

IMMOBILIER

Jacques AUGER

Volume 108, Number 1, March 2006

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045629ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045629ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

AUGER, J. (2006). IMMOBILIER. *Revue du notariat*, 108(1), 105–134.
<https://doi.org/10.7202/1045629ar>

IMMOBILIER

Jacques AUGER*

I.	Le notaire et le courtage immobilier	107
II.	La propriété des anciens chemins de colonisation	111
III.	L'acquisition par une municipalité d'un chemin par « dédicace »	115
IV.	Les droits sur les mutations immobilières et le divorce	118
V.	La clause « 6 » de la clause relative aux garanties hypothécaires	122
VI.	Le bail commercial immobilier non publié	126
VII.	La longévité de la clause résolutoire	129

* Notaire et professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

Il en va un peu de la jurisprudence comme du vin. Il y a les années de cuvées exceptionnelles et les autres. Dans le domaine du droit immobilier, l'année 2005 ne passera probablement pas à l'histoire. Cela n'est en rien imputable aux juges qui ne choisissent pas les litiges. Ceux qui leur ont été soumis cette année ne comportaient tout simplement pas les ingrédients qui font les grands crus. Malgré cela, des décisions et des arrêts intéressants ont été rendus et méritent qu'on s'y arrête. La sélection a été faite à partir de la banque AZIMUT de SOQUIJ.

I. LE NOTAIRE ET LE COURTAGE IMMOBILIER

Chacun son métier,
les vaches seront bien gardées.
[Jean-Pierre Florian]

S'il fut un temps où les notaires, du seul fait d'être inscrits au tableau de leur ordre, avaient le droit d'accomplir, sans restriction, les actes réservés aux courtiers immobiliers, il semble que cette époque soit maintenant révolue. C'est ce qui ressort d'un récent jugement de la Cour supérieure¹ qui rejette l'appel de deux décisions de la Cour du Québec² et maintient les verdicts de culpabilité condamnant un notaire pour avoir illégalement exercé l'activité de courtier ou d'agent immobilier.

Ce changement est la conséquence de modifications apportées à la loi qui régit le courtage immobilier. Avant d'examiner ces règles, il importe de mieux situer la problématique.

-
1. *Hudon c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, J.E. 2005-756 (C.S.) (désistement d'appel, C.A. Québec, n° 200-10-001732-051, 8 avril 2005).
 2. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Hudon*, C.Q. Mingan (Ch. cr. et pén.), nos 650-61-002355-034 et 650-61-002354-037, 16 août 2004, j. De Pokomándy. Ces décisions ont fait l'objet d'un commentaire par Patricia COUTURE, « La portée de l'exception d'application de la *Loi sur le courtage immobilier* à l'égard des notaires et avocats dans l'exercice de leurs fonctions », (2004) *Repères* 293. Voir aussi dans le même sens : *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. St-Pierre*, J.E. 2004-2003 (C.Q.).

Il s'agit d'accusations portées par l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec contre un notaire inscrit au tableau de l'ordre de la Chambre des notaires lui reprochant d'avoir :

[...] agi de manière à donner lieu de croire qu'il était autorisé à exercer l'activité de courtier ou d'agent immobilier, notamment, en faisant signer des contrats intitulés « mandat exclusif », et cela, sans être titulaire d'un certificat délivré par l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, le tout en contravention des articles 1, 3, 15, et 156 de la *Loi sur le courtage immobilier*.

Le notaire visé ne conteste pas avoir exercé une activité qui entre dans le cadre de celles régies par la *Loi sur le courtage immobilier*³, telles que définies en ces termes par l'article 1 de cette loi :

Pour l'application de la présente loi, exerce l'activité de courtier immobilier toute personne qui, contre rémunération et pour autrui, se livre à une opération de courtage relative à l'achat, la vente, la location ou l'échange d'un immeuble, la promesse d'achat ou de vente d'immeuble, l'achat ou la vente d'une telle promesse, le prêt garanti par hypothèque immobilière, l'achat ou la vente d'une entreprise, la promesse d'achat ou de vente d'une entreprise ainsi que l'achat ou la vente d'une telle promesse, à l'exclusion d'une opération portant sur une valeur mobilière au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.R.Q., c. V-1.1).

Il prétend cependant pour sa défense n'être pas assujéti à la prohibition édictée par l'article 156 de cette même loi qui interdit à quiconque d'exercer l'activité de courtier immobilier s'il n'est titulaire du certificat requis. Il fonde sa défense sur l'article 2(1) qui précise que :

Ne sont pas soumis à la présente loi, à moins qu'ils ne prennent un titre dont la présente loi réserve l'utilisation :

1° les avocats et notaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une opération visée à l'article 1.

Le tribunal saisi des plaintes cherche d'abord à préciser la portée de cette exception qui peut s'interpréter de deux façons : une exemption qui vise toute activité de courtage immobilier effectuée par un notaire ou une exemption qui ne concerne que des activités de courtage immobilier accessoires à l'exercice des fonctions d'un notaire. Si cette dernière interprétation doit prévaloir, il restera

3. L.R.Q., c. C-73.1.

ensuite au tribunal à vérifier si le notaire agissait ou non dans l'exercice de ses fonctions.

C'est en comparant les dispositions de l'actuelle *Loi sur le courtage immobilier* avec celles de l'ancienne loi⁴ remplacée en 1994 que le tribunal en arrive à cerner la portée de l'exception. L'article 5 de cette dernière loi comportait également une exemption en faveur des notaires formulée ainsi :

L'interdiction d'accomplir un acte visé à l'article 4 ne s'applique pas

a) aux avocats et notaires en exercice ;

Le tribunal n'hésite pas à reconnaître qu'en remplaçant les mots « en exercice » par « dans l'exercice de leurs fonctions », le législateur a clairement indiqué son intention de ne plus permettre à un notaire, du seul fait d'être inscrit au tableau de l'ordre, d'exercer l'activité de courtier immobilier. Il ne peut désormais le faire que lorsqu'il agit dans l'exercice de ses fonctions. Le juge cite, à titre d'exemple, le notaire qui, oeuvrant dans le cadre d'une liquidation successorale ou d'un partage de communauté, pourrait bénéficier de l'exception.

En l'espèce, le notaire a bien sûr tenté de prétendre qu'il avait agi dans l'exercice de ses fonctions, mais le tribunal a jugé que cette défense n'était pas recevable parce qu'elle ne s'appuyait pas sur la preuve. Selon le juge, cette preuve révèle que le notaire sollicitait, directement ou par l'intermédiaire d'associés, des mandats dont l'exclusivité appartient aux membres de l'Association des courtiers et agents immobiliers. Il ajoute que les mandats obtenus par le notaire n'étaient aucunement reliés à l'exercice de sa profession et n'étaient pas accessoires à son rôle de notaire.

Il ne fait pas de doute que le législateur a voulu restreindre, en modifiant la *Loi sur le courtage immobilier*, le champ d'intervention des avocats et des notaires dans le domaine du courtage immobilier. Cela ressort non seulement de la comparaison de la loi nouvelle avec l'ancienne, mais aussi de tout ce qui a été dit à ce sujet en commission parlementaire lors de ce changement législatif⁵. Ce changement

4. L.R.Q., c. C-73.

5. Voir l'analyse faite par le juge de première instance dans les décisions citées à la note 2.

était en outre souhaité par la Chambre des notaires, ainsi qu'en témoigne une lettre déposée à cette occasion et dans laquelle on peut lire ceci :

Nous avons soumis en réponse au document de consultation de Madame Robic, tant dans notre mémoire qu'en commission parlementaire, qu'afin de mieux protéger le public le courtage immobilier devrait constituer l'activité principale du détenteur de permis [...]. Ainsi, pour le notaire, l'exercice du courtage immobilier devrait demeurer une activité accessoire à son travail afin d'éviter les situations de conflits d'intérêts et de préserver son indépendance.

La législation actuelle permet au notaire de faire du courtage immobilier comme activité principale [...].⁶

Ce souhait de la Chambre des notaires a été exaucé. L'autorisation générale de mener des activités de courtage immobilier du seul fait, pour un notaire, d'être inscrit au tableau de son ordre a été remplacée par une permission restreinte aux activités de courtage connexes à l'exercice de ses fonctions notariales. C'est ce caractère accessoire qui est devenu l'élément déterminant pour décider de la légalité des activités de courtage immobilier faites par un notaire. Cela avait d'ailleurs déjà été reconnu dans une affaire antérieure mettant en cause le même notaire. Il avait été alors acquitté des accusations portées contre lui sur la preuve que les mandats de courtage avaient été obtenus dans le cadre plus général du règlement d'une succession dont ce notaire était alors chargé⁷. Cette décision n'enlève aucun poids aux récents jugements. Au contraire, elle les confirme en reconnaissant que c'est uniquement en apportant la preuve que les activités de courtage sont accessoires à une activité notariale principale que le notaire peut s'en tirer. Il ne faut par ailleurs pas oublier que l'on est ici en matière pénale et que le fardeau d'établir les éléments de l'infraction que l'on reproche au notaire appartient au poursuivant qui doit les établir hors de tout doute raisonnable⁸.

6. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Hudon*, C.Q. Mingan (Ch. cr. et pén.), n° 650-61-002355-034, 16 août 2004, j. De Pokomándy, par. 93 du texte intégral.

7. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Hudon*, J.E. 2000-530 (C.S.).

8. *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Hudon*, précité, note 6, par. 52 du texte intégral.

II. LA PROPRIÉTÉ DES ANCIENS CHEMINS DE COLONISATION

La nature a engendré le droit de communauté ;
l'abus a fait le droit de propriété.
[Saint Ambroise de Milan]

L'expression « chemin de colonisation » est empreinte de poésie. Elle rappelle ces *Belles Histoires des Pays-d'en-Haut* qui ont charmé plus d'un Québécois. C'est toutefois à une réalité moins bucolique, mais tout aussi intéressante, que nous ramène la Cour d'appel dans un arrêt⁹ qui dresse l'historique de la législation relative à la propriété des chemins de colonisation et qui permet d'en mieux comprendre la portée.

Le litige porte sur la propriété d'un chemin, le chemin « Southern », que se disputent une municipalité, des propriétaires riverains et le Procureur général du Québec. Il a comme cause immédiate la décision de la municipalité d'aménager et d'utiliser ce chemin à des fins récréotouristiques, ce à quoi s'opposent un certain nombre de personnes dont les propriétés sont traversées ou contiguës audit chemin. Pour déterminer à qui appartient ce chemin, le tribunal doit remonter dans sa chaîne des titres depuis le jour de sa création jusqu'à aujourd'hui. C'est à l'occasion de cette démarche qu'apparaissent les principaux jalons de la législation concernant les chemins de colonisation.

L'histoire de ce chemin débute en 1931 lorsque la municipalité décide d'exproprier une bande de terrain de 40 pieds de largeur par 4 milles de longueur pour la construction d'un chemin qui doit remplacer un chemin public devant être inondé à la suite de la construction d'un barrage. Cette expropriation a été faite par l'entremise d'un simple procès-verbal homologué par la municipalité et dont une copie certifiée a été déposée au registre tenu à cette fin au bureau de la division d'enregistrement où se trouvait le territoire de la municipalité.

Les propriétaires riverains contestent la validité et l'opposabilité de ce titre de la municipalité aux motifs que le procès-verbal n'est pas translatif de propriété et qu'en plus il n'a pas été publié à l'index des immeubles. Ils invoquent aussi le fait que la description

9. *St-Cyr c. St-Joachim-de-Courval (Municipalité de)*, [2005] R.D.I. 38, J.E. 2005-287 (C.A.).

technique des terrains expropriés n'ait pas été faite en indiquant leurs tenants et aboutissants.

Le tribunal ne retient aucun de ces arguments. Il rejette les deux premiers en invoquant des dispositions du *Code municipal* de l'époque¹⁰ : l'article 787 qui prévoyait que la municipalité pouvait s'approprier le terrain nécessaire à des travaux par un simple procès-verbal et l'article 162 qui n'exigeait que le dépôt de ce dernier au registre des procès-verbaux des municipalités relatifs aux chemins, ponts et cours d'eau. Quant à l'argument concernant la description technique des terrains, le tribunal le rejette faute par ceux qui l'invoquent d'avoir démontré une injustice réelle.

La municipalité avait donc valablement acquis la propriété des terrains concernés au terme du processus d'expropriation entrepris en 1931. Le chemin a par la suite été effectivement construit, mais il n'a jamais été ouvert à la circulation publique parce que le projet de barrage a été abandonné. Il fut cependant toujours entretenu et amélioré par ceux à qui la municipalité en avait laissé l'usage.

Mais là ne s'arrête pas l'histoire de la propriété de ce chemin. La deuxième étape fait suite à un arrêté en conseil de 1959 déclarant « chemins de colonisation » le chemin Southern ainsi qu'un très grand nombre d'autres chemins décrits dans l'annexe de l'arrêté. Cet arrêté qui ne fut publié dans aucun bureau d'enregistrement à l'époque trouvait son fondement dans la *Loi sur les chemins de colonisation*¹¹ qui permettait au lieutenant-gouverneur en conseil de faire semblables déclarations en regard de chemins à construire ou construits, à la condition que la province assume les coûts de construction. Une fois un chemin ainsi déclaré « chemin de colonisation », il devenait propriété de la Couronne provinciale.

Les propriétaires riverains contestent la validité de ce procédé. Ils soulèvent des arguments que rejette le tribunal au motif que ces derniers et leurs auteurs, n'étant plus propriétaires des terrains concernés depuis l'expropriation de 1931, n'ont pas l'intérêt requis pour faire valoir ces moyens. Le tribunal ajoute que même en suppo-

10. Le tribunal précise qu'il s'agissait du *Code municipal* de 1919 et que ce n'est qu'en 1940 que seront adoptés la *Loi relative à l'expropriation* et les articles 1066a) et suivants de l'ancien *Code de procédure civile* (4 Georges VI, c. 71 (1940)).

11. S.R.Q. 1941, c. 108 et *Loi modifiant la Loi sur les chemins de colonisation*, S.Q. 1942, c. 38.

sant qu'ils aient l'intérêt requis, leur recours est prescrit puisqu'il a été entrepris plus de 40 ans après l'arrêté en conseil. Le chemin est donc, depuis 1959, un bien de l'État.

Mais là ne s'arrête toujours pas l'histoire de ce chemin. La troisième étape débute par l'adoption, en 1992, de la *Loi sur la voirie et modifiant diverses dispositions législatives*¹². Le tribunal explique que cette loi, qui abrogeait la *Loi sur les chemins de colonisation*, crée pour l'ensemble du territoire québécois deux réseaux routiers, le premier à la charge du ministère des Transports, le second à celle des municipalités desservies. Les anciens chemins de colonisation devaient en conséquence être intégrés à l'un ou l'autre de ces réseaux et ils cessaient, à compter du 1^{er} avril 1993, d'être des « chemins de colonisation ». C'est sur la base des articles 51 et 52 de la loi de 1992 que leur sort se jouait :

Art. 51. À compter du 1^{er} avril 1993, les chemins de colonisation entretenus par le ministère des Transports et ceux entretenus par les municipalités à cette date cessent d'être des chemins de colonisation et deviennent la propriété des municipalités locales sur le territoire desquelles ils sont situés, sauf ceux situés sur une terre du domaine de l'État qui demeurent propriété de l'État, sous l'autorité du ministre des Transports.

Art. 52. À compter du 1^{er} avril 1993, les chemins de colonisation qui ne sont pas entretenus ni par le ministre ni par une municipalité ne sont plus des chemins de colonisation.

S'ils ne sont que tracés ou projetés ou s'ils ne sont pas utilisés, le terrain prévu pour un tel chemin revient de droit au terrain duquel il a été attaché et il est à la charge du propriétaire de ce terrain.

S'ils sont utilisés, ces chemins demeurent propriété de l'État sous l'autorité du ministre des Transports et les dispositions de la *Loi sur les terres du domaine public* (L.R.Q., c. T-8.1) relatives au chemin du domaine de l'État leur sont applicables jusqu'à ce que le ministre en ordonne la fermeture.

La dernière étape de l'histoire tortueuse de ce chemin survient le 29 novembre 1993 lorsque le ministre des Transports, s'appuyant sur l'article 7 de la *Loi sur les terres du domaine public*, le cède au ministre de l'Énergie et des Ressources, devenu depuis le ministre des Ressources naturelles et de la Faune.

12. L.Q. 1992, c. 54.

Un des propriétaires riverains conteste la validité de ce transfert. S'appuyant sur les deux critères qui permettent de décider du sort des chemins de colonisation, soit l'entretien et l'usage, il prétend que la parcelle de chemin qui a été détachée de son terrain doit lui revenir parce que le chemin n'était, en 1993, entretenu ni par la municipalité ni par le ministère des Transports et qu'il ne faisait pas non plus l'objet d'un usage public.

Le tribunal reconnaît que le chemin n'était à l'époque entretenu ni par la municipalité ni par le ministère, ce qui, en vertu de l'article 51 mentionné ci-dessus, éliminait la possibilité qu'il puisse appartenir à la municipalité. Qu'en est-il toutefois de son usage ? La preuve démontre que le chemin était utilisé à l'occasion par le ministère des Ressources naturelles, par Hydro-Québec et par les propriétaires riverains, ce qui aux yeux du tribunal satisfait aux conditions de la loi qui n'exige pas un usage public. Voici comment s'exprime le juge :

En insistant sur la nécessité d'une utilisation publique du chemin la mise en cause Pinard apporte une précision que l'article 52 ne fait pas. Aucune des dispositions applicables au cours des ans n'a fait dépendre le statut d'un chemin de colonisation de la qualité de ses utilisateurs.¹³

Citant avec approbation les auteurs Bernard Tremblay¹⁴ et Pierre Labrecque¹⁵ qui favorisent une interprétation reposant sur le sens commun du mot « utilisé » qui comprend, à titre d'exemple, une utilisation par les propriétaires riverains dans le cadre de leurs activités, le Tribunal conclut en ces termes :

Au 1^{er} avril 1993, le chemin Southern était donc « utilisé » et il devenait régi par le troisième alinéa de l'article 52. Demeurant propriété de l'État et étant assujetti aux dispositions de la *Loi sur les terres du domaine public*, le ministre des Transports pouvait en disposer comme il l'a fait.¹⁶

13. *St-Cyr c. St-Joachim-de-Courval (Municipalité de)*, précité, note 9, par. 46 du texte intégral.

14. Bernard TREMBLAY, *Le statut des chemins publics*, Québec, Publications du Québec, 1995.

15. Pierre LABRECQUE, *Le domaine foncier public au Québec : traité de droit domaniale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

16. *St-Cyr c. St-Joachim-de-Courval (Municipalité de)*, précité, note 9, par. 51 du texte intégral.

Ainsi se termine l'histoire du chemin Southern qui démontre qu'il peut être aussi difficile, sinon plus, de suivre la chaîne des titres d'un chemin de colonisation que le chemin lui-même. Le parcours est semé d'embûches, au nombre desquelles on peut sans contredit compter la difficulté d'appliquer les critères des articles 51 et 52 de la *Loi sur la voirie*¹⁷. Lorsque la question de savoir si un ancien chemin de colonisation fait partie du domaine public ou du domaine privé repose en définitive sur l'entretien et l'usage dont il faisait l'objet au 1^{er} avril 1993, cela laisse place à bien des discussions et à un haut niveau d'incertitude. À moins d'entente entre toutes les parties concernées, c'est-à-dire le Procureur général, la municipalité sur le territoire de laquelle le chemin se situe et les propriétaires riverains, le recours au tribunal reste la seule solution.

III. L'ACQUISITION PAR UNE MUNICIPALITÉ D'UN CHEMIN PAR « DÉDICACE »

L'inventeur des dédicaces n'a pu être qu'un mendiant.
[Antoine Furetière]

Après la question de la propriété des chemins de colonisation, c'est à celle de l'acquisition des chemins et rues par « dédicace » qu'est confrontée la Cour d'appel¹⁸. Cela lui offre l'occasion de rappeler la nature et les conditions d'existence de ce mécanisme particulier issu de la common law.

La dédicace est un mode d'acquisition de terrains par une municipalité à des fins d'usage public qui obéit à des règles élaborées par la jurisprudence. Voici dans quel contexte cette création jurisprudentielle vient de refaire surface : un demandeur, dont le terrain est enclavé et qui doit emprunter un chemin qui traverse la propriété voisine pour se rendre chez lui, tente de faire reconnaître par le tribunal le caractère public de ce chemin. La municipalité intervient pour appuyer cette prétention, invoquant principalement le mécanisme de la dédicace pour établir son droit de propriété sur le chemin. Le défendeur, propriétaire des terrains que traverse le chemin, s'oppose et prétend que le chemin est privé.

17. L.R.Q., c. V-9.

18. *Simard c. Tremblay*, [2005] R.D.I. 728, J.E. 2005-1838 (C.A.).

La Cour d'appel accepte sans réserve l'analyse faite par le juge de première instance concernant la nature et les conditions d'existence de la dédicace. Ce dernier avait, en s'appuyant sur une étude doctrinale¹⁹, résumé en ces termes les règles de ce mode d'acquisition²⁰ :

- la dédicace est un mode d'acquisition de terrains pour des fins de rue ou de chemin ;
- deux conditions fondamentales sont nécessaires pour qu'il y ait dédicace : une preuve non équivoque que le propriétaire a voulu abandonner son terrain en faveur du public et de la municipalité, et acceptation par celle-ci ;
- celui qui invoque la dédicace a le fardeau de l'établir ;
- les tribunaux ne présument pas facilement de l'*animus dedicandi* ;
- la dédicace est fondée sur l'intention expresse ou présumée du propriétaire : la preuve circonstancielle ou par présomption est donc autorisée ;
- il n'est pas nécessaire qu'un laps de temps précis s'écoule entre le moment de l'expression d'une intention à cet effet par le propriétaire et le moment où s'opère la dédicace ;
- le caractère isolé de certains faits n'est pas suffisant pour donner ouverture à la dédicace.

La dédicace est donc l'abandon volontaire d'une propriété privée au bénéfice d'une municipalité à des fins d'usage public. Elle suppose un *animus dedicandi* de la part du propriétaire et une volonté d'accepter la dédicace de la part de la municipalité. Elle n'a rien à voir avec la prescription et elle peut se réaliser dès la rencontre de ces deux volontés.

Devant le juge de première instance, la municipalité a également tenté d'appuyer ses prétentions concernant la propriété du chemin sur la « verbalisation » qui en avait été faite. Elle a toutefois abandonné ce moyen après s'être heurtée à un arrêt de la Cour d'appel qui refuse tout effet translatif de propriété à ce procédé. Il

19. Jean HÉTU et Yvon DUPLESSIS, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, C.C.H., nos 7.10 à 7.13.

20. *Simard c. Tremblay*, [2004] R.D.I. 916, J.E. 2004-2111 (C.S.), par. 9 du texte original (conf. par [2005] R.D.I. 728, J.E. 2005-1838 (C.A.)).

est utile, afin de bien distinguer la dédicace de la verbalisation, de reproduire l'extrait de cet arrêt cité par le tribunal²¹ :

La prétention de l'appelante à l'effet que [sic] la verbalisation d'un chemin à un effet translatif de propriété est mal fondée ;

Le procès-verbal est l'un des modes dont dispose une municipalité régie par le Code municipal pour ordonner l'ouverture, la construction, la modification, l'entretien, la fermeture, l'abolition ou la démolition d'un chemin, pont ou cours d'eau ;

L'établissement d'un procès-verbal d'ouverture de chemin par un officier municipal et son homologation par le Conseil de la municipalité ne dispense pas celle-ci d'acquiescer l'assiette du chemin par les voies ordinaires, soit le don, la *dédicace*, l'acquisition de gré à gré ou l'expropriation [nos italiques]

Après avoir reconnu la justesse de l'analyse proposée par le juge de première instance, la Cour d'appel, réaffirmant qu'elle ne doit pas intervenir, sauf erreur manifeste, dans l'appréciation de la preuve, approuve aussi les conclusions du premier juge pour qui les faits mis en preuve ne témoignent pas d'un abandon clair et non équivoque par le propriétaire du chemin en faveur de la municipalité. L'appel est donc rejeté.

Comme on le constate, la dédicace peut reposer sur une volonté expresse, mais aussi sur une volonté simplement présumée. Il arrive donc que la municipalité ne détienne pas un titre en bonne et due forme pour en établir l'existence et la rendre opposable. La dédicace est alors plus susceptible, comme en l'espèce, de faire l'objet de contestation entre le propriétaire à l'origine de la dédicace et la municipalité ou, plus souvent, entre les ayants cause à titre particulier de ce propriétaire et la municipalité. Dans un autre arrêt récent²², le tribunal a dû sortir l'artillerie lourde pour établir le droit de la municipalité sur le chemin controversé. Il fait reposer ce droit à la fois sur une dédicace de l'auteur du demandeur, sur une dédicace de la municipalité elle-même, sur la prescription trentenaire et enfin sur l'usage non contesté pendant plus de 10 ans du chemin. Ce dernier motif, le tribunal le puise dans une loi préconfédérale de 1855

21. *Ibid.*, par. 7 du texte original. L'extrait est tiré de l'arrêt *Lac-Simon (Municipalité de) c. 2420-8993 Québec inc.*, J.E. 94-1832 (C.A.). Voir *supra*, note 10, pour le droit antérieur à 1940.

22. *Trudeau c. Hudson (Ville de)*, J.E. 2004-2215 (C.S.).

qui serait toujours en vigueur, l'*Acte des municipalités et des chemins du Bas Canada*²³, et dont l'article 41.9 énonce ce qui suit :

Et tout chemin ouvert et fréquenté comme tel par le public, sans contestation de son droit, pendant l'espace de dix années ou plus, sera censé avoir été légalement reconnu comme grand chemin par quelque autorité compétente comme susdit, et être un chemin suivant l'esprit de cet acte.

Tout cela démontre qu'il peut être très difficile d'établir le droit de propriété d'une municipalité sur un chemin acquis par dédicace lorsque celle-ci est le résultat d'une volonté présumée de la part du propriétaire originaire du terrain sur lequel se situe l'assiette du chemin. C'est sans contredit pour cette raison que cette disposition de la loi de 1855 a été édictée. *Nihil novi sub sole*.

IV. LES DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES ET LE DIVORCE

En ce monde rien n'est certain,
à part la mort et les impôts.
[Benjamin Franklin]

Cette fameuse taxe, dite sarcastiquement de « bienvenue », que perçoivent les municipalités sur les mutations immobilières est-elle exigible lors d'un transfert entre ex-conjoints effectué sur la base d'une entente conclue dans le cadre des procédures de divorce ? Qu'une municipalité le prétende, il ne faut pas s'en étonner. Qu'un contribuable le nie, rien de plus normal. Mais qu'en dit la jurisprudence ? Un tribunal vient de se prononcer sur la question, apportant un peu plus de certitude concernant la solution²⁴.

Les faits à l'origine du litige entre la municipalité et le contribuable peuvent être résumés en trois points :

- signature par des époux dans le cadre des procédures de leur divorce, les 4 et 11 mars 2002, d'un document qualifié de « consentement sur mesures accessoires » comportant la stipulation suivante intitulée « Partage des intérêts financiers » :

23. L.C. 1855, c. 100.

24. *St-Jean-sur-Richelieu (Ville de) c. Beauséne*, [2005] R.D.I. 913, J.E. 2005-1486 (C.M.).

Les parties ayant renoncé à être régis [sic] par la Loi 146 sur le partage du patrimoine familial, procèdent au partage de leurs intérêts financiers de la façon suivante :

A- Immeubles

a) Les parties étant copropriétaires du domicile conjugal sis au [...], le demandeur cède et transfert [sic] sa part de co-propriété [sic] dans ledit immeuble à la défenderesse, afin qu'elle en devienne la seule et unique propriétaire, renonçant à tous ses droits, titres et/ou privilèges qu'il pourrait avoir sur celui-ci ; l'évaluation municipale de cette propriété est de [...].

b) Les parties s'engagent à signer tous documents nécessaires pour donner plein effet au transfert précité devant un notaire, avant le prononcé du divorce à intervenir sur les présentes :

- jugement de divorce, le 21 mars 2002, entérinant et déclarant exécutoire le document signé par les parties en date des 4 et 11 mars 2002.
- signature par les ex-époux, le 21 mai 2002, de l'acte de transfert de l'immeuble et publication le lendemain au registre foncier.

Comme on peut le constater et contrairement à ce qui avait été convenu, l'acte de transfert n'a pas été signé avant le divorce, mais quelques semaines plus tard. Cet acte comporte en outre, sous le titre « Possession », la stipulation suivante : *Le cessionnaire sera seul propriétaire de l'immeuble à compter des présentes, avec possession et occupation immédiates*. Ce sont ces deux faits qui amènent la municipalité à prétendre que le transfert de l'immeuble ne s'est effectué que le 21 mai 2002, soit à une époque où les parties n'étaient plus des conjoints. Elle en conclut que ces derniers ne peuvent donc bénéficier de l'exonération du droit de mutation prévu à l'article 20d) de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*²⁵, ce que conteste évidemment l'ex-conjointe cessionnaire.

Le débat concerne donc l'application de l'alinéa 1 de l'article 20d) de ladite loi qui se lit ainsi :

Il y a exonération du paiement des droits de mutation dans les cas suivants :

[...]

25. L.R.Q., c. D-15.1.

d) l'acte est relatif au transfert d'un immeuble en ligne directe, ascendante ou descendante, entre conjoints ou un cessionnaire qui est conjoint du fils, de la fille, du père ou de la mère du cédant ou qui est le fils, la fille, le père ou la mère du conjoint du cédant ;

Si les parties avaient procédé à la signature de l'acte avant le jugement de divorce ou au plus tard avant le trente et unième jour suivant sa date²⁶, il n'y aurait pas eu de problème puisqu'elles auraient encore été à ce moment des « conjoints » au sens de l'article 20. C'est la raison pour laquelle les auteurs qui se sont penchés sur cette question recommandent de procéder avant l'expiration de ce délai. Ils sont aussi d'avis que le fait de procéder après le trente et unième jour ne permet plus de bénéficier de l'exonération²⁷. Le tribunal ne partage pas ce dernier point de vue.

Le juge décide que c'est au moment même où le divorce prend effet que le transfert s'effectue. Il attribue au jugement de divorce un effet constitutif concernant le droit de propriété de l'immeuble. Selon lui, c'est le jugement de divorce qui crée le transfert du droit de propriété de l'immeuble en entérinant et en déclarant exécutoire le consentement antérieurement donné par les parties dans le cadre des procédures de divorce. Cela ressort clairement des propos suivants :

Dans notre cas la véritable constitution du transfert du droit de propriété ne s'est pas opéré [sic] de la volonté des parties (et ce malgré qu'un consentement ait été signé par les parties), mais bien par la Cour supérieure dans le cadre d'une procédure en divorce.²⁸

Ce motif est discutable. Il arrive qu'un jugement de divorce attribue un droit de propriété à l'une des parties, mais c'est parce que le tribunal exerce alors un pouvoir que lui confère la loi, comme c'est le cas en matière de patrimoine familial²⁹ et de prestation com-

26. En vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur le divorce* (L.R.C., c. D-3.4), celui-ci ne prend effet que le trente et unième jour suivant la date où le jugement qui l'accorde est prononcé.

27. Voir Francis GERVAIS, « Les tribulations d'une législation mal aimée : les droits sur les mutations immobilières », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal (2001)*, vol. 150, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 175 ; Marie-Pier CAJOLET, *Les droits sur les mutations immobilières*, dans Chambre des notaires, Répertoire de droit/Nouvelle série, « Fiscalité » – Doctrine – Document 2, n° 307.

28. *St-Jean-sur-Richelieu (Ville de) c. Beauchesne*, précité, note 24, par. 48 du texte original.

29. Art. 420 C.c.Q.

pensatoire³⁰. La situation est similaire en matière de pension alimentaire et de garde : c'est le jugement qui attribue des droits parce que la *Loi sur le divorce* impose au tribunal le devoir de vérifier les besoins des parties et de protéger les droits des enfants. Mais, en dehors des cas prévus par la loi, un juge n'a pas le pouvoir d'attribuer à un conjoint la propriété d'un bien qui appartient à l'autre conjoint. Dans le présent cas, il ne s'agit pas d'une attribution judiciaire, mais d'une entente entre les parties intervenue dans le cadre des procédures de divorce visant à transférer à un des conjoints la propriété exclusive d'un immeuble détenu en copropriété indivise. C'est de cette entente que résulte le transfert du droit de propriété et non pas du jugement de divorce.

Il faut cependant reconnaître que le tribunal a eu raison de rejeter la réclamation de la municipalité. Il est certain que c'est dans l'entente signée par les parties avant le divorce que le transfert trouve son origine. Il est tout aussi certain que les parties ont conclu cette entente à cause et en vue de leur divorce imminent. Pour elles, le divorce est à la fois la cause et la condition du transfert du droit de propriété. On pourrait dès lors prétendre que lorsque la condition se réalise, le transfert rétroagit à la date de la convention. Cet effet rétroactif n'étant cependant pas obligatoire, les parties peuvent aussi avoir voulu que le transfert ne se produise qu'au moment du divorce. C'est d'ailleurs ce qui, en l'absence d'une volonté clairement exprimée, est le plus vraisemblable. Le transfert intervient alors dès l'instant où le divorce est effectif, non pas parce que le jugement a créé le droit, mais parce que la condition dont dépendait son existence est accomplie.

Il faut aussi donner raison au juge lorsqu'il déclare, dans sa conclusion :

Le tribunal croit que l'intention du législateur relativement à l'article 20 d) de la Loi est d'accorder une exemption aux contribuables qui réalisent ce type de transaction dans un cadre matrimonial. La procédure en divorce est l'ultime étape de ce cadre matrimonial.³¹

Tant et aussi longtemps que la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* ne sera pas modifiée pour clarifier cette

30. Art. 427 C.c.Q.

31. *St-Jean-sur-Richelieu (Ville de) c. Beauchesne*, précité, note 24, par. 62 du texte original.

question, il faut éviter de donner prise à la controverse en laissant entendre, dans l'entente initiale ou dans l'acte qui y donne suite, que le transfert de propriété s'opère après le divorce. Dans la présente affaire, la clause intitulée « Possession » dans l'acte signé postérieurement au divorce n'évite pas ce danger. Il y est écrit que « *Le cessionnaire sera seul propriétaire de l'immeuble à compter des présentes, avec possession et occupation immédiates.* » Cela a incité la municipalité à produire une réclamation et a aussi embarrassé le juge qui a dû contourner l'obstacle en niant le rôle de la volonté des parties dans ce transfert.

V. LA CLAUSE « 6 » DE LA CLAUSE RELATIVE AUX GARANTIES HYPOTHÉCAIRES

Je ne sais pas ce qui me couvre le moins :
les vêtements d'hôpitaux ou ma compagnie d'assurance.
[Gene Perret]

Dès qu'une transaction immobilière comprend l'octroi d'un financement garanti par hypothèque, l'emprunteur contracte l'obligation d'assurer l'immeuble au bénéfice du créancier. Cela se concrétise dans la clause « Assurance » contenue dans tous les contrats d'hypothèque immobilière conventionnelle. En outre, le notaire reçoit, dans les directives que lui adresse l'institution financière, le mandat de s'assurer qu'une telle assurance a été souscrite et qu'elle contient la « clause type relative aux garanties hypothécaires ».

Les avantages de cette dernière clause ont été mis en évidence par un arrêt de la Cour suprême³² de 1990 qui a conclu qu'elle crée un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Il s'ensuit que l'assureur ne peut invoquer les faits et gestes de l'assuré pour refuser de verser au créancier l'indemnité prévue, ce qui lui accorde une protection supérieure à celle de l'article 2497 C.c.Q.

La Cour d'appel du Québec a subséquemment jeté un pavé dans la mare. Elle a décidé, dans une série de trois arrêts rendus entre 1996 et 1999, qu'un créancier hypothécaire qui prend en paiement un immeuble incendié ne peut plus réclamer l'indemnité

32. *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

d'assurance. Selon cette jurisprudence, la prise en paiement, parce qu'elle éteint la créance et l'hypothèque, fait perdre au créancier l'intérêt assurable qu'il détenait en sa qualité de créancier hypothécaire et le prive du droit à l'indemnité d'assurance découlant de la clause hypothécaire³³. Un tempérament a toutefois été apporté pour le cas où le créancier, lors de la prise en paiement, obtiendrait une cession des droits de l'assuré dans l'indemnité d'assurance³⁴. Il peut alors, en sa qualité non plus de créancier mais de cessionnaire, exercer les droits de l'assuré concernant l'indemnité d'assurance.

Une décision récente de la Cour supérieure en arrive à une conclusion contraire. Dans ce litige, on plaidait à nouveau que la prise en paiement empêche le créancier hypothécaire de réclamer l'indemnité d'assurance. Le tribunal rejette cet argument en s'appuyant sur la disposition suivante de la clause relative aux garanties hypothécaires :

6. Saisie. Si les créanciers hypothécaires où leurs ayants droit acquièrent par saisie ou autrement les titres ou les droits de propriété des biens assurés, ils ont droit dès lors au bénéfice de la présente assurance tant qu'elle demeure en vigueur.

Ce jugement soulève deux questions. D'abord, on peut se demander s'il s'agit là d'une décision isolée qui ne trouve appui sur aucun précédent. Ensuite, on peut tenter de voir si elle ébranle les assises de la jurisprudence antérieure.

Concernant la première question, on constate que cette décision n'est pas isolée. Le juge de la Cour supérieure s'appuie sur un arrêt de la Cour d'appel³⁵ rendu en 2000 qui donne effet à une disposition du contrat d'assurance identique à celle ci-dessus reproduite, ce qui permet au créancier hypothécaire de réclamer, malgré la prise en paiement, l'indemnité d'assurance. Quelques mois plus tard, la

33. *Canadian Fur Co. (N.A.) Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1996] R.R.A. 352 (rés.), J.E. 96-930 (C.A.) ; *Gerling globale (La), compagnie d'assurances générales c. Services d'hypothèques Canada-vie ltée*, [1997] R.J.Q. 2695, J.E. 97-1862 (C.A.) ; *Ali c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*, [1999] R.R.A. 427, J.E. 99-1153 (C.A.).

34. *Gerling globale (La), compagnie d'assurances générales c. Services d'hypothèques Canada-vie ltée*, précité, note 33.

35. *Halifax, compagnie d'assurances c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, [2000] R.R.A. 273, J.E. 2000-858 (C.A.).

même cour décidait à nouveau dans le même sens³⁶. Faut-il en conclure que le vent a tourné ? C'est la deuxième question.

Comme on vient de le voir, c'est sur cette clause « 6 » que les tribunaux s'appuient pour donner gain de cause au créancier hypothécaire. Si la jurisprudence antérieure n'est pas suivie, même si cela n'est pas dit expressément dans ces décisions, on présume que c'est parce que les contrats d'assurance en cause ne contenaient pas une telle disposition. Un juge de la Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs dans un arrêt subséquent où le tribunal nie à nouveau à un créancier hypothécaire le droit de réclamer l'indemnité d'assurance. Il écarte la décision rendue en 2000 en ces termes :

Il en aurait été de même dans *Halifax, Compagnie d'assurances c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, [2000] R.R.A. 273, n'eût été de la clause 6 du contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire dans laquelle il était « spécifiquement convenu que le contrat sera continué malgré l'acquisition par le créancier hypothécaire du droit de propriété, par saisie, dation ou autrement ».³⁷

Le sort du litige dépendrait donc de la présence ou de l'absence de cette clause « 6 ». Ainsi, le créancier qui prend en paiement l'immeuble assuré conserve le droit de percevoir l'indemnité si le contrat contient cette clause et il le perd dans le cas contraire, sauf s'il a obtenu une cession des droits de l'assuré lors de la prise en paiement.

Pour expliquer que cette clause préserve l'intérêt assurable du créancier hypothécaire, la Cour d'appel donne l'explication suivante :

L'intimée rétorque que cette clause « 6 » opère *une cession des droits de l'assuré en faveur du créancier hypothécaire* en cas de dation en paiement : l'effet de cette stipulation consensuelle s'opérait [*sic*] malgré la dation en paiement.

De l'avis de cette cour, l'intimée a raison. On ne peut donner un rôle purement accessoire à la clause hypothécaire qui, selon l'arrêt Caisse

36. *Rénovations Plus B.C. inc. c. Lévisienne-Orléans (La), société mutuelle d'assurances générales*, [2000] R.R.A. 616, J.E. 2000-1565 (C.A.). Voir aussi, dans le même sens, *Caisse populaire Desjardins de St-Paul d'Abbotsford c. Promutuel Valmon*, [2001] R.D.I. 373, J.E. 2001-207 (C.Q.).

37. *Halifax Insurance Co. c. Canada Life Insurance Co.*, [2002] R.R.A. 7, J.E. 2002-94 (C.A.), par. 37 du texte original.

populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, crée un véritable contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Il y a donc lieu, en l'espèce, de donner plein effet à la clause « 6 » de ce contrat distinct où il est spécifiquement convenu que le contrat sera continué malgré l'acquisition par le créancier hypothécaire du droit de propriété, par saisie, par dation ou autrement. En conséquence, l'intimée pouvait donc obtenir l'indemnité qui lui est reconnue par la clause « 6 » et, en ce sens, le jugement de première instance qui le lui accorde est bien fondé.³⁸ [nos italiques]

En donnant raison à l'intimée sur la base de l'argument de la cession des droits de l'assuré, la Cour d'appel reprend en quelque sorte les motifs d'un arrêt antérieur suivant lequel une cession de droits lors de la prise en paiement permet au créancier de réclamer l'indemnité³⁹. Cette clause 6 aurait donc le même effet. Mais ne risque-t-on pas, en faisant ainsi reposer les droits du créancier sur l'idée de cession des droits de l'assuré, de sortir du cadre contractuel créé par la clause hypothécaire ? En effet, le créancier qui exerce les droits résultant d'une clause hypothécaire n'agit pas en tant que cessionnaire des droits de l'assuré, mais bien en vertu de droits distincts qui découlent de son contrat avec l'assureur. Faire du créancier un cessionnaire des droits de l'assuré, c'est l'exposer à bien des risques dont celui de lui rendre opposables tous les faits et gestes de l'assuré. Avec respect, il aurait été préférable de simplement dire que la clause « 6 » empêche le créancier de perdre son intérêt assurable et lui conserve tous les droits découlant de la clause relative aux garanties hypothécaires.

Tout serait tellement plus simple si on remettait en cause les conséquences d'une prise en paiement sur la clause hypothécaire et que l'on reconnaissait que cela n'affecte pas les droits du créancier vis-à-vis l'assureur. On éviterait bien des contorsions juridiques. On peut d'ailleurs rappeler que la Cour d'appel a déjà soutenu cette conclusion en distinguant les droits que le créancier détient sur la base de l'hypothèque de ceux qui proviennent de l'assurance⁴⁰. Sans compter qu'il n'y a rien d'abusif à ce qu'un créancier qui prend en paiement un immeuble déprécié par un sinistre récupère la moins-value de l'assureur avec lequel il a contracté. D'ici là, il serait

38. *Halifax Insurance Co. c. Canada Life Insurance Co.*, précité, note 37, par. 9 et 10 du texte intégral.

39. *Gerling globale (La), Compagnie d'assurances générales c. Services d'hypothèques Canada-vie ltée*, précité, note 33.

40. *Veilleux c. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075, J.E. 89-682 (C.A.).

prudent, lors d'un financement hypothécaire, de s'assurer non seulement qu'une clause relative aux garanties hypothécaires a été créée au bénéfice du créancier, mais aussi qu'elle contient une stipulation semblable à la clause « 6 ».

VI. LE BAIL COMMERCIAL IMMOBILIER NON PUBLIÉ

La vie est un bail imposé aux locataires,
sans lecture préalable du cahier des charges.
[Georges Delaforest]

Le bail commercial publié est en principe beaucoup mieux protégé que celui qui ne l'est pas. Ce sont les dispositions des articles 1886 et 1887 C.c.Q. qui explicitent la nature de cette protection que l'on peut résumer ainsi : un bail publié avant la publication de l'acte d'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble ou avant celle de l'acte à l'origine de l'extinction du titre du locateur ne peut être résilié ; un bail non publié ou publié après ces événements peut être résilié par le nouveau propriétaire lors de l'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble sauf si, étant à durée fixe, il reste 12 mois ou moins à courir au bail depuis la date de l'aliénation.

La protection accordée au bail publié a été encore accrue à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel qui a changé radicalement l'interprétation de ces articles en décidant que la date à partir de laquelle il faut se placer pour déterminer si le bail publié peut être résilié par un créancier hypothécaire qui exerce un recours hypothécaire est celle de la publication de l'acte constatant l'aliénation forcée et non plus celle de la publication de l'hypothèque⁴¹.

La courte protection dont bénéficie le bail non publié peut cependant être considérablement accrue par convention. En effet, rien n'interdit à un nouvel acquéreur, lors d'une aliénation volontaire ou forcée, de renoncer à se prévaloir des dispositions de l'article 1887 C.c.Q. qui lui permettent de mettre fin au bail non publié. Cela vient d'être reconnu dans une décision de la Cour supérieure⁴² qui porte sur l'interprétation de clauses tirées de la section Formulaire du *Répertoire de droit* de la Chambre des notaires.

41. *Compagnie Trust Royal c. Pinkerton Flowers Ltd.*, [2004] R.J.Q. 1148 (C.A.) ; Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence en matière de droit immobilier : 1^{er} janvier – 31 décembre 2004 », (2005) 107 R. du N. 138.

42. *Yang c. Dufour*, J.E. 2005-1485 (C.S.).

Le litige oppose le nouveau propriétaire d'un immeuble à un locataire qui exploite un commerce dans les lieux loués. Le propriétaire a acquis l'immeuble et a publié ses droits le 30 décembre 2003. À cette date, le bail n'était pas publié et il restait encore près de 5 ans à courir. Il ne l'a été que le 9 février 2004, soit après la publication de l'acte de vente. S'autorisant des dispositions de l'article 1887 C.c.Q., le propriétaire transmet un préavis de 6 mois au locataire en vue de mettre fin au bail à l'expiration des 12 mois suivant l'aliénation.

Le coeur du litige repose sur l'interprétation de deux clauses de l'acte de vente. La première, placée sous le titre « Obligations de l'acheteur », se lit ainsi :

4. Respecter les baux en vigueur avec droit d'en percevoir les loyers à compter du premier janvier deux mille quatre (2004), le vendeur subrogeant l'acheteur dans tous ses droits lui résultant de ses baux, et l'acheteur déclarant en bien connaître les termes et modalités.

La seconde, placée sous le titre « Déclarations du vendeur », fournit plusieurs détails concernant la durée des baux, le montant des loyers et contient une garantie par le vendeur du paiement des loyers jusqu'en juin 2004.

Invokant ces deux clauses, le locataire prétend que le nouvel acquéreur a renoncé soit implicitement, soit expressément au bénéfice de l'article 1887 C.c.Q. Ce dernier le nie. Il plaide que la seconde clause ne comporte aucune renonciation à son droit de résiliation. Quant à la première clause, il affirme qu'elle a été incluse à son insu à l'acte de vente et demande au tribunal de déclarer qu'il s'agit d'un faux.

Au sujet de la seconde clause qui révèle l'existence du bail et en précise la durée, le tribunal refuse d'y voir une renonciation implicite au droit de résiliation parce qu'elle ne comporte aucun engagement de respecter le bail. Elle ne fait que protéger le vendeur contre une réclamation de l'acheteur fondée sur les dispositions de l'article 1723 C.c.Q. concernant la garantie de propriété⁴³. Faut-il rappeler que cette clause est placée sous le titre « Déclarations du vendeur ». Le tribunal a donc tout à fait raison de reconnaître qu'elle ne constitue pas une renonciation implicite par l'acheteur au droit de rési-

43. Sur cette question, le tribunal se réfère à : Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 208.

liation du bail. Elle porte certes le bail à sa connaissance, mais cela n'est pas suffisant.

Il en va tout autrement de la première clause. L'engagement qu'elle contient de « respecter les baux en vigueur » emporte nécessairement renonciation au droit de résiliation. C'est la conclusion à laquelle en arrive le tribunal qui s'appuie en cela sur un arrêt de la Cour d'appel interprétant l'article 1646 C.c.B.C. d'où origine l'article 1887 C.c.Q. Voici le passage pertinent de cet arrêt⁴⁴ :

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 1646 C.C. a toutefois établi que, si l'acquéreur *s'est engagé, dans l'acte d'aliénation, à respecter les baux en cours*, s'il a renoncé à l'application de l'article 1646 C.C. ou encore *s'il a été subrogé dans les droits et obligations de son auteur*, alors il se verra empêché de résilier les baux déjà consentis. Dans ces cas, toutefois, l'obligation de respecter les baux prenait sa source dans l'engagement conventionnel constaté dans l'acte d'aliénation ou le contrat consenti pour la garantie d'une obligation. *Il s'agit donc d'une stipulation pour autrui en faveur du locataire.* [nos italiques]

Comme on peut le constater, la clause en litige contient deux des trois causes qui entraînent la perte du droit de résiliation : l'engagement par l'acheteur de respecter les baux et la subrogation dans les droits et obligations du vendeur. Cet engagement constitue en outre, selon la Cour d'appel, une stipulation pour autrui au bénéfice du locataire, ce qui lui permet de l'invoquer pour protéger son bail.

L'acheteur a très bien compris les conséquences de cette clause et c'est pourquoi il demande au tribunal de déclarer qu'elle constitue un faux. C'est le seul argument dont il dispose pour s'en débarrasser. Selon le tribunal, les faits mis en preuve ne permettent pas, au contraire, de soutenir ce point de vue. L'acheteur, qui oeuvre dans le domaine immobilier et à qui le projet d'acte de vente comportant les clauses susdites a été soumis, s'en est déclaré satisfait. Il a de plus mandaté un notaire pour le représenter lors de la signature de l'acte, et ce dernier n'a formulé aucune objection sur la présence de ces clauses. En conséquence, rien n'a pu permettre au notaire instrumentant de penser que ces clauses, usuelles dans des contrats semblables, ne reflétaient pas l'intention des parties. Dans les

44. *Société générale (Canada) c. Consumers Distributing Co.*, [1996] R.J.Q. 561, 563, J.E. 96-153 (C.A.).

circonstances, conclut le tribunal, le notaire a agi suivant les règles de l'art et il avait raison de croire que pour toutes les parties impliquées, ces clauses pouvaient être incluses au contrat.

Cette décision permet de bien mesurer la portée d'une clause comportant un engagement de respecter les baux. Cet engagement entraîne la perte du droit de résiliation de l'article 1887 C.c.Q. et il accorde au locataire la même protection que si le bail avait été publié avant l'acte d'aliénation. Elle permet aussi de constater que si une telle clause est usuelle, elle ne doit jamais être insérée sans la certitude qu'elle correspond à l'intention des parties.

Il faut enfin rappeler que l'article 1887 C.c.Q. ne s'applique pas au louage résidentiel. Dans ce cas, c'est l'article 1937 C.c.Q. qui détermine les droits et obligations du nouveau locateur envers le locataire. Ce texte, qui est d'ordre public, ne permet pas au nouveau locateur de mettre fin au bail. L'engagement de respecter les baux n'a donc pas la même portée selon qu'il s'agit de logements résidentiels ou de locaux commerciaux.

VII. LA LONGÉVITÉ DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE

Le secret de la longévité,
c'est de continuer à respirer.
[Bruce Lansky]

Il est de ces vieilles institutions juridiques qui, malgré les ans, n'ont pas encore fini de livrer tous leurs secrets. C'est le cas de la clause révocatoire dans une vente immobilière.

Susceptible d'entraîner la résolution rétroactive de la vente, la clause révocatoire fragilise non seulement le droit de propriété de l'acquéreur, mais aussi les droits réels de tous ceux qui ont subséquentement transigé avec lui. Cela serait un moindre mal si les conditions d'existence et d'exercice de ce droit de résolution ne prétaient pas à discussion. Sous le *Code civil du Bas Canada*, ces conditions ne faisaient pas l'unanimité et, même s'il n'en est plus ainsi sous le *Code civil du Québec*, il n'est pas certain que l'on n'ait plus à se préoccuper du droit antérieur.

Une décision récente de la Cour supérieure⁴⁵ fournit l'occasion de se pencher sur cette question. Cette occasion est d'autant plus belle que le litige soulève un problème de droit transitoire qui oblige à examiner le droit nouveau et le droit ancien. Rappelons d'abord ce droit.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, l'article 1536 établissait les conditions d'existence du droit de résolution du vendeur d'un immeuble en ces termes :

1536. Le vendeur d'un immeuble ne peut demander la résolution de la vente, faute par l'acheteur d'en payer le prix, à moins d'une stipulation spéciale à cet effet.

Le second alinéa de l'article 1537 C.c.B.C. ajoutait que :

Ce droit ne peut, en aucun cas, être exercé après l'expiration de dix ans à compter du temps de la vente.

Sous le *Code civil du Québec*, c'est l'article 1742 qui pose ces conditions :

1742. Le vendeur d'un bien immeuble ne peut demander la résolution de la vente, faute par l'acheteur d'exécuter l'une de ses obligations, que si le contrat contient une stipulation particulière à cet effet.

S'il est dans les conditions pour demander la résolution, il est tenu d'exercer son droit dans les 5 ans à compter de la vente.

En vertu de cet article, la résolution de la vente n'est possible, pour quelque défaut que ce soit de l'acheteur, que si l'acte de vente comporte une clause résolutoire claire et précise en ce sens. Les mots « faute par l'acheteur d'exécuter l'une de ses obligations » excluent tout doute sur cette question.

Sous le droit antérieur, les mots « faute par l'acheteur d'en payer le prix » de l'article 1536 C.c.B.C. laissaient place à discussion. Compte tenu que la résolution est une sanction qui existe de plein droit en vertu des règles générales des obligations, on pouvait se demander si la clause résolutoire expresse était vraiment nécessaire pour permettre la résolution en cas d'inexécution d'une autre obligation que celle de payer le prix.

45. *Domaine du massif c. Ruel*, [2005] R.D.I. 344, J.E. 2005-877 (C.S.) (appel rejeté sur requête C.A. Québec, n° 200-09-005181-059, 30 mai 2005).

Faribault, parmi d'autres⁴⁶, soutenait que sans clause résolutoire expresse, le seul recours du vendeur était une poursuite visant à réclamer le paiement du prix. Il ajoutait que « le prix comprend non seulement des sommes d'argent, mais également toutes les prestations que l'acheteur a promis de faire, car c'est tout cela qui représente la valeur de la chose qu'il a reçue »⁴⁷.

La Cour d'appel a d'abord adopté cette thèse dans un litige où, faute de clause résolutoire expresse, elle a refusé au vendeur le droit à la résolution pour le défaut de l'acheteur de respecter un droit de préemption⁴⁸. Ce même tribunal, dans un second arrêt, a cependant reconnu à un vendeur le droit à la résolution pour une contravention à une obligation de ne pas faire survenue plus de 10 ans après la vente et ce, sans que l'acte comporte de clause résolutoire expresse⁴⁹. Très critiqué⁵⁰, cet arrêt n'en a pas moins compliqué la tâche de l'examineur de titres.

Si la résolution pour une autre cause que le paiement du prix échappe aux dispositions de l'article 1536 C.c.B.C., elle échappe aussi à celles de l'article 1537 C.c.B.C. Ce n'est plus alors le délai de 10 ans prévu à ce dernier article qui s'applique, mais celui de 30 ans du droit commun. En ce dernier cas, cela signifie, comme l'illustre le second arrêt de la Cour d'appel, que le délai ne commence à courir que du jour de l'inexécution et non de celui de la vente⁵¹. Il en résulte une grande insécurité des titres de propriété, ce qui est exactement le contraire de ce qui était recherché en 1867 par l'adoption de l'article 1536 C.c.B.C.

Les commissaires chargés de la rédaction du *Code civil du Bas Canada* ont en effet indiqué que l'introduction dans le droit du

46. Voir aussi W.M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 138 ; Pierre LESAGE, « Résolution de vente immobilière », (1955-56) 2 *C. de D.* 47 ; Pierre MARTINEAU, « De la résolution d'une vente immobilière pour défaut de paiement du prix », (1958-59) 61 *R. du N.* 255 ; Yvan DESJARDINS, « Les actes à titre onéreux », (1964) *C.P. du N.* 48.

47. Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. XI, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, nos 354 et s.

48. *Romanesky c. Romanesky*, [1989] R.D.I. 636 (C.A.).

49. *Cimon c. Archevêque catholique romain de Québec*, [1990] R.J.Q. 729 (C.A.) (arrêt rendu sur division).

50. Voir Yvan DESJARDINS, « Un regrettable arrêt de la Cour d'appel », (1990-91) 93 *R. du N.* 216 ; Louis MARQUIS, « Le caractère incertain de la condition », (1990) 50 *R. du B.* 193.

51. Voir aussi, dans le même sens, Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2^e éd., Sherbrooke, Les Éditions Quid Juris, 1994, p. 184.

Québec de la règle de l'article 1536 C.c.B.C. avait pour but de mettre de côté l'ancien droit français en matière de résolution d'une vente immobilière afin d'assurer la sécurité des titres immobiliers⁵². Compte tenu de cette intention avouée, il est difficile d'adhérer à l'analyse faite par la Cour d'appel dans son second arrêt. Le législateur ne pouvait logiquement introduire la règle de l'article 1536 C.c.B.C. et laisser subsister le droit ancien qui permettait la résolution sans clause expresse. En regard de la sécurité des titres, cela aurait été comme vouloir une chose et son contraire tout à la fois. C'est ce que disait le juge Gendreau, dissident, dans ce même arrêt de la Cour d'appel :

En somme, je crois que la résolution de la vente immobilière est un droit conventionnel, restreint dans sa nature et limité quant à sa durée. Les commissaires ont donc voulu que la résolution de la vente faite de paiement du prix fasse l'objet d'une stipulation expresse. Il ne pourra qu'en être de même de toutes autres obligations assumées par l'acheteur, que le vendeur voudra assujettir à une garantie réelle accessoire.⁵³

On peut maintenant revenir à cette décision récente de la Cour supérieure⁵⁴. Dans cette affaire, les faits pertinents se résument à peu de chose. D'abord, un acte de vente immobilière, du 2 décembre 1990, contenant une clause résolutoire pour garantir au vendeur l'obligation de l'acheteur de lui payer des frais éventuels d'infrastructure et d'ouverture de rues. Ensuite, un acte de vente du même immeuble, du 10 mars 2004, dans lequel l'acquéreur déclare assumer la clause résolutoire et les engagements relatifs aux frais. Le litige oppose cet acquéreur, qui demande au tribunal d'ordonner la radiation de la clause résolutoire, au défendeur, un ayant cause à titre particulier du vendeur initial, qui s'y oppose. La seule question à trancher est celle de la longévité de cette clause résolutoire. Autrement dit, peut-elle encore être exercée aujourd'hui ou est-elle éteinte ?

Le tribunal se penche d'abord sur un argument du défendeur suivant lequel l'assumption par l'acquéreur, en 2004, aurait fait naître une nouvelle clause résolutoire. Il le rejette en affirmant qu'il n'existe qu'une seule clause résolutoire, celle prévue à l'acte de

52. Voir les commentaires des commissaires chargés de la rédaction du *Code civil du Bas Canada* cités dans L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 47, p. 333.

53. *Cimon c. Archevêque catholique romain de Québec*, précité, note 49, p. 736.

54. *Domaine du massif c. Ruel*, précité, note 45.

vente initial du 22 décembre 1990. Il faut lui donner raison parce que l'assumption d'une obligation garantie par une clause résolutoire n'a pas pour effet de créer une nouvelle clause résolutoire, pas plus que l'assumption d'une obligation garantie par hypothèque ne crée une nouvelle hypothèque. Il ne s'agit que de délégation de paiement. Reste la question de la durée de vie de la clause résolutoire initiale.

Sur ce point, le tribunal s'en remet sans hésitation à l'article 1537 C.c.B.C. qui fixe à 10 ans de la date de la vente le délai pour exercer la résolution. Or, puisque l'acte de vente date de 1990 et que la demande de radiation de la clause a été faite en 2004, le tribunal doit tenir compte des règles de droit transitoire pour savoir si c'est le délai de dix ans de l'article 1537 C.c.B.C. qui s'applique ou celui de cinq ans de l'article 1742 C.c.Q. Cela l'amène, sur la base des articles 4 et 6 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁵⁵, à décider qu'en l'espèce c'est le délai de cinq ans de l'article 1742 C.c.Q. qui s'applique et qu'il court depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il déclare donc la clause résolutoire éteinte depuis le 1^{er} janvier 1999 et en ordonne la radiation.

Cette décision s'inscrit dans le courant qui vise à restreindre l'exercice du droit de résolution plutôt qu'à l'étendre. Malgré le fait que la clause résolutoire protégeait une obligation autre que celle de payer le prix de vente, jamais le tribunal n'a laissé entrevoir la possibilité que le délai pour exercer la résolution pouvait courir à compter d'un autre moment que celui de la vente, ni qu'il pouvait être d'une durée supérieure à ce que prévoit l'article 1537 C.c.B.C. C'est un pas de plus dans la bonne direction.

En fin de compte, on constate que la thèse qui accepte qu'une vente immobilière puisse être résolue en dehors des paramètres des articles 1536 et 1537 C.c.B.C. n'a que très peu d'adeptes. C'est nettement l'opinion contraire qui prédomine. En vertu de celle-ci, on peut affirmer qu'aucune vente immobilière conclue sous le *Code civil du Bas Canada* ne peut aujourd'hui être résolue parce que les délais pour le faire sont expirés. Compte tenu des dispositions de l'article 6 de la *Loi sur la réforme du Code civil*, le délai maximum pour le faire expirait cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, soit le 1^{er} janvier 1999. C'est là une conclusion qui rejoint l'objectif de sécurité des titres immobiliers que recherchait le législa-

55. L.Q. 1992, c. 57.

teur en 1867. Quant au droit nouveau, il ne donne pas prise à la controverse et il ne permet en aucun cas la résolution d'une vente immobilière en dehors des paramètres de l'article 1742 C.c.Q. La présence d'une clause résolutoire est absolument nécessaire et sa longévité est connue et certaine : elle est de cinq ans à compter de la vente. Cela aussi s'inscrit dans l'objectif de sécurité des titres immobiliers.