup>19</sup> Pedneault c. Lacasse 2002 CanLII 5279 (QC CS) [93]) Bourget c. Émond 2012 QCCS 4529 [32]

<sup>20</sup> Dubé c. Prud'homme 2011 QCCS 3305 (CanLII). [24]

<sup>21</sup> Dupont c. Turcotte 2011 QCCS 2682) [90]

<sup>22</sup> Dupont c. Turcotte 2011 QCCS 2682) [59] Le tribunal citant l'auteur Pierre-Claude Lafond, à son Précis de droit des biens, 2<sup>e</sup> ed. Thémis, 2007 (page15 : 950

## 12. La notion d'indemnité

S'il y a enclave reconnue par le tribunal, il faut déterminer la manière dont le tribunal fixe l'indemnité selon l'article 997 du Code civil du Québec.

La notion d'indemnité se retrouve dans le deuxième alinéa de l'article 997 du Code civil du Québec :

Il paie alors une indemnité proportionnelle au préjudice qu'il peut causer.

### 12.1 L'indemnité doit être proportionnelle au préjudice causé au fonds servant.<sup>23</sup>

L'article 997 du Code civil du Québec prévoit que le propriétaire du fonds dominant doit payer une indemnité proportionnelle au préjudice qu'il peut causer. Il s'agit d'une indemnité pour le préjudice causé au fonds servant qui doit subir le droit de passage selon l'article 998 du Code civil du Québec.

L'article 998 du Code civil du Québec définit l'enclave ainsi :

Le droit de passage s'exerce contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé, compte tenu de l'état des lieux, de l'avantage du fonds enclavé et des inconvénients que le passage occasionne au fonds qui le subit.

### 12.2 Les principes d'indemnisation

Bien que l'action en réclamation d'une indemnité en vertu de l'article 997 du Code civil du Québec diffère d'une demande d'expropriation en ce que le paiement de cette indemnité n'est pas une condition préjudicielle à son exercice, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être proportionnelle au préjudice causé au fonds servant.<sup>24</sup>

Selon le professeur Pierre-Claude Lafond (Précis de droit des biens, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, no 961, p. 383.) :

« Cette indemnité sert à compenser non seulement les dommages matériels causés au terrain, mais surtout les inconvénients qu'emportent un

<sup>23</sup> Lacombe-Boisjoly c. Labrecque 2009 QCCS 2526 CanLII. [14 À 16]  
Maintenu en appel : appel rejeté (Labrecque c. Lacombe-Boisjoly 2009 QCCA 1902 [4])

<sup>24</sup> Idem

démembrement de propriété et la diminution de la valeur du fonds qui lui est afférente. »<sup>25</sup>

Le terme indemnité est considéré comme des dommages au sens du Code civil. En conséquence, le préjudice doit être susceptible d'être évalué et le préjudice futur doit être susceptible d'appréciation exacte lors de l'audition.<sup>26</sup>

La détermination du montant de l'indemnité est établie en fonction des principes semblables à ceux qui sont applicables en matière d'expropriation, dont notamment la perte de valeur de la propriété.<sup>27</sup>

L'indemnité sert à compenser en plus des dommages matériels causés au terrain, les inconvénients qu'emportent le démembrement de la propriété (perte de l'usage d'une partie du terrain) et la diminution de valeur du fonds.<sup>28</sup>

À titre d'exemple, des montants peuvent être accordés à titre d'indemnité afin de compenser : la perte de valeur du terrain, les dommages occasionnés par le morcellement du terrain, la perte des améliorations au sol, la dépréciation de la résidence et les frais d'experts.<sup>29</sup>

### 13. Le remboursement des honoraires extrajudiciaires

D'autre part, le praticien pourra également réclamer à titre de dommages et intérêts, les honoraires extrajudiciaires encourus à son client résultant du fait d'une procédure manifestement mal fondée ou abusive de la part de la partie adverse.<sup>30</sup>

En effet, l'abus de droit sur le fond du litige ou l'abus du droit d'ester en justice

---

<sup>25</sup> Idem

<sup>26</sup> Déom c. Loranger 2012 QCCS 80 (CanLII). [87 à 89]

<sup>27</sup> Brassard c. Côté 2009 QCCS 3163 (CanLII). [81] Référence à titre d'exemple : Lacombe-Boisjoly c. Labrecque 2009 QCCS 2526 CanLII [14 à 16]

<sup>28</sup> Lacombe-Boisjoly c. Labrecque 2009 QCCS 2526 CanLII. [14 À 16]  
Maintenu en appel : appel rejeté (Labrecque c. Lacombe-Boisjoly 2009 QCCA 1902 [4])

<sup>29</sup> Idem

<sup>30</sup> Viel c. Entreprises immobilières du Terroir ltée, 2002 CanLII 41120 (QC CA), [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.)

peuvent justifier la condamnation au remboursement des honoraires extrajudiciaires payés à ses avocats, en plus évidemment des frais d'experts qui sont octroyés généralement à l'encontre de la partie condamnée.

Il y a une distinction importante entre les deux recours.

### 13.1 L'abus de droit sur le fond du litige

La base du recours prévu par l'arrêt Viel c. Entreprises immobilières du Terroir ltée mentionné précédemment repose les principes de la responsabilité civile et non sur les nouvelles dispositions concernant l'abus de droit.<sup>31</sup>

« [74] Avant d'examiner plus avant cette question, il importe de distinguer et de définir l'abus de droit sur le fond du litige (l'abus sur le fond) de l'abus du droit d'ester en justice. L'abus sur le fond intervient avant que ne débutent les procédures judiciaires.

L'abus sur le fond se produit au moment de la faute contractuelle ou extracontractuelle.

Il a pour effet de qualifier cette faute. La partie abuse de son droit par une conduite répréhensible, outrageante, abusive, de mauvaise foi. Au moment où l'abus sur le fond se cristallise, il n'y a aucune procédure judiciaire d'entreprise. C'est précisément cet abus sur le fond qui incitera la partie adverse à s'adresser aux tribunaux pour obtenir la sanction d'un droit ou une juste réparation. »

En conséquence, pour le recours reposant sur l'abus de droit sur le fond du litige les trois éléments de la responsabilité civile doivent être présents : la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage, afin que ce recours soit accueilli.

### 13.2 L'abus du droit d'ester en justice

Au contraire, le recours basé sur l'abus du droit d'ester en justice qui visait à l'origine les poursuites bâillonnées, repose sur le fait que des procédures judiciaires ont été intentées manifestement de mauvaise foi.

« [75] À l'opposé, l'abus du droit d'ester en justice est une faute commise à l'occasion d'un recours judiciaire. C'est le cas où la contestation judiciaire est, au départ, de mauvaise foi, soit en demande ou en défense. Ce sera encore le cas

---

<sup>31</sup> Articles 54.1 du Code de procédure civile

lorsqu'une partie de mauvaise foi, multiplie les procédures, poursuit inutilement et abusivement un débat judiciaire. »<sup>32</sup>

Cette question ne sera pas examinée davantage pour l'instant, puisqu'elle fera l'objet d'un prochain article. Nous allons simplement mentionner que selon les circonstances, la base du recours concernant la demande de remboursement des honoraires extrajudiciaires peut reposer sur une base de responsabilité civile ou sur une base d'abus du droit d'ester en justice.

Pierre Robert, avocat Le droit de passage 2013-05-22 12:05

---

<sup>32</sup> Viel c. Entreprises immobilières du Terroir ltée, 2002 CanLII 41120 (QC CA), [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.)