

**ÉQUITÉ DU JUGE ET  
TERRITOIRES DU DROIT PRIVÉ \***

par Gaële GIDROL-MISTRAL\*\*

Quelle place l'équité du juge occupe-t-elle dans les ordres juridiques romanistes et de *common law*? La question soulevée par Anne-Françoise Debruche, dans son très bel ouvrage issu des recherches de sa thèse de doctorat, est ambitieuse. C'est pourquoi l'originalité de la démarche scientifique de l'auteure mérite d'être rappelée. Pour ne pas se laisser dépasser par l'ampleur du sujet, la professeure Debruche prend le parti d'observer les manifestations du sentiment d'équité du juge par le prisme de l'emprise immobilière. Ce voyage au cœur de l'équité, notion éminemment complexe, est passionnant tant par son analyse comparatiste que par la mise à jour, au détour du chemin, d'une théorie générale de l'empiétement.

La formation juridique de l'auteure est à l'image de son ouvrage : théoricienne du droit maîtrisant parfaitement la culture bijuridique qui caractérise le droit canadien. L'auteure a en effet étudié le droit civil en Belgique à l'Université de Liège et la *common law* au Canada à l'Université de Moncton et son sujet de thèse montre son intérêt pour une approche à la fois comparatiste et théorique du droit privé. Soutenue devant l'Université de Liège, la thèse d'Anne-Françoise Debruche a été couronnée en 2006 du Prix Canada de l'Académie internationale de droit comparé, ce qui atteste du rayonnement de son ouvrage aussi bien en Europe qu'en Amérique du Nord. Depuis 2005, la professeure Debruche enseigne à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa le droit comparé et l'histoire du droit.

---

\* . Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2008.

\*\* . Chercheuse et professeure à l'UQAM.

La problématique est audacieuse, puisque la professeure Debruche s'interroge sur le rapport du juge à la norme positive dans les deux grands systèmes juridiques à travers la notion d'équité. Le système romaniste n'accorde a priori qu'un rôle limité à l'équité, le juge de droit civil ayant seulement vocation à appliquer la règle de droit cristallisée dans des textes. Au contraire, le juge de *common law* joue un rôle actif dans l'énoncé de la règle de droit, ce qui l'autorise à conférer à la notion d'équité une plus grande place dans la résolution des conflits.

Plutôt que d'envisager la question sous un angle général, l'auteure a choisi de limiter son champ exploratoire au micro-phénomène de l'empiètement immobilier. Cette situation concrète des troubles de voisinage participe d'une atteinte universelle au droit de propriété qui autorise à poser une comparaison sur le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge pour la sanctionner. D'ailleurs, l'auteure ne se limite pas à une définition stricte de l'empiètement, dont la technicité en droit civil ou en *common law* pourrait relever d'approches différentes, mais opte volontairement pour une acception large de cette notion englobant tout acte portant atteinte au droit réel d'autrui (propriété, *easement*, servitude, etc.).

La problématique de l'empiètement immobilier concerne naturellement l'action réelle. Cette dernière, qui entraîne la suppression de l'ouvrage litigieux, permet de sanctionner efficacement les atteintes au droit réel d'autrui. Cependant, cette sanction automatique peut parfois être source de problèmes plus importants que l'atteinte au droit constituée par l'empiètement. Aussi, les juges ont parfois la volonté de trancher les litiges de manière équitable, ce qui tend à déplacer la sanction des emprises immobilières du domaine foncier à celui de la responsabilité quasi délictuelle.

L'auteure divise ainsi son ouvrage en deux parties, la première traitant des expressions de l'équité judiciaire en droit des biens et la seconde s'intéressant au sentiment d'équité du juge sur le terrain délictuel.

Les développements de la première partie sont consacrés aux manifestations du sentiment d'équité du juge de droit civil et de *common law* à travers la mise en œuvre des moyens de protection du droit auquel il est porté atteinte tels : l'injonction, l'*estoppel* ou l'abus de droit. Quelle place peut occuper l'équité du juge dans la logique restitutive du domaine foncier visant au rétablissement plein et entier de la prérogative lésée par l'emprise illicite? Bien que la vision de droit fasse primer la restitution du droit empiété, impliquant nécessairement la suppression de l'ouvrage litigieux, l'équité permet au juge de disposer d'une marge de manœuvre sur l'effet restitutif automatique de l'action réelle.

À travers l'exemple du droit de la *common law*, il ressort que le juge anglais ou canadien dispose d'une certaine latitude quant au choix de la sanction de l'emprise immobilière puisqu'il pourra décider, justement grâce à la tradition d'*equity*, de sanctionner ou non l'empiètement immobilier par l'action réelle. Contrairement aux systèmes civilistes, qui recourent quasi exclusivement à l'action réelle pour sanctionner de telles atteintes aux droits réels, les juges de *common law* attraient souvent le litige sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle afin de ne pas recourir de manière systématique à la destruction de l'ouvrage litigieux. En cas de violation au droit réel d'autrui, le juge peut simplement décider d'accorder des dommages-intérêts pour réparer le dommage causé par l'atteinte au droit d'un tiers. Cela ne signifie pas que le juge de *common law* ne peut prononcer des injonctions afin de faire procéder à la restitution pleine et entière du droit lésé, mais ces injonctions sont facultatives. Le juge a, en la matière, un pouvoir discrétionnaire pour décider de la mise en œuvre des sanctions réelles. Ainsi, lorsque la sanction restitutive paraît abusive ou disproportionnée, le juge peut décider de l'écarter et compenser l'atteinte par une réparation pécuniaire.

Dans les systèmes civilistes, la place accordée à l'équité est moins forte. L'action en revendication qui protège généralement le droit de propriété en France, en Belgique ou au Québec est automatique. Le juge qui constate l'empiètement doit le faire cesser en reconnaissant le droit à restitution du terrain. Pour faire respecter le droit de propriété auquel il est porté atteinte, le juge

doit, en principe, exiger la mise en œuvre de toute mesure utile à faire cesser le trouble, sans se préoccuper du fait de savoir si cette sanction est abusive ou disproportionnée à l'atteinte<sup>1</sup>. Dans la logique restitutive, le pouvoir modulateur du juge est limité par l'inexorabilité des actions réelles : une fois l'existence de l'empiètement juridiquement établie, la suppression de celui-ci s'impose au juge. Ce système plus rigide a incité les juges à rechercher des échappatoires dans le but de dégager des solutions plus équitables.

C'est sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle que des assouplissements ont été trouvés. Dans cette seconde partie, l'auteure aborde deux pistes intéressantes qu'ouvrent les voies délictuelles. Puisque toute atteinte au droit de propriété est constitutive d'une faute, elle est susceptible de faire naître un principe de réparation du dommage causé par le trouble illicite qui permet de choisir entre la sanction réelle ou compensatrice. La logique quasi délictuelle permet de prendre la mesure du rôle modérateur du juge qui se trouve «devant un nouvel aiguillage qui le contraint (...) à s'interroger sur le mode de réparation le plus adéquat»<sup>2</sup>. La place importante que la vision délictuelle des atteintes au droit de propriété laisse à l'équité ne reçoit pourtant pas le même écho selon le système juridique, ni même le pays en cause.

En *common law*, l'emprise immobilière relève du domaine des *torts*. C'est principalement au regard des hypothèses du *trespass to land* et de la nuisance, représentant l'essentiel de la protection accordée par la *common law* des quasi-délits aux biens et droits réels immobiliers, que sont appréhendés les empiètements. Le *trespass to land* sanctionne toute atteinte illicite aux biens immobiliers corporels en possession d'autrui. La nuisance désigne l'action qui sanctionne toute atteinte illicite

- 
- 1 . En droit québécois cependant, un tempérament est prévu à l'alinéa 1 de l'article 992 du C.c.Q. en cas d'empiètement mineur effectué de bonne foi.
  - 2 . Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2008, à la p. 327.

apportée à l'usage ou à la jouissance d'un fonds ou d'un droit sur ce fonds. Les sanctions délictuelles mises à la disposition du juge reflètent parfaitement le souci de proportionnalité de la sanction à l'atteinte, puisque le juge pourra décider d'utiliser l'injonction en suspension des travaux, l'injonction en démolition ou d'octroyer des dommages-intérêts compensatoires.

En droit civil, l'empiétement immobilier peut être qualifié de faute civile ou de trouble de voisinage, ce qui permet là aussi d'attirer le litige sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle fondée sur l'article 1382 des Codes civils belge et français et 1457 du Code civil du Québec. Les sanctions encourues en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile sont à ce titre parfaitement adaptées à la délicate question de la proportionnalité de la sanction de l'empiétement immobilier. En effet, la réparation peut avoir lieu en nature par un retour au *statu quo ante*, ce qui nécessitera la démolition de l'ouvrage litigieux, ou par équivalent permettant alors la seule compensation du trouble.

Cependant, le pouvoir discrétionnaire du juge en matière délictuelle a une étendue différente dans les traditions de *common law* et de droit civil. En *common law*, «le pouvoir discrétionnaire présidant à l'octroi de l'injonction se présente en effet comme le paradigme de la discrétion dont disposent à l'occasion les juges»<sup>3</sup>. Ce remède, issu de la tradition d'*equity*, assure au juge une étendue maximale de son pouvoir de discrétion et il peut choisir librement entre la voie de la réparation en nature par le biais de l'injonction ou par équivalent au moyen de dommages-intérêts. Le juge de *common law* va ainsi d'abord se demander si l'injonction sera accordée ou refusée, puis s'il y a lieu de substituer à l'injonction une compensation monétaire et enfin évaluer le montant des dommages-intérêts si cette sanction compensatrice est jugée plus adéquate que la sanction restitutive. L'étendue des pouvoirs discrétionnaires des juges anglais et canadiens se manifeste ainsi pleinement et de manière maximale puisqu'elle recouvre formellement trois niveaux distincts.

---

3 . *Ibid.* à la p. 360.

Dans les pays de tradition romanistes, la solution varie selon la conception que les juges ont adopté de l'atteinte au droit réel d'autrui. En France, en principe, il revient au juge de décider de la qualification de l'action : réelle ou quasi délictuelle. Cependant, le contrôle sévère de la Cour de cassation rend difficile la recherche d'une solution alternative, puisque la haute juridiction, garante de l'application stricte de la règle de droit, veille nécessairement à faire cesser le trouble au droit fondamental de propriété et non à le réparer, privilégiant ainsi la logique restitutive de l'action réelle. Pour atténuer la portée de la démolition, la théorie de l'abus de droit a parfois été envisagée. Cependant, ce tempérament n'est que rarement admis en France, où la défense d'un droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus.

Au contraire, en Belgique, le juge a un rôle limité puisque c'est la victime qui choisit le terrain de l'action: action réelle pour obtenir la démolition de l'ouvrage litigieux ou quasi délictuelle pour obtenir une réparation en nature ou par équivalent. La Cour de cassation admet cependant de recourir au concept de l'abus de droit pour faire glisser la sanction du terrain restitutif du droit des biens au terrain compensateur de la faute extracontractuelle.

Au Québec enfin, la question de l'empiètement est réglée par le nouveau Code civil. L'action réelle est le plus souvent doublée d'une procédure d'injonction visant à assurer l'efficacité du jugement. Cependant, l'injonction étant une procédure empruntée à la *common law*, cette dernière ne peut se comprendre sans conférer une certaine dose d'équité à la décision du juge, ce qui implique d'admettre un certain pouvoir discrétionnaire du juge. Cette logique sort alors la question de l'empiètement du strict cadre du droit des biens et permet au juge de disposer d'une certaine marge de manœuvre, bien que la tradition de droit civil lui impose de sanctionner l'atteinte sans considération de la sanction. La Cour suprême du Canada a, ainsi, confirmé que l'injonction québécoise est discrétionnaire au même titre que celle de *common law*. Cette importation au système de *common law* a cependant été mal contrôlée puisqu'elle a abandonné le caractère discrétionnaire de la procédure d'injonction à la volonté du juge

québécois qui l'utilise, non pour réparer un *tort*, comme c'est le cas dans la tradition de *common law*, mais pour protéger un droit.

Empruntant une démarche comparatiste qui ne se veut pas prescriptive ou uniformisatrice, mais exploratoire et analytique, l'auteure dénonce les importations et les emprunts incontrôlés entre les systèmes, notamment au Québec, terrain d'observation des échanges et des influences respectives des systèmes civilistes et de *common law*. Ainsi, au terme de son exploration, elle ne cherche pas à imposer une solution uniforme, mais seulement à nous livrer le fruit de ses réflexions sur les différences essentielles entre ces cultures juridiques.

Pourtant, au-delà de cette optique comparatiste, Anne-Françoise Debruche esquisse les traits d'une théorie générale de l'empiétement. Aux termes de son étude, elle constate un mouvement généralisé du déclin du domaine du droit des biens au profit de celui du droit des obligations et de la responsabilité civile extracontractuelle. La logique naturelle restitutive de la sanction des atteintes aux droits réels d'autrui est supplantée peu à peu par un système de protection quasi délictuelle qui permet au juge, de droit civil<sup>4</sup> comme de *common law*, de faire triompher son sentiment d'équité sur les termes de la loi. L'auteure nous livre ainsi une vision du droit qui transcende les frontières sans pour autant gommer les spécificités propres à chaque pays, faisant de son ouvrage une très belle œuvre de référence.

---

4 . L'auteure reconnaît cependant que ce phénomène général n'a pas encore de prise en France, où la Cour de cassation maintient la primauté de l'action réelle et rejette clairement la théorie de l'abus de droit.

