

LA FONCTION CRÉATRICE DE DROIT DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS MESURÉE A L'AUNE DE SON ACTIVITÉ PRINCIPALE

François Frenette

Volume 103, numéro 2, septembre 2001

XXIII^E CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT LATIN, ATHÈNES
(GRÈCE) - Octobre 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046086ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046086ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Frenette, F. (2001). LA FONCTION CRÉATRICE DE DROIT DU NOTAIRE
QUÉBÉCOIS MESURÉE A L'AUNE DE SON ACTIVITÉ PRINCIPALE. *Revue du
notariat*, 103(2), 213–252. <https://doi.org/10.7202/1046086ar>

Tous droits réservés © François Frenette, 2001

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

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

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

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

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

THÈME II

LA FONCTION CRÉATRICE DE DROIT DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS MESURÉE A L'AUNE DE SON ACTIVITÉ PRINCIPALE

François Frenette*

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION

2. LA CONTRIBUTION DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS A
L'ÉLABORATION DES RÈGLES DE DROIT AU
REGARD DES ACTES STRICTEMENT RÉSERVÉS À
SA COMPÉTENCE

3. LA CONTRIBUTION DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS A
L'ÉLABORATION DE RÈGLES DE DROIT AU REGARD
DES ACTES HABITUELLEMENT DRESSÉS EN
FORME AUTHENTIQUE

4. CONCLUSION

* Professeur associé, notaire à Québec.

1. INTRODUCTION

1. Les notaires du Québec ne se perçoivent pas d'emblée et, de ce fait, ne reconnaissent pas ouvertement qu'ils exercent, sur le plan professionnel, une fonction créatrice de droit. Fidèles à la description que l'ancienne *Loi sur le notariat*¹ leur donne d'eux-mêmes, ils se définissent d'abord et plutôt comme officier public et conseiller juridique, voire comme officier public ou conseiller juridique². La dernière version de la *Loi sur le notariat*, sanctionnée le 5 décembre 2000, indique également, ce qui est nouveau et s'inscrit dans le prolongement du rôle d'officier public, qu'ils ont pour mission de collaborer à l'administration de la justice³. Enfin, une littérature juridique relativement récente présente le notaire québécois comme le « juriste de l'entente », le « magistrat du non contentieux », le « magistrat de la juridiction consensuelle », l'« architecte de l'ordre social privé » et l'« officier du contrat ». Ces perceptions, définitions, cas de figure et métaphores donnent clairement à entendre que le rôle exact du notaire dans le développement des règles de droit au Québec est méconnu et qu'il faut, tant pour en démontrer l'existence que pour en évaluer sa pertinence, chercher à déduire ce rôle des activités professionnelles qui meublent le quotidien de la pratique du notaire au Québec⁴.

2. Au Québec, comme dans la plupart des pays membres de l'Union internationale du notariat latin, le notaire se distingue essentiellement par sa compétence en qualité, d'une part, de rédacteur d'actes et, d'autre part, de juriconsulte. La parcelle d'autorité publique que lui reconnaît l'État a simplement pour effet, mais c'est déjà beaucoup, de conférer plus d'autorité sur le plan probatoire aux actes qu'il reçoit et de justifier une dévolution en sa faveur de certaines fonctions

1 *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-2, a. 2 et 9d).

2 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Commission des états généraux sur le notariat*, Synthèse des audiences régionales et recommandations, Montréal, 1995, p. 5-6.

3 *Loi sur le notariat*, L.Q. 2000, c. 44, art. 10.

4 Voir l'excellent texte de Pierre CIOTOLA, « L'influence de la pratique notariale sur l'évolution des droits réels », [1989] R.D.I., 673.

liées à l'administration de la justice⁵. Aussi, est-ce d'abord et avant tout en examinant de près comment le notaire québécois rédige ses actes et donne ses avis que sa juste participation à l'élaboration du droit peut être adéquatement décelée et circonscrite. L'ampleur de cette tâche ainsi que l'absence d'instruments de mesure fiables en ce qui a trait à l'influence de son conseil, nous oblige toutefois à ne considérer, dans le cadre de cette étude, que l'activité à laquelle il est le plus généralement associé : celle de rédacteur d'actes.

3. L'écrit est un acquis de civilisation. En Occident, il est généralement estimé à plus haut prix que le verbe. La primauté reconnue à l'écrit est manifeste chez tous les membres de la communauté juridique. Elle l'est toutefois davantage chez les notaires pour qui l'écrit est à l'origine de leur profession. *Scripta manent* qui est la devise de la Chambre des notaires du Québec, témoigne on ne peut mieux de ce fait. Il en est de même de la maxime *Lex est quod notamus* adoptée par nos homologues français.

4. La préférence marquée des notaires pour le texte écrit ne s'exprime pas de façon générale, bien au contraire, mais plutôt de façon sélective, très sélective même. Originellement chargés par le pouvoir établi de recevoir les actes de juridiction volontaire, de rédiger des ententes liant les parties comme des décisions de justice le feraient, les notaires ont développé une expertise pour ce type d'écrit à caractère solennel et commémoratif, doté d'une valeur probante supérieure et traduisant avec exactitude la nature et l'étendue des engagements

5 *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q., 1998, c. 51. Cette loi, qui est entrée en vigueur le 13 mai 1999, permet la présentation à un notaire de demandes relatives au conseil de tutelle, à la nomination ou au remplacement d'un tuteur au mineur, à l'ouverture ou à la révision d'un régime de protection, au mandat en prévision de l'incapacité, à la vérification des testaments et aux lettres de vérification. Un règlement du Bureau de la Chambre des notaires approuvé par le gouvernement fixe les conditions d'accréditation des notaires en ces matières. *Projet de règlement, Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, 1999, 131^e année, 20 janvier, n° 3, G.O. II, 143.

pris par les parties, c'est-à-dire l'acte authentique. Cette pratique notariale spécifiquement axée sur l'acte authentique s'est exercée, la chose était prévisible, au détriment de tout rôle utile susceptible d'être joué par l'acte sous seing privé⁶. Dans l'analyse en cours, il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur la fonction créatrice de droit du notaire québécois considérée à la lumière d'actes sous seing privé qu'il a dressés et qu'il dresse plus exceptionnellement à la demande de certains clients.

5. L'acte authentique répond à des exigences de forme on ne peut plus strictes en matière de rédaction. Son contenu est par ailleurs dicté par les prescriptions d'une loi déjà en vigueur et dont le respect doit être assuré par un choix de mots appropriés pour procurer l'effet recherché par les parties. Enfin, l'intervention du notaire survient avant celle du tribunal, une intervention du tribunal qui doit être à tout prix évitée, voire remplacée par l'autorité de l'acte authentique. Tous ces facteurs contribuent, selon nous, à situer l'activité notariale davantage dans l'orbe de la fonction judiciaire que dans celui de la fonction législative, d'où sans doute les expressions déjà signalées : « magistrat du non contentieux » et « magistrat de la juridiction consensuelle ». L'acte authentique tend naturellement moins à créer le droit qu'à l'exprimer de façon appliquée pour le bénéfice des parties contractantes. Ces observations n'excluent pas pour autant que la rédaction des actes authentiques puisse fournir un apport significatif au développement de la loi. Cela se produit la plupart du temps, mais pas toujours, en rapport avec des dispositions supplémentives de la loi par opposition à celles qui sont d'ordre public. Considérons donc de suite la survenance du phénomène dans le cadre, *d'une part*, des actes authentiques spécialement réservés aux notaires et, *d'autre part*, des actes habituellement dressés en forme authentique par les membres de la profession notariale au Québec.

6 Sur l'écrit comme pierre angulaire de la profession notariale et le rôle du formalisme dans les actes, voir : Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N.* 1; Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C.P. du N.* 101.

2. LA CONTRIBUTION DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS A L'ÉLABORATION DES RÈGLES DE DROIT AU REGARD DES ACTES STRICTEMENT RÉSERVÉS À SA COMPÉTENCE

6. Les actes authentiques spécialement réservés à la compétence des notaires sont relativement peu nombreux. La plupart d'entre eux étaient déjà prévus au *Code civil du Bas Canada* dès 1866. Il y eut un ajout important en 1969, la déclaration de copropriété portant sur un immeuble, et des additions mineures en 1969 et 1989 ayant trait, respectivement, à la renonciation au partage des acquêts et à la renonciation aux droits dans le patrimoine familial. La courte liste a été allongée d'un seul cas lors de la recodification de 1994 avec l'acceptation d'une succession antérieurement répudiée.

7. La compétence exclusive reconnue aux notaires pour la réception de certains actes n'est pas liée uniquement à leur capacité de pouvoir, comme officiers publics, les doter d'une valeur probante supérieure⁷. Cet avantage était certainement escompté, mais il aurait normalement dû, considérant la règle de la meilleure preuve retenue au *Code civil*⁸, être étendu à tous les autres actes juridiques.

8. Par delà l'effet probatoire et les observations plus pointues qui seront faites plus tard, le législateur a aussi prescrit l'acte notarié pour les actes les plus graves de la vie parce que son formalisme poussé devait permettre « ...aux parties contractantes de prendre la mesure de leur cocontractant, de découvrir plus clairement ce que chacun cherche à faire... »⁹. Ainsi, lors de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866, le contrat de mariage était surtout un arrangement de famille, arrangement à effet durable comprenant donations entre vifs et à cause de mort non seulement entre les futurs époux, arrangement permanent survenant en marge d'une

7 Art. 1208 C.c.B.C.; art 2814 (6) C.c.Q.

8 Art. 1204 C.c.B.C.; art 2860 C.c.Q.; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2860 C.c.Q., p. 1791.

9 Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N.*, 1, 28, n° 52.

institution religieuse qui laissait son empreinte en filigrane sur le contrat et sur le rôle dévolu à chacune des parties signataires. Tous devaient être pleinement conscients de l'importance de l'événement, à commencer par les futurs époux¹⁰. Le formalisme inhérent à l'acte authentique favorisait cette prise de conscience. Il en était de même en matière de libéralités, actes inusités dans le cadre du quotidien et pratiqués habituellement dans le cercle restreint des personnes apparentées avec, en arrière plan, un certain nombre de charges importantes. L'hypothèque emportait pour sa part dérogation au principe de l'égalité des créanciers advenant insolvabilité du débiteur.

9. Il est peut-être plus difficile d'invoquer l'argument de sociologie juridique ci-dessus pour justifier l'exigence de l'acte notarié portant minute dans d'autres cas comme, par exemple, celui de la déclaration de copropriété divise d'un immeuble. La compétence particulière du notaire, son domaine habituel de pratique et l'importance du respect de la forme en vue de la publicité requise, paraissent devoir alors servir d'explication. Quoi qu'il en soit sur ce, voyons dès à présent quel a été et quel est le comportement du notaire lors de la rédaction de chacun des actes qui lui sont réservés en loi.

2.1 Le contrat de mariage

10. Le formalisme auquel est astreint le contrat de mariage¹¹ avait à l'origine pour but d'empêcher les conjoints d'avoir, par l'entremise de l'acte sous seing privé susceptible d'être antidaté, un moyen facile d'éluider la loi leur interdisant de se faire aucun avantage durant le mariage¹². Cette interdiction a disparu avec la réforme des régimes matrimoniaux en 1969¹³, mais la prescription relative à l'acte notarié est demeurée.

10 Ces arrangements étaient d'autant plus importants qu'ils n'étaient autrefois possibles que par contrat de mariage avant la célébration du mariage. Art. 1257 et 1265 C.c.B.C.

11 Art. 1264 C.c.B.C.; art. 440 C.c.Q.

12 CHS. C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. IX, Montréal, Eusèbe Senécal & Fils, 1883, p. 779 et 783.

13 Art. 1265 C.c.B.C., tel que modifié par L.Q. 1969, c. 77, art. 27.

11. De nos jours, au Québec, le contrat de mariage occupe une place sans cesse réduite parmi les nombreuses activités du notaire. Il faut dire, d'une part, que la clientèle pour pareil contrat s'est réduite comme peau de chagrin suite au déclin de l'autorité de l'Église, pour qui le mariage était d'abord et avant tout une institution religieuse. Entre 1971 et 1995 seulement, le nombre de mariages a diminué de plus de moitié et l'union libre a été banalisée. Il faut, d'autre part, souligner l'adoption de dispositions législatives importantes en droit des personnes et de la famille depuis 1931¹⁴, dispositions qui rendent moins pressant le besoin d'un recours au contrat pour établir, par l'aménagement du régime légal ou le choix d'un autre régime, un rapport équilibré entre les conjoints. À vrai dire, la volonté de l'état s'est graduellement et pour bonne part substituée à celle que pourrait vouloir exprimer les parties dans un contrat de mariage.

12. À l'époque où le mariage était de rigueur pour ceux et celles qui désiraient unir leur destinée et faire vie commune aussi bien qu'à celle qui a suivi et où un vent de libéralisme a soufflé sur toute la société québécoise, il n'apparaît pas que le dossier du praticien en matière de rédaction de contrat de mariage a été aussi reluisant que tous le souhaiteraient. Cela ne change toutefois rien aux répercussions que la manière de rédiger ce contrat a pu avoir sur le développement du droit matrimonial.

13. C'est en conseillant aux futurs époux de se marier sous le régime de la séparation conventionnelle de biens que le notaire a, pendant un siècle environ, permis à des générations de citoyens et surtout, de citoyennes, d'échapper en partie aux contraintes d'un régime légal correspondant au contexte d'une société traditionnelle et réactionnaire. Cette pratique, considérée dans son ensemble, ne fut pas sans influence sur le remplacement du régime légal de la communauté des meubles et acquêts par celui de la société d'acquêts à compter du ler

14 . *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, L. Q. 1931, c. 101; *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L. Q. 1964, c. 66; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L. Q. 1969 c. 77; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L. Q. 1989, c. 55.

juillet 1970¹⁵, c'est-à-dire par un régime de type séparatiste « qui, tout à la fois, respectait l'autonomie, l'égalité et l'indépendance des deux époux et permettait à chacun de participer, lors de la dissolution du régime, aux bénéfices réalisés pendant sa durée »¹⁶. En y regardant de près cependant, cette pratique avait à la fois ses limites et ses faiblesses.

14. La principale entrave du notaire au moment de la rédaction du contrat de mariage en séparation de biens avait trait à l'incapacité juridique de la femme mariée. Le choix du régime ne changeait rien à cette incapacité de principe que le législateur allait lever par étapes en 1931 et 1964¹⁷ seulement, mais il ouvrait largement la porte aux exceptions à la règle, aux tempéraments. Estimant sans doute que le choix même de la séparation de biens permettait déjà aux conjoints de se démarquer suffisamment du régime légal et de ses vicissitudes sur le plan de l'incapacité de la femme mariée, la très grande majorité des notaires de l'époque n'ont pas de suite senti le besoin de suggérer et d'insérer, au contrat, des aménagements au sujet d'un mandat domestique ou de l'assentiment du mari pour la succession, la donation ou l'exécution testamentaire acceptée par son épouse ou pour la disposition qu'elle souhaiterait faire de ses immeubles, voire de ses meubles¹⁸. Conscient par ailleurs que la séparation conventionnelle de biens faisait automatiquement perdre à la femme le droit, inhérent au régime légal, de participer aux gains acquis pendant le mariage¹⁹, notamment par son travail au foyer, les notaires ont ajouté au contrat une série de mesures

15 *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L. Q. 1969, c. 77, avec mise en vigueur au 1^{er} juillet 1970.

16 *Assemblée Nationale du Québec* (4^e session, 28^e Législature), Bill 10 – L'éditeur officiel du Québec, 1969. Notes explicatives, n° 8 *in fine*.

17 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, L. Q. 1931, c. 101; *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L. Q. 1964, c. 66; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*; L. Q. 1969 c. 77; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L. Q. 1989, c. 55.

18 Le consentement du mari ou du juge était requis pour l'aliénation de ses biens meubles avant 1931. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, L. Q. 1931, c. 101.

19 Par le partage des biens communs.

compensatoires sous forme de donations consenties par le futur époux. Le geste, bien pensé et bien intentionné, était trop timide malheureusement et, partant, le contrat manquait encore d'équité. En effet, le montant des donations entre vifs était généralement très faible et n'était jamais indexé. L'exécution de la donation était de plus reporté dans le temps, avec le décès du mari comme terme ultime. L'institution contractuelle, pour sa part, était presque toujours révocable lorsqu'elle était universelle et irrévocable seulement lorsqu'elle était à titre particulier. Ceci étant, la réforme des régimes matrimoniaux de 1969²⁰ viendra offrir une alternative au couple qui, tout en rejetant et la communauté légale et la séparation de biens traditionnelle, souhaitait établir entre eux une « véritable association pécuniaire ».²¹

15. La loi de 1969 portant réforme des régimes matrimoniaux au Québec n'a pas eu immédiatement pour effet d'inciter les notaires à une pratique, en matière de contrat de mariage, plus adaptée aux mœurs et valeurs d'une société en pleine mutation. Ils ont continué, pendant un certain temps, à suggérer aux futurs époux la séparation conventionnelle de biens²² comprenant des donations entre vifs et à cause de mort toujours aussi imparfaites au regard des besoins fondamentaux des époux et des valeurs nouvelles en émergence sur le plan social²³. Aussi, et sauf preuve du contraire, est-il difficile de soutenir que la fonction notariale, vécue au quotidien de la rédaction des contrats de mariage après l'instauration d'un nouveau régime légal, a contribué de façon très positive à l'avènement des interventions législatives de 1980 et de 1989 prévoyant, d'une part, un « régime primaire » d'ordre

20 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, L. Q. 1931, c. 101; *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L. Q. 1964, c. 66; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L. Q. 1969 c. 77; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L. Q. 1989, c. 55.

21 Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 C.P. du N. 1, 36 n° 69.

22 Camille CHARRON, « La séparation de biens comme régime légal ? Un essai de bilan », (1971-72) 74 R. du N. 307, p. 318.

23 Jacques AUGER, « Une formule pas comme les autres », (1973-74) 76 R. du N. 407. Voir aussi : René SAVATIER, « Le bon et le mauvais usage des formulaires notariaux », (1976-77) 79 R. du N 57.

public relatif, *inter alia*, à la protection de certains biens²⁴ et au droit à une prestation compensatoire²⁵ et, d'autre part, la création d'un patrimoine familial favorisant l'égalité économique des époux²⁶. Toutefois, la clause d'insaisissabilité, qui était de style dans toutes les donations entre vifs de « meubles meublant et autres effets de ménage » faites par le futur époux à la future épouse dans les contrats de mariage en séparation de biens rédigés par les notaires, a sans doute inspiré le législateur en ce qui a trait aux mesures portant sur la sauvegarde des meubles servant à l'usage du ménage. Par ailleurs, les « clauses de divorce », c'est-à-dire les dispositions imaginées par les notaires, à partir de l'introduction de l'article 208 C.c.B.C. en 1970, pour « régler conventionnellement le sort des donations ²⁷» consenties entre vifs et à cause de mort advenant divorce, séparation de corps ou nullité du mariage, ont certes laissé leur marque dans le texte des articles 435-437, 531-532 et 557-558 C.c.Q., devenus 385-386, 509-510 et 519-520 C.c.Q. lors de la réforme de 1994, notamment en ce qui a trait à la nullité et la caducité des donations à cause de mort. Quant au reste, c'est-à-dire la protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire et le patrimoine familial, le législateur québécois a dû intervenir d'autorité pour instaurer des mécanismes de défense et d'égalité entre les époux²⁸ sur l'un et l'autre de ces points.

16. Au terme de notre étude sur la fonction créatrice de droit des notaires québécois manifestée à l'occasion de la rédaction du contrat de mariage, il est difficile de passer sous silence les efforts que bon nombre de notaires ont déployés

24 Résidence familiale et meubles garnissant la résidence principale de la famille et affectés à l'usage du ménage.

25 En raison de l'apport d'un des époux à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint.

26 Patrimoine composé des biens constituant habituellement le principal avoir des conjoints : résidences, meubles meublant, véhicules automobiles et droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite.

27 Jacques AUGER, « La "clause de divorce" dans les donations par contrat de mariage », (1976-77) 79 *R. du N.* 80, p. 81.

28 Sur l'évolution du droit afférent aux régimes matrimoniaux, lire : Roger COMTOIS, « Le rôle du praticien dans l'évolution des règles de droit », (1974-75) 77 *R. du N.* 151.

avec sérieux et constance depuis une décennie pour l'établissement de conventions matrimoniales mieux adaptées à la situation des parties et, surtout, mieux conçues sur le plan préventif. Prenant en compte la fragilité indéniable des unions sanctionnées en loi, notre confrère et collègue, M. Alain Roy, qui peut être considéré comme le porte-étendard de ces praticiens, propose, à titre d'exemple, l'annexe d'un inventaire des avoirs du futur couple pour faciliter un éventuel partage de biens, l'attribution d'une pension alimentaire de type indemnitaire pour compenser le préjudice économique subi par le conjoint en raison de son activité au foyer ou d'un recul dans la promotion de sa carrière à la suite d'un déplacement profitable pour le travail de l'autre, l'utilisation d'une procédure de suivi juridique pour éviter la rupture induite de l'équilibre des rapports économiques entre époux et, enfin, la détermination du mode de gestion de la rupture du lien matrimonial²⁹. Tout porte à croire que des initiatives de ce genre ne sont pas étrangères aux mesures législatives relativement récentes ouvrant aux notaires la porte de la médiation en matière familiale³⁰.

2.2 La déclaration de copropriété divise d'un immeuble et ses modifications

17. C'est en 1969 que le législateur, soucieux d'offrir à la population québécoise un cadre légal pour un mode d'accès à la propriété gagnant sans cesse en popularité sur le continent nord américain, a introduit au *Code civil du Bas Canada* les articles 441b à 442p consacrés à la copropriété des immeubles³¹. Cette forme de copropriété ne pouvait, comme le titre coiffant lesdits articles l'indiquait³², être établie que par la publication d'une déclaration notariée portant minute³³. La courte liste des actes authentiques réservés à la stricte compétence des notaires était, ainsi et pour la première fois, allongée depuis la mise en vigueur du Code civil en 1866.

29 Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 R. du N. 64.

30 Infra, parag. n° 65.

31 *Loi concernant la copropriété des immeubles*, L. Q. 1969, c. 76, entrée en vigueur le 28 novembre 1969.

32 « De la copropriété des immeubles établie par déclaration ».

33 Art. 441m C.c.B.C.

18. L'adoption de l'article prescrivant la forme authentique en minute pour la déclaration de copropriété a été précédée d'un long et âpre débat en commission parlementaire³⁴. Cette forme était prévue dans la version originale du projet de loi, mais un amendement fut proposé pour à la fois écarter la nécessité d'un acte authentique et permettre, de ce fait, aux avocats de rédiger une déclaration de copropriété. Les membres de la commission parlementaire qui étaient notaires et avocats de leur état ainsi que les représentants de la Chambre des notaires du Québec et du Barreau du Québec se sont alors respectivement livrés à un plaidoyer *pro domo* pour faire valoir leur autorité dans un nouveau champ de pratique. Essentiellement, et par delà les insinuations qui parsèment le discours des uns et des autres, il semble, car c'est tout ce qui peut en être dit dans le contexte des délibérations de la Commission, que la haute qualité probatoire de l'acte notarié reçu en minute et la grande facilité d'en obtenir des copies d'une égale valeur aux fins de publicité et de diffusion, ont été déterminants pour écarter la proposition d'amendement. La référence au précédent de l'article 2098 C.c.B.C. portant sur la déclaration de transmission, la garantie de conservation procurée par l'acte notarié portant minute et le savoir « reconnu » du notaire en matière immobilière n'ont pas, comme arguments, reçu un accueil très favorable aux motifs, d'une part, que la situation justifiant l'article 2098 C.c.B.C. en 1866 n'était pas comparable à celle prévalant en 1969, d'autre part, que la conservation de la déclaration était assurée par sa publication et, enfin, que la compétence des avocats dans le domaine de l'immobilier et de la publicité des droits ne pouvait être mise en doute. Quoi qu'il en soit, la lecture des débats laisse clairement entrevoir que les gens de robe ont alors effectué un recul purement stratégique, espérant qu'avec le temps il en serait de la déclaration de copropriété comme de l'acte de fiducie, un acte principalement rédigé par l'avocat et reçu par le notaire à seules fins de lui conférer un caractère authentique et d'en faciliter tant la publication que la reproduction. Or, le temps, précisément, s'est chargé de leur donner tort. La copropriété des immeubles a été et demeure un champ de pratique largement dominé par les notaires au Québec, un champ de pratique où ils font tout, sauf de la figuration.

34 Journal des débats de l'Assemblée nationale, fascicule 1(8 et 15 janvier 1969), fascicule 2 (3 juin 1969), fascicule 3 (14 août 1969), fascicule 4 (18 septembre 1969) et fascicule 5 (1^{er} octobre).

19. La législation sur la copropriété des immeubles est demeurée inchangée pendant plus de vingt ans, soit jusqu'à la révision du Code civil en 1994, à l'exception d'un amendement en 1988³⁵ qui n'avait pas trait à la prescription relative à l'acte notarié portant minute pour la déclaration visant à établir une copropriété. Cette exigence fut d'ailleurs retenue au moment de la révision du Code³⁶, et ce, sans qu'il y ait la moindre remise en cause du bien-fondé de la compétence exclusive des notaires en la matière. Un certain nombre de modifications furent cependant apportées au droit de la copropriété des immeubles en 1994. Ces modifications constituent l'évaluation du législateur sur le développement du marché et de la pratique dans le domaine de la copropriété au cours des années 1970 et 1980. Avant de nous y intéresser, il convient cependant de considérer une autre réaction du législateur qui est en lien direct avec la question à l'étude.

20. Quelques années seulement après l'introduction au Code des dispositions gouvernant la copropriété des immeubles, soit en 1973, le gouvernement québécois étendait à l'échelle de la province le contrôle des loyers exercé jusqu'alors sur certains immeubles seulement. Cherchant à se soustraire à ce contrôle, les propriétaires d'édifices à logement de toute taille entreprirent de les convertir en copropriété. La chose n'avait rien d'illégal en soi et le notaire prêta volontiers son concours à la poursuite d'intérêts qui devait conduire à l'éviction de nombreux locataires incapables ou non désireux de se porter acquéreur de leur logement. Comme le mouvement prenait de l'ampleur, notamment dans la région de Montréal, la conversion d'immeubles à logement en copropriété fut assujettie à l'autorisation préalable d'une autorité administrative en 1974, pour être ensuite, en décembre 1975, carrément interdite du fait de l'imposition d'un moratoire d'un an, reconduit d'année en année jusqu'en 1988. La protection

35 Infra, parag. n° 63.

36 Art. 1059 C.c.Q. Il est à noter que l'article 441m C.c.B.C. imposait la forme notariée en minute pour la déclaration de copropriété ainsi que pour toutes modifications à celle-ci, y compris donc au règlement de la copropriété. L'article 1059(1) C.c.Q. n'exige plus cette forme pour les modifications au règlement.

des locataires occupants était ainsi assurée³⁷. Il serait faux de prétendre que les notaires ne s'en soient pas également souciés, mais leurs clients ont de toute évidence requis et obtenu la rédaction des déclarations de copropriété et leur publication.

21. Revenons maintenant aux modifications apportées aux droits de la copropriété des immeubles par la recodification de 1994³⁸. Plusieurs d'entre elles officialisent ou condamnent des habitudes de pratique assez bien établies. Notons dès l'abord l'article 1052 C.c.Q. précisant que la déclaration de copropriété « comprend l'acte constitutif de copropriété, le règlement de l'immeuble et l'état descriptif des fractions ». Cette disposition doit, à notre avis, être interprétée comme une reconnaissance officielle quant à la manière de procéder des notaires depuis 1970. En effet, les notaires du Québec avaient dû, dès l'introduction au Code des dispositions sur la copropriété des immeubles, construire de toute pièce un schéma de déclaration conforme aux prescriptions de la loi en la matière. Ce schéma d'acte, couramment utilisé par la suite, comprenait à tout le moins les trois grandes divisions ou parties mentionnées par l'article 1052 C.c.Q., et ce, nonobstant l'absence de titres spécifiques à cet effet. Le législateur a donc retenu l'essentiel de ce que les notaires avaient conçu et il l'a formulé de manière à faciliter les distinctions et précisions applicables selon le cas³⁹. Une observation semblable doit être faite au sujet des articles 1071 et 1072 C.c.Q. traitant du fonds de prévoyance. Le *Code civil du Bas Canada*, tel qu'amendé par la loi concernant la copropriété des immeubles, était muet sur l'existence d'un tel fonds. Les notaires avaient toutefois déjà compris son utilité, voire sa nécessité, et avaient pris l'habitude

37 Pour les détails afférents à cette période, voir : Louise THIBAUT-ROBERT, « Les contraintes imposées par le législateur à la libre utilisation et disposition d'un immeuble en location; le rôle de la Régie du logement », (1980) 2 *C.P. du N.* 293; Nicole ARCHAMBAULT, et Jean-Yves CRÊTE, « Conversion d'un immeuble locatif en copropriété divisée : droits et obligations des propriétaires et des locataires », (1988) 4 *C.P. du N.* 277; Serge ALLARD, *Copropriété divisée*, Collection Essentiel Immobilier, Montréal, Association de l'immeuble du Québec, 1989 p. 33-41.

38 Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* », (1993-94) 96 *R. du N.* 323, 337.

39 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 610-611.

de prévoir son établissement dans quasiment toutes les déclarations de copropriété qu'ils rédigeaient⁴⁰. Le poids d'une telle pratique ne peut être qu'à l'origine des articles 1071 et 1072 C.c.Q.

22. Reprenant à son compte bon nombre des recommandations formulées par un groupe d'experts dès 1982⁴¹, le législateur québécois a par ailleurs profité de l'occasion de la réforme du Code pour introduire un train de mesures qui mettent les copropriétaires à l'abri d'un contrôle de la copropriété par le promoteur. L'influence de ce dernier est en effet courbée du fait de l'obligation d'indiquer à la déclaration «la méthode suivie»⁴² pour établir la valeur relative des fractions et par celle de prévoir une contribution aux charges communes en fonction uniquement de cette valeur relative⁴³. L'influence du promoteur est également atténuée par la réduction progressive et automatique du nombre de voix dont il peut disposer en assemblée⁴⁴ ainsi que par la durée prescrite du temps où il peut conserver l'administration de la copropriété⁴⁵. Enfin, la nouvelle administration le remplaçant peut mettre fin sans pénalité aux contrats d'entretien et de services de toutes sortes par lui accordés pour plus de douze mois⁴⁶. Toutes ces nouvelles dispositions du Code civil peuvent bien avoir le promoteur comme cible apparente, nous avons le sentiment que le notaire est également visé par l'intervention législative. C'est par l'entremise du notaire et grâce à son expertise en la matière en effet que le promoteur arrivait à asseoir son autorité dans la déclaration et, partant, dans la vie de la copropriété. Si, et comme cela a sans doute dû se produire, le notaire a cherché à faire valoir et à protéger les intérêts des copropriétaires éventuels face au promoteur, le législateur a estimé, au vu du contenu de trop nombreuses déclarations, qu'il ne pouvait compter uniquement sur lui pour faire prévaloir une situation d'équilibre entre eux au moment de la rédaction d'un acte ayant, en l'espèce, le promoteur comme seul comparant.

40 Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* », (1993-94) 96 *R. du N.* 323, 345.

41 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Gouvernement du Québec, *Rapport du Groupe de travail sur la copropriété*, Québec, 1982.

42 Art. 1053(2) C.c.Q.

43 Art. 1064 C.c.Q.

44 Art. 1091, 1092 C.c.Q.

45 Art. 1104 C.c.Q.

46 Art. 1107 C.c.Q.

2.3 La renonciation à une succession et sa rétractation

23. Le formalisme entourant la confection d'un acte de renonciation volontaire à une succession⁴⁷ tient à la règle voulant que telle renonciation ne puisse se présumer, ne puisse se faire de façon tacite, règle elle-même dictée à titre de mesure préventive semble-t-il. Il importait en effet d'éviter qu'un successible devienne, par ignorance, légèreté ou dol, un étranger à la succession dévolue en sa faveur⁴⁸. La solennité de l'acte notarié et de la déclaration judiciaire dont il est donné acte favorise la réflexion chez le renonçant et rend exprès le parti qu'il a pris.

24. Le texte de l'article 651 du *Code civil du Bas Canada* est demeuré sensiblement le même lors de la réforme du Code en 1994. Là où l'«acte notarié» était autrefois prévu, l'article 646 (2) C.c.Q. exige maintenant l'«acte notarié en minute» offrant de meilleures conditions de conservation et, partant, de preuve de la survenance d'une renonciation expressément faite. L'article 649 C.c.Q., qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'article 657 C.c.B.C. sur la faculté reconnue à un successible d'accepter dans certains cas et à certaines conditions la succession qu'il avait auparavant répudiée, prévoit par ailleurs, ce qui est nouveau, que cette acceptation tardive doit revêtir les mêmes formes que celles prescrites pour la répudiation. À notre avis, les habitudes de pratique des notaires expliquent en partie la modification quant à l'acte notarié en minute. La logique aurait par ailleurs servi de fondement à la nouveauté concernant l'acceptation de la succession ayant déjà fait l'objet d'une répudiation.

2.4 Les renonciations à la communauté, au partage des acquêts et aux droits dans le patrimoine familial

25. La renonciation de la femme à la communauté a, dès 1866, été associée à la renonciation à une succession, d'où la

47 Art. 651 C.c.B.C.; art. 646 C.c.Q.

48 CHS. C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. V, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1880, p. 514-515; François LANGELIER, *Cours de droit civil*, t. II, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 407; Germain BRIÈRE, « Les successions » dans *Traité de droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 245.

même exigence quant à la forme de l'acte, savoir : l'acte notarié⁴⁹ et, à partir de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux* en 1969⁵⁰, l'acte notarié portant minute. Les mêmes raisons expliquent donc l'origine de la prescription et la modification du texte initial. Il est à préciser que le mari, comme chef de la communauté, ne pouvait y renoncer. L'épouse devait, quant à elle et suite à l'introduction de l'article 624c C.c.B.C. en 1915, choisir entre ses droits matrimoniaux et sa part de succession⁵¹.

26. Lorsque le régime de la communauté de biens a cédé sa place à la société d'acquêts comme régime légal⁵², il était on ne peut plus normal d'assujettir la renonciation au partage des acquêts à la même règle de forme⁵³ que la renonciation à la communauté. Par ailleurs, le lien entre les acquêts et les biens composant le patrimoine familial justifiait qu'il y ait identité de régime au plan de la forme de l'acte pour la renonciation aux droits dans le patrimoine familial⁵⁴. La réforme du Code en 1994 n'a rien changé à la situation⁵⁵.

2.5 La donation

27. L'article 824 C.c.Q. requérant, sous peine de nullité, l'acte notarié en minute pour toute donation de bien meuble ou immeuble, sauf le don manuel, reproduit la règle de l'article 776 C.c.B.C. introduite en 1866. Les Codificateurs de l'époque n'ont alors pas précisé les raisons fondant la prescription. La littérature juridique qu'ils ont consultée et qui a servi de base à leur proposition en la matière, illustre assez bien toutefois les origines et les raisons d'être du formalisme prescrit.

28. L'article I de l'ordonnance de 1731 du chancelier Henri François d'Aguesseau a mis fin à une polémique entre jurisconsultes sur la validité de la donation entre vifs sous seing privé en stipulant que «tous actes portant donation entre vifs

49 Art. 1345 C.c.B.C.

50 *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969 c. 77.

51 *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*, L.Q. 1915, c. 74, a. 5.

52 *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L. Q. 1969 c. 77.

53 Art. 1266u C.c.B.C. L'acte notarié en minute fut imposé à partir de 1980 seulement (art. 501 C.c.Q.- ancien).

54 Art. 462(10) C.c.Q. - ancien.

55 Art. 423(2) et 469(1) C.c.Q.

seront passés par devant notaire, et il en restera minute, à peine de nullité⁵⁶. Le but poursuivi était alors de prévenir les fraudes en empêchant le donateur de faire des donations qu'il serait maître d'anéantir, de révoquer en retenant ou détruisant l'acte sous seing privé ou en brevet les constatant. La minute vient assurer l'irrévocabilité de l'acte ainsi que sa date, tout en augmentant les chances de sa conservation⁵⁷.

29. Il faut ici se rappeler que la donation a, pendant très longtemps, suscité la méfiance parce qu'il s'agissait d'un acte tendant non pas à une simple modification de la composition du patrimoine du donateur comme le ferait un acte à titre onéreux, mais bien à une diminution de l'importance de ce patrimoine. Susceptible d'être préjudiciable au donateur lui-même, qui aurait agi avec désinvolture ou qui se serait exposé à des manœuvres de captation, la donation privait aussi ses parents et ses créanciers de biens qu'ils escomptaient, les premiers, recevoir par succession ab intestat et, les seconds, saisir-exécuter advenant le défaut de leur débiteur. Il était donc capital, pour assurer la protection de tous les intéressés, que la donation soit un acte encadré aux plans de la forme et du fond⁵⁸. Outre les avantages liés à l'acte notarié en minute déjà mentionnés à l'alinéa précédent, le formalisme propre à ce type d'acte fournit aux parties un précieux temps d'arrêt pour prendre la mesure de ce qu'ils font.

30. Ceci étant, les notaires du Québec ont-ils, par le biais de la rédaction des actes de donation qu'ils ont reçus, exercé une quelconque influence sur les changements législatifs qui sont intervenus en la matière depuis la codification de 1866 ? En réponse à la question, précisons, dans un premier temps, qu'il y a eu peu de modifications apportées aux articles 754 à 830

56 CHS. C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. VI, Montréal, Eusèbe Senécal, 1881, p. 389, voir aussi p. 390 et 400.

57 *Id.*; P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. VI, Montréal, C. Théoret, 1902, p. 60-61.

58 Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, 6-13; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, p. 1131, 1132.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, p. 1131, 1132.

C.c.B.C. entre 1866 et 1994. Qui plus est, toutes ces modifications portaient, à une ou deux exceptions près, sur la capacité de donner et de recevoir et témoignaient principalement de l'évolution des mœurs dans notre société. Les actes dressés par notaires n'ont donc pu avoir et n'ont effectivement pas eu d'impact sur ces changements de texte au Code civil. La recodification de 1994 laisse entrevoir une autre réalité.

31. Lors de la révision du Code, le législateur québécois a choisi de simplifier l'ensemble du droit des libéralités en assouplissant les conditions plutôt strictes auxquelles elles étaient assujetties⁵⁹. Le but poursuivi a d'abord été atteint en considérant la donation comme un contrat ordinaire, dorénavant gouverné par les règles générales applicables à tout contrat. Il a également été atteint par des changements de texte prenant acte des «réalités modernes»⁶⁰ et des acquis du droit positif. Quatre de ces changements portent, selon nous, la trace indélébile d'habitudes de pratique bien établies en matière de rédaction. Il s'agit de la disposition concernant la validité de la donation à terme ainsi que celle dont l'exigibilité est retardée au décès du donateur⁶¹. Ces deux formes de donation entre vifs étaient fréquemment prévues en contrat de mariage. Le notaire y avait aussi recours en matière de planification successorale. Il s'agit également de l'article 1811 C.c.Q., de droit nouveau, confirmant la validité des donations indirectes et déguisées lorsqu'elles respectent les règles de fond propres aux donations et les règles de forme «correspondant à l'acte dont elles revêtent les traits»⁶². Répondant à la demande de clients désireux, pour des motifs parfaitement légitimes, de ne pas faire étalage des largesses consenties, le notaire a maintes et maintes fois fait appel à ces techniques de simulation simples et efficaces. Il faut surtout mentionner l'article 1841 C.c.Q. qui, contrairement au *Code civil du Bas Canada*, établit la révocabilité de principe pour la donation à cause de mort prévue au contrat de mariage. Ce renversement

59 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, p. 1131, 1132.

60 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, p. 1156.

61 Art. 1807(2) C.c.Q.

62 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, p. 1136.

de règle est une tentative avouée du législateur d'adapter ce type de donation «aux réalités sociales contemporaines»⁶³, adaptation que les notaires avaient réussi il y a des décennies déjà en prévoyant de façon très généralisée la révocation en l'espèce, par tout mode de disposition autorisée en loi. Enfin, signalons l'article 2649 C.c.Q. qui, tout en étant situé au Livre Des priorités et des hypothèques, a trait aux donations. La stipulation d'insaisissabilité, qui était monnaie courante dans les actes rédigés par les notaires, doit être désormais «temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime»⁶⁴. L'insaisissabilité étant un avantage appréciable, le législateur ne veut justement pas qu'elle résulte d'une clause de style, ce qu'elle était peut-être devenue chez trop de praticiens.

2.6 L'hypothèque immobilière

32. L'Honorable Sir François Langelier⁶⁵ doutait de l'opportunité de la règle du Code civil de 1866 prescrivant la forme authentique pour l'acte d'hypothèque⁶⁶, forme authentique devant porter minute à compter d'un amendement en date de 1938⁶⁷. P. B. Mignault estimait pour sa part que «la rigueur de la loi s'explique par le désir de se conformer à la tradition plutôt que par des raisons de grand poids»⁶⁸. En réalité, le poids de la tradition y est pour beaucoup. La forme prescrite avait à l'origine pour but d'éviter les fraudes dans la date de l'acte constitutif de l'hypothèque, date qui déterminerait le rang hypothécaire. Cet argument ne tenait déjà toutefois plus lors de la promulgation du *Code civil du Bas Canada*, puisque les articles 2047 et 2130 C.c.B.C. attribuaient à l'enregistrement, c'est-à-dire à la publicité, le rôle de fixer le rang d'une hypothèque. Il est en de même sous le *Code civil du Québec* en vertu des articles 2941 et 2945 C.c.Q. Et pourtant, l'article 2693 C.c.Q. maintient l'exigence de l'acte notarié en minute pour l'hypothèque immobilière. La tradition, il faut croire, a ses mérites.

63 *Id.*, p. 1132.

64 Art. 2649 C.c.Q.

65 François LANGELIER, *Cours de droit civil*, t. VI, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 277.

66 Art. 2040 C.c.B.C.

67 *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1938, c. 98, a. 2.

68 P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. IX, Montréal, C. Théoret, 1916, p. 120.

33. Si l'hypothèque est réservée au notaire, celui-ci a-t-il pour autant, par sa façon de rédiger l'acte d'obligation hypothécaire, laissé sa marque sur les principales interventions législatives en la matière ? Le contenu des actes qu'il a régulièrement dressés, faut-il répondre, n'a pas laissé le législateur indifférent. Bien au contraire !

34. Suite et préférence sont les principaux avantages des créanciers hypothécaires contraints à l'exécution forcée pour toucher leur dû⁶⁹. Vint un temps cependant, au cours des décennies qui suivirent la Grande Guerre, où ces avantages ne suffirent plus aux créanciers prêteurs d'argent. À la demande de ces derniers, les notaires, s'inspirant, d'une part, de pratiques connues dans les provinces de *Common law* et exploitant, d'autre part, les possibilités offertes par les articles 1085 et 1592 C.c.B.C., introduisirent à l'acte d'obligation hypothécaire la clause par après dénommée «dation en paiement». Cette clause, qui fut standardisée, offrait aux créanciers, advenant le défaut du débiteur, de devenir le propriétaire incommutable de l'immeuble donné en garantie rétroactivement à la date de publication de l'acte d'obligation hypothécaire. Les créanciers pouvaient s'en prévaloir sans préavis, sans égard à l'importance des sommes déjà versées à titre de remboursement en capital et intérêts par le débiteur et sans obligation aucune de restituer pareille somme à ce dernier. Il était difficile d'imaginer situation plus enviable pour les créanciers⁷⁰. À cette époque, ceux-ci ne laissaient jamais le choix du notaire au débiteur et on peut douter que les consommateurs de crédit, notamment, les plus petits et, partant, les plus vulnérables, aient été traités avec toute l'impartialité requise en la circonstance.

35. Ce qui était à craindre et était prévisible avec la clause de dation en paiement, finit par se produire : il y eut de nombreux abus de la part des créanciers ; suffisamment pour inciter le législateur non pas à l'interdire, mais plutôt à en tempérer sa procédure de mise en œuvre. Jugeant la clause léonine, le législateur, à l'instar de ce qu'il avait déjà fait pour la

69 Art. 2016 C.c.B.C.; art 2660 C.c.B.C.

70 Paul-Yvan MARQUIS, « Les effets des privilèges de l'article 2013 C.c. », (1975) 1 C. P. du N. 131, 144-151.

vente d'immeuble avec stipulation expresse de résolution et pour la vente à réméré en 1938⁷¹, amenda le Code civil par loi du 19 mars 1964⁷² en ajoutant une section au chapitre des contrats, section intitulée «De l'équité dans certains contrats», comprenant les articles 1040a à 1040e C.c.B.C. Dès lors, les créanciers bénéficiant d'une clause de dation en paiement stipulée à l'acte d'obligation hypothécaire ne pouvaient s'en prévaloir sans donner, publier et signifier un avis de soixante (60) jours précisant le défaut donnant ouverture à l'exercice de leur droit de devenir propriétaires irrévocables de l'immeuble grevé ou d'en disposer⁷³. Pendant ce délai, et même par la suite, tant que les choses n'avaient pas pris un cours définitif, le débiteur ou toute personne intéressée pouvait, en payant les frais, remédier au défaut signalé et à tout autre subséquent⁷⁴. L'amendement au Code accorda même au tribunal la faculté de réduire ou d'annuler les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent si, suivant sa discrétion, « elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante, compte tenu du risque et des circonstances en l'espèce »⁷⁵. L'intervention législative a ainsi forcé les notaires à modifier la formulation de la clause de dation en paiement, tout en leur fournissant l'opportunité de signaler au débiteur hypothécaire comment telle formulation assurait un équilibre des prestations entre les parties dans le cadre de la disposition.

36. L'amendement au Code civil en 1964 ne fut pas la seule occasion donnée au législateur québécois d'exprimer son intérêt pour la clause de dation en paiement et ses effets. Lors de la réforme générale du droit des sûretés en 1994, réforme marquée au coin de la simplification et de l'uniformisation desdites sûretés quant à leur nombre, leur objet, leur mode d'établissement et leur réalisation⁷⁶, le législateur a en effet choisi, considérant la fréquence et la constance de son utilisation,

71 *Infra*, parag. n° 48-49.

72 *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L. Q. 1964, c. 67. Voir, par ailleurs : ALBERT MAYRAND, « De l'équité dans certains contrats » dans *Lois nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965 p. 51.

73 Art. 1040a C.c.B.C.

74 Art. 1040b C.c.B.C.

75 Art. 1040c C.c.B.C.

76 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, p. 1653.

d'élever la clause de dation en paiement au rang des recours légaux mis à la disposition de tout créancier hypothécaire⁷⁷, recours limité au nombre de quatre(4) dans le nouveau Code⁷⁸. La disposition contractuelle originairement conçue par le notaire a ainsi été transformée en prise en paiement assujettie à des conditions d'exercice semblables à celles prescrites par les anciens articles 1040a et 1040b C.c.B.C. (signification et publication d'un préavis de 60 jours, précision de la nature et de l'importance du défaut, désignation de l'immeuble visé). La prise en paiement ne peut d'ailleurs être recherchée par le créancier sans autorisation du tribunal «lorsque le débiteur a déjà acquitté, au moment de l'inscription du préavis du créancier, la moitié, ou plus, de l'obligation garantie par l'hypothèque»⁷⁹. Qui plus est, le débiteur ou les créanciers hypothécaires subséquents peuvent, dans le respect de certaines conditions et délais, exiger que le créancier poursuivant «abandonne la prise en paiement et procède lui-même à la vente du bien ou le fasse vendre sous contrôle de justice»⁸⁰, c'est-à-dire opte pour un autre recours autorisé en vertu de la liste fermée prévue aux articles 2660 et 2748(2) C.c.Q. En conclusion, l'élaboration et l'évolution de la clause de dation en paiement dans les actes portant hypothèque immobilière illustrent on ne peut mieux la fonction créatrice de droit du notaire au Québec.

37. En matière d'hypothèque, le notaire québécois n'a pas fait montre de talent uniquement avec la clause de dation en paiement. À partir de la Deuxième Guerre mondiale environ, il a aussi imaginé maintes autres clauses où conventions relatives à l'obligation garantie par hypothèque, «clauses accessoires» toutes destinées à bonifier la position prédominante du créancier. Nombre de ces clauses accessoires ont eu un suivi sur le plan législatif. Il s'agit de celles relatives à l'assurance de l'immeuble d'une part et, d'autre part, au transport des loyers.

77 Art. 2660 et 2748(2) C.c.Q. Il faut signaler que le nouveau Code interdit, à l'article 1801 C.c.Q., toute clause de dation en paiement à l'ancienne, c'est-à-dire celle où le créancier se réserverait, à titre de garantie, le droit de devenir propriétaire irrévocable des biens de son débiteur ou le droit d'en disposer.

78 Les autres recours hypothécaires sont la prise en possession aux fins d'administration, la vente par le créancier et la vente sous contrôle de justice.

79 Art. 2778 C.c.Q.

38. La clause d'assurance⁸¹ imposait d'abord au débiteur l'obligation d'assurer et maintenir assuré l'immeuble hypothéqué pour un montant à tout le mois égal à celui de la dette. Elle contraignait également le débiteur à céder en garantie l'indemnité de l'assurance au créancier qui, advenant un sinistre, avait la faculté de l'imputer au remboursement de la dette ou à la reconstruction ou réfection de l'immeuble. La clause d'assurance était à ce point devenue partie intégrante des actes d'obligation hypothécaire dressés par notaire, que le législateur introduisit au Code civil en 1974, lors d'une réforme du droit des assurances⁸², l'article 2586 C.c.B.C. aux termes duquel les indemnités d'assurance exigibles étaient «attribuées au créancier ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation, moyennant simple dénonciation et justification de leur part». L'article 2568, adopté à la même occasion, venait par ailleurs protégé le créancier bénéficiant d'un transport en garanti de l'indemnité qui avait été signifié à l'assureur. Ce dernier ne pouvait résilier ou modifier le contrat d'assurance au détriment du créancier sans avis préalable d'au moins quinze jours⁸³. La recodification de 1994 a retenu, à l'article 2497 C.c.Q., le principe de l'attribution légale de l'indemnité d'assurance aux créanciers prioritaires et hypothécaires. La protection particulière accordée aux créanciers bénéficiant d'un transport en garantie d'indemnité d'assurance est également reprise au Code civil en 1994. L'article 2478 C.c.Q. est toutefois libellé en des termes démontrant que tel transport est devenu une hypothèque et, plus précisément, une hypothèque mobilière sur créance individualisée. Il appert ainsi que le transport en garantie de l'indemnité de l'assurance dans la clause d'assurance a indubitablement servi, avec d'autres facteurs, nous en convenons, à ouvrir la voie à la reconnaissance de l'hypothèque mobilière sur toute espèce de biens meubles au *Code civil du Québec*.

81 Sur le sujet, voir : Louise THISDALE, « Quelques innovations législatives en assurance de dommages », [1978] *C.P. du N.* 1.

82 *Loi sur les assurances*, L. Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976.

83 Le transport en garantie du droit à l'indemnité d'assurance en vertu de l'article 2568 C.c.B.C. venait bonifier la position du créancier suivant l'article 2586 C.c.B.C. Voir Louise THISDALE, « Quelques innovations législatives en assurance de dommages », [1978] *C.P. du N.* 1, 34-35.

39. La clause de cession ou transport de loyers de l'immeuble hypothéqué allait, du fait d'avoir été systématiquement prévue, jouer un rôle et connaître une destinée semblable à celle afférente au transport en garantie de l'indemnité de l'assurance. Elle devait en effet servir de vecteur à l'introduction de l'hypothèque sur un bien meuble au *Code civil du Québec* en 1994 et devenir elle-même, selon l'article 2695 C.c.Q., une forme particulière d'hypothèque immobilière nonobstant le caractère mobilier de son objet, c'est-à-dire une créance. Sans cette hypothèque, le créancier ne peut avoir droit aux revenus de l'immeuble grevé pour les employer aux fins stipulées dans l'acte constitutif, comme, notamment, le bon entretien de l'immeuble et/ou le remboursement de l'obligation garantie.

40. Bien d'autres dispositions de l'acte portant hypothèque d'immeuble sont du cru du notaire. Mentionnons, à titre d'exemple, les stipulations de solidarité entre débiteurs, d'indivisibilité de la dette, de déchéance du terme pour causes diverses non prévues au Code et, enfin, de paiements d'une indemnité forfaitaire pour remboursement anticipé de la dette garantie. Toutes ces stipulations, encore une fois favorables au créancier, sont conformes au droit général sur les obligations. Elles font évidemment la loi des parties au contrat, mais ne paraissent pas avoir eu de répercussions sur le plan législatif, si ce n'est celles de la multiplication conventionnelle des cas de perte du bénéfice du terme spécifiquement envisagée par le deuxième alinéa de l'article 1514 C.c.Q., qui est de droit nouveau⁸⁴.

2.7 L'hypothèque garantissant le paiement des obligations ou autres titres d'emprunt, émis par le fiduciaire, la société en commandite ou la personne morale autorisée à le faire en vertu de la loi

41. L'hypothèque décrite à l'article 2692 C.c.Q. correspond à l'acte de fiducie, l'hypothèque, de nantissement et de gage prévu par les articles 27 et 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*⁸⁵. L'«acte de fiducie» ou la «charge flottante»,

84 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 931.

85 *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L. R. Q., c. P-16. Sur le sujet, voir Louise LÉVESQUE, *L'acte de fiducie*, Coll. Minerve, Jean-Louis BAUDOIN (dir.), Montréal, 1991, Éditions Yvon Blais; Louis PAYETTE, « La charge flottante », [1976-77] *Meredith Memorial Lectures*, 43.

selon le vocabulaire de l'époque, devait revêtir la forme notariée en minute pour avoir quelque effet. Le nouveau Code maintient cette exigence bien que la réforme générale du droit des sûretés autorisant dorénavant, notamment, l'hypothèque des biens meubles, des biens à venir et des universalités, a entraîné l'abrogation des dispositions susmentionnées de la Loi spéciale suite à l'assimilation de la charge flottante au régime normal des sûretés prévues au Code.

42. Le poids d'une tradition remontant au début du siècle et le désir de maintenir le statu quo au moment de la conversion de l'acte de fiducie en hypothèque ouverte expliquent sans doute la survivance des règles de forme prescrites à l'article 2692 C.c.Q. Il serait difficile en effet d'en imputer la raison au rôle actif joué par les notaires dans la confection de cet acte.

2.8 La déclaration de transmission

43. La déclaration de transmission est l'acte qui assure un transfert de droits à l'occasion d'un décès, l'acte qui, plus précisément, établit le lien entre les droits du défunt et ceux qui lui succèdent par testament ou en vertu de la loi. Le *Code civil du Bas Canada* en traitait sous le couvert de la publicité des droits⁸⁶. Le *Code civil du Québec* fait de même⁸⁷. Ce n'est toutefois pas en 1866, mais en 1943⁸⁸ seulement que la forme notariée en minute fut prescrite pour tel acte. L'amendement au Code civil à cet effet avait été précédé, en 1924⁸⁹, par l'ajout de l'article 599a C.c.B.C. exigeant que les actes ayant trait au règlement d'une succession immobilière ou d'une succession mettant en cause des incapables soient dressés « en forme authentique »⁹⁰. Ceci étant, il faut donc conclure que le formalisme imposé par le Code civil pour la déclaration de transmission tient à l'expertise reconnue des notaires dans les domaines des successions et de la publicité des droits.

86 Art. 2098 C.c.B.C.

87 Art. 2998(1) C.c.Q.

88 *Loi modifiant certaines dispositions du Code civil relatives à l'enregistrement*, L. Q. 1943, c. 46, a. 1.

89 *Loi modifiant le Code civil relativement aux écrits authentiques*, L. Q. 1923-1924, c. 70, a. 1.

90 Art. 599a C.c.B.C.

44. L'article 2998 C.c.Q. n'opère pas la fusion complète des articles 599a et 2098(4), (5), (6) C.c.B.C. En effet, le législateur n'a pas retenu le contenu de l'article 599a C.c.B.C. afférent aux actes relatifs « au règlement d'une succession dans laquelle des personnes frappées d'une incapacité légale sont concernées ». Les Commentaires du ministre de la justice ne donnent aucune explication à ce sujet, mais nous pensons qu'il faut en chercher la raison dans le remaniement complet du droit de succession et, plus particulièrement, dans l'adoption du principe de la responsabilité limitée des héritiers pour les dettes de la succession⁹¹. Par ailleurs, l'article 2998 C.c.Q., tel que rédigé, supprime l'obligation antérieurement prévue de publier le testament en même temps que la déclaration de transmission. Il appert que le législateur réprouvait la pratique bien établie chez les notaires de publier le testament au long plutôt qu'un simple extrait ou sommaire plus apte à assurer la confidentialité sur les affaires du défunt⁹². Enfin, l'article 2998 C.c.Q. précise ce qui n'avait pas besoin de l'être sous l'ancien code du fait de l'absence de registre des droits personnels et réels mobiliers, savoir : que la déclaration de transmission doit revêtir la forme notariée en minute en matière immobilière seulement.

3. LA CONTRIBUTION DU NOTAIRE QUÉBÉCOIS A L'ÉLABORATION DE RÈGLES DE DROIT AU REGARD DES ACTES HABITUELLEMENT DRESSÉS EN FORME AUTHENTIQUE

45. Il est relativement facile, dans la mesure où le notaire est le seul habilité à recevoir certains actes, d'établir une relation de cause à effet entre la teneur des actes rédigés et une intervention législative venant confirmer, infirmer ou régler l'effet recherché par les dispositions prévues à ces actes. Même dans ce cas cependant, il n'est pas dit que le législateur réagit uniquement aux manières de faire du notaire. D'autres personnes, d'autres circonstances, d'autres événements ont également pu jouer un rôle déterminant, ainsi que nous l'avons vu lors de notre étude sur le contrat de

91 Art. 625(2) C.c.Q.

92 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2998 C.c.Q., p. 1889.

mariage, de la déclaration de copropriété et de l'hypothèque. Cette éventualité est plus grande dans le domaine des actes que nous nous apprêtons à considérer en raison même du simple fait que le notaire n'est pas le seul rédacteur possible. Tout en cherchant à rendre à César ce qui est à César, il sera donc plus difficile de cerner l'importance et/ou l'exclusivité de sa contribution à l'évolution de la règle de droit au Québec en qualité, rappelons-le, de rédacteur d'actes et non pas comme juriste émérite ou membre d'une profession exerçant une influence sur le changement des lois.

3.1 La substitution

46. La substitution est une institution fort ancienne qui permet au disposant « de régler le sort de ses biens pour plusieurs générations »⁹³, favorisant ainsi leur conservation au sein de sa famille. Dépeinte comme une modalité trop complexe de la donation ou du legs, une modalité nuisible à la libre circulation des biens, à leur bonne administration et à leur mise en garantie pour l'obtention de crédit en raison de la restriction au droit de disposer la caractérisant, la substitution était presque assurée de disparaître au moment où la réforme du Code fut amorcée. Le péril était d'autant plus grand qu'elle était concurrencée par la fiducie. S'estimant en présence d'une institution qui était encore utilisée et qui répondait à des besoins certains⁹⁴, le législateur en a toutefois décidé autrement. La substitution fut donc retenue au Code en 1994. En réponse aux critiques dont elle avait été l'objet, la substitution fut par ailleurs transformée, notamment par l'octroi au grevé d'un droit définitif de disposer à titre onéreux doublé d'une obligation de faire emploi du prix de disposition⁹⁵, en « un mécanisme de transmission de valeurs, plutôt que de biens déterminés, au sein d'une même famille »⁹⁶.

93 Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 222.

94 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 717.

95 Art. 1229 et 1230 C.c.Q.

96 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 717.

47. La survie de la substitution est attribuable, pour partie du moins, au fait que les notaires suggéraient et rédigeaient, en réponse aux particularités de transmission de biens exprimées par leur clientèle de culture et d'expression française, des actes de donation et des testaments portant substitution ou usufruit⁹⁷. Cette clientèle ignorait généralement la fiducie en provenance de la *Common law* et introduite dans nos lois en 1879⁹⁸ pour être ensuite insérée au *Code civil du Bas Canada* en 1888 (articles 981a-981u C.c.B.C.) La minorité qui était de culture et d'expression anglaise, préférait pour sa part la constitution d'une fiducie pour atteindre les mêmes fins en matière de dévolution de biens.

3.2 Certaines ventes et formes de vente

48. La clause de dation en paiement, examinée ci-dessus lors de notre étude sur l'hypothèque immobilière, avait été précédée dans le temps, au chapitre des garanties plus expéditives et potentiellement plus lucratives que la sûreté hypothécaire pour les créanciers, par le recours à la vente avec « clause résolutoire » et la vente avec faculté de réméré.

49. À compter de la mise en vigueur du *Code civil du Bas Canada* en 1866, la vente à crédit d'un immeuble pouvait, par voie de stipulations spéciales à cet effet, être assujettie à une condition résolutoire pour défaut de paiement de prix. La stipulation avait une durée de vie de dix ans⁹⁹. Prévues à titre de garantie au contrat de vente en sus de l'hypothèque, la clause conférait au vendeur, pendant cette période de dix ans, les avantages de la rétroactivité suite à l'exercice d'un recours ne nécessitant aucun préavis. La vente à réméré, également envisagée au Code en 1866, n'était qu'une forme particulière de vente sous condition résolutoire stipulée pour un terme ne pouvant excéder dix ans¹⁰⁰. Servant carrément à déguiser un prêt, elle accordait à l'acheteur les mêmes avantages qu'au vendeur dans la vente d'immeuble avec solde de prix de vente garanti par clause résolutoire.

97 Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 223.

98 *Acte concernant la fiducie*, L. Q. 1879, c. 29.

99 Art. 1536, 1537 C.c.B.C.
100 Art. 1546, 1548 C.c.B.C.

50. Le vendeur à crédit avec clause résolutoire et l'acheteur à réméré s'étant trop souvent montré après au gain, le législateur les astreignit, à compter de 1938¹⁰¹, aux prescriptions des articles 1550a à 1550c C.c.B.C. permettant à l'acheteur d'immeuble et au vendeur à réméré de bénéficier d'un avis et délai de soixante (60) jours pour satisfaire à leurs obligations. Ces amendements au Code ainsi que la popularité montante de la clause de dation en paiement devaient sonner le glas de la vente à réméré comme forme de prêt occulte. Ils ont aussi servi de modèles et d'inspiration, comme nous l'avons signalé, à l'introduction, en 1964, des articles 1040a à 1040e C.c.B.C. portant sur l'équité dans certains contrats¹⁰², à savoir, plus précisément, tous ceux consentis pour la garantie d'une obligation avec faculté pour le créancier de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble ou d'en disposer. Depuis la réforme du Code en 1994, la faculté de réméré et la vente d'immeuble sous condition résolutoire ne peuvent être stipulées pour plus de cinq ans¹⁰³. Dans l'un et l'autre cas, le créancier doit également, lors de l'exercice de ses droits, suivre « les règles relatives à la prise en paiement énoncées au livre Des priorités et des hypothèques, mesures préalables des articles 2757 à 2772 C.c.Q. y compris¹⁰⁴.

51. Les notaires n'ont pas le monopole de la vente des immeubles au Québec. Leur prédominance dans ce secteur d'activité est assez reconnue cependant, reconnue et assurée, en partie, par leur compétence exclusive en matière d'hypothèque immobilière. Ceci étant, il ne paraît pas possible de nier que leurs contrats de vente avec stipulation de résolution et avec faculté de réméré ont été, pendant des décennies, redigés au détriment constant de la partie la plus faible, que ces contrats ont été l'instrument par l'entremise duquel le créancier a exercé son empire sur ses débiteurs. Fut-elle involontaire, la contribution des notaires québécois aux transformations du droit applicable en l'espèce est donc certaine.

52. Le droit de la vente comprend, ce qui est nouveau depuis 1994, des dispositions particulières afférentes aux

101 L. Q. 1938, c. 99.

102 *Supra*, parag. n^o 35.

103 Art. 1742, 1753 C.c.Q.

104 Art. 1743, 1756 C.c.Q.

ventes d'immeubles à usage d'habitation, bâtis ou à bâtir, entre le constructeur de l'immeuble ou un promoteur et une personne physique qui acquiert pour occupation personnelle. Il s'agit des articles 1785 à 1794 C.c.Q., qui s'appliquent notamment à la vente de fractions de copropriété divise. Toutes les ventes du genre doivent être obligatoirement précédées d'un contrat préliminaire sous forme de promesse d'achat¹⁰⁵. Cette promesse d'achat, avec faculté de dédit de dix jours en faveur du promettant acquéreur, doit de plus contenir toutes les informations utiles afin de prise de décision éclairée par ce dernier¹⁰⁶. La quantité de pareilles informations croît de façon considérable si la vente projetée porte, soit sur une fraction de copropriété divise située dans un immeuble comportant ou faisant partie d'un ensemble comportant au moins dix unités de logement, soit sur une fraction de copropriété devant faire l'objet d'un droit de jouissance périodique et successif par plusieurs personnes¹⁰⁷. Une note doit alors accompagner le contrat préliminaire, note éclairant le promettant acquéreur sur tous les points et sur toutes les questions qui jouent habituellement un rôle déterminant dans la décision d'acheter en copropriété¹⁰⁸. Une copie ou un résumé de la déclaration de copropriété doit de plus être annexé à la note d'information, et ce, même si la version produite n'est pas définitive¹⁰⁹. Enfin, le respect de ces nouvelles dispositions de la loi en la matière est garanti par des recours en annulation et en résiliation en faveur du promettant acheteur¹¹⁰.

53. Les articles 1785 à 1794 C.c.Q. n'ont qu'un but : protéger l'acheteur face au constructeur et/ou promoteur, protéger l'acheteur¹¹¹ qui, contrairement au constructeur et au promoteur, n'est pas familier avec toutes les étapes allant de la conception à la réalisation définitive d'un projet de copropriété divise et qui ignore dès lors les difficultés, voire les dangers associés à chacune d'elles. Cette protection n'est pas sans lien

105 Art. 1785 C.c.Q.

106 Art. 1786 C.c.Q.

107 Art. 1787 C.c.Q.

108 Art. 1788-1791 C.c.Q.

109 Art. 1788(2) C.c.Q.

110 Art. 1792-1793 C.c.Q.

111 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1999, commentaire sous les articles 1786, 1787 et 1788 C.c.Q., p. 1118-1120.

avec les mesures édictées pour réduire les risques de contrôle de la copropriété par le promoteur, mesures qui ont déjà été examinées en première partie de notre exposé¹¹². Elle appelle de ce fait un commentaire qui n'est pas étranger aux propos que nous avons alors tenus. Comme le notaire chargé de la déclaration de copropriété a généralement la responsabilité de toute la documentation juridique relative à la copropriété, y compris son financement, et qu'il a, pendant toute la durée du projet, le constructeur et/ou promoteur comme principal interlocuteur, le législateur a apparemment jugé qu'il n'était pas suffisamment proactif au chapitre de la prévention. Ou peut-être le législateur a-t-il simplement voulu, considérant la position privilégiée du notaire dans tout le processus de réalisation d'une copropriété divise, se l'associer dans la mise en œuvre des mesures protectrices nouvellement introduites ? N'est-ce pas le notaire, en effet, qui rédigera la promesse d'achat, la note et l'annexe à la note qui procureront, au promettant acheteur, l'information à partir de laquelle il pourra se gouverner avec plus de sûreté !

3.3 L'indivision conventionnelle

54. Victime d'un préjugé défavorable de la part du législateur en 1866 et, « dès lors, réglementé uniquement sous l'angle d'une disparition escomptée, voire souhaitée »¹¹³, la copropriété ordinaire ou, suivant sa nouvelle appellation, la copropriété par indivision reçoit un traitement à la fois plus équitable et plus complet dans le *Code civil du Québec* en 1994. Cette modalité de la propriété a obtenu plein droit de cité au Code notamment parce que la fréquence de son emploi avait démontré son utilité en matière de détention et de jouissance des biens. Parmi les cas d'application les plus courants, il en est deux qui ont contribué assez fortement à l'émergence de la nouvelle législation. Il s'agit, d'une part, de la résidence de famille appartenant aux conjoints et, d'autre part, de l'immeuble à logement appartenant aux propriétaires occupant. Dans ces cas, l'indivision était un état volontairement

112 *Supra*, parag. n° 22.

113 François FRENETTE, « La copropriété par indivision : souplesse et déficience de la réglementation d'un état désormais durable, [1998] C. B. R. 428, p. 428.

recherché par les parties concernées, un état qu'il importait cependant d'organiser. Ce travail fut l'œuvre du notaire. Il l'accomplit par voie d'une convention : la convention d'indivision. Les articles 1013 et 1014 C.c.Q. consacrent aujourd'hui la pertinence d'une telle convention portant sur un immeuble et la rendent désormais opposable aux tiers pour ce qui y est contenu au moment de sa publication.

55. L'indivision portant sur la résidence de la famille est un phénomène qui a pris de l'ampleur au fur et à mesure que le nombre de mariages célébrés au Québec s'est mis à chuter. L'achat en commun fournissait aux conjoints de fait une partie de la protection que la déclaration de résidence familiale et le patrimoine familial procuraient aux conjoints de droit à compter, respectivement, de 1980 et 1989. L'achat en commun n'était pas toujours doublé d'une convention d'indivision. Si convention il y avait, elle était habituellement réduite à l'essentiel : durée, identification des quote-parts et droits de préemption ou autres semblables.

56. L'indivision portant sur un immeuble à logement occupé par ses propriétaires a connu un développement significatif à compter de 1975, année de l'imposition par le gouvernement du moratoire sur la conversion en copropriété divise des immeubles bâtis et occupés¹¹⁴. Elle est alors apparue comme un mode d'accession à la propriété plus simple et plus économique que la copropriété divise dans le cas des petits immeubles déjà construits ou à construire. Il s'agissait toutefois d'une formule viable dans la mesure seulement où l'indivision était réglementée. Aussi, le fut-elle par le biais des conventions d'indivision préparées presque exclusivement par les notaires. Ces conventions prenaient appui sur leur connaissance générale en droit dans le domaine de l'indivision et étaient construites, *mutatis mutandis*, suivant les grandes lignes tracées dans les déclarations de copropriété divise qu'ils avaient l'habitude de rédiger. Le législateur a retenu l'essentiel de leur approche non seulement pour ce qui est de la teneur normale d'une convention d'indivision¹¹⁵, mais aussi pour ce qui a trait au détail de la réglementation de l'état

114 *Supra*, parag. n° 20.

115 Art. 1013-1014 C.c.Q.

d'indivision¹¹⁶. La règle de l'unanimité, stipulée d'emblée par les notaires pour toute décision afférente au bien tenu en indivision, a cependant été écartée pour les questions d'administration courante¹¹⁷. La technique de l'usage et de la jouissance exclusive¹¹⁸ a par ailleurs été retenue au détriment de celle de la superposition inutile d'un droit réel d'habitation pour assurer à un copropriétaire l'occupation d'un logement¹¹⁹.

3.4 La convention d'arbitrage

57. La reconnaissance formelle de l'arbitrage comme instrument d'une justice privée est venue mettre un terme à un long « débat politique entre deux conceptions : celle qui voit en lui un droit naturel des individus et une expression de la sacrosainte liberté contractuelle et celle qui y voit plutôt une atteinte au monopole des tribunaux, juges naturels des litiges et protecteurs suprêmes des droits et libertés »¹²⁰. Cette reconnaissance est survenue en 1986 par l'ajout au *Code civil du Bas Canada* d'un titre réservé à la « convention d'arbitrage »¹²¹, titre et dispositions, 1926-1 à 1926-6 C.c.B.C., qui ont été incorporés au *Code civil du Québec* en 1994 sous le couvert des articles 2638 à 2643 C.c.Q. Une décision de la Cour suprême du Canada en 1983¹²² consacrant la validité d'une clause compromissoire « parfaite »¹²³ ainsi qu'un contexte national et international réceptif¹²⁴ à ce mode de règlement alternatif des conflits, ont certes facilité l'adoption de la loi d'amendement de 1986. Il y eut d'autres forces agissantes cependant.

116 Art. 1015-1029 C.c.Q.

117 Art. 1026(1) C.c.Q.

118 Art. 1016(2) C.c.Q.

119 Étant propriétaire, il n'avait pas à obtenir un droit réel d'habitation sur son propre bien. Voir pourtant la pratique recommandée par Gérard DUCHARME, « Copropriété et indivision », [1979] *C.P. du N.* 29.

120 Nabil ANTAKI, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », (1987) 2 *C.P. du N.* 491, p. 492.

121 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L. Q. 1986, c. 73.

122 *Zodiak International Productions c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

123 Celle excluant complètement le recours aux tribunaux.

124 John E. C. BRIERLY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) 2 *C.P. du N.* 507, 521.

58. À compter de 1966, date de promulgation du nouveau *Code de procédure civile* énonçant simplement, à l'article 945.2 C.p.c., l'obligation de coucher par écrit la clause compromissoire, les notaires œuvrant en matière commerciale surtout prirent l'habitude d'insérer dans les contrats qu'ils rédigeaient une clause d'arbitrage, clause dont le texte respectait les règles aussi strictes qu'étroites du droit positif¹²⁵. Cette habitude s'est maintenue et s'est développée, notamment après l'arrêt Zodiak rendu par la Cour suprême en 1983. L'influence de cette pratique de rédaction sur la décision prise par le législateur en 1986 est, un peu comme le rôle joué par la doctrine, aussi certaine que difficile à prouver hors de tout doute.

3.5 La propriété superficière

59. « L'avènement de la propriété superficière en droit moderne québécois est, comme en France, principalement l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, le *Code civil du Bas Canada* de 1866 ignore, de nom à tout le moins, la superficie. Il contient bien à l'article 415 C.c.B.C., (.....) des mots propices à la reconnaissance de l'institution, mais les codificateurs de l'époque se sont montrés plutôt avares de commentaires sur le point. (.....) Aussi fallut-il attendre les décisions de nos tribunaux pour qu'émerge clairement l'idée d'une propriété des plantations et constructions distinctes de celle du sol sur lequel ces immeubles reposent. Cette propriété superficière fut reconnue cas par cas, les juges prenant plus souvent qu'autrement appui sur le renversement des présomptions autorisé par l'article 415 C.c.B.C. L'effort de la magistrature fut complété par le travail structurant des auteurs et dont l'expression la plus achevée est l'œuvre de feu J.-G. Cardinal ayant pour titre *Le droit de superficie*. Il ne restait plus qu'au processus de réforme du Code de prendre acte de la situation et d'accorder officiellement droit de cité à la propriété superficière, ce qui advint finalement par l'insertion des articles 1009, 1011 et 1110 à 1118 au nouveau Code civil en vigueur depuis le 1er janvier 1994 »¹²⁶.

125 Détails sur les objets du litige.

126 François FRENETTE, « La propriété superficière », *R.D./N.S – Biens – Doctrine – Document* 5, n° 6.

60. Ceci étant dit, ne convient-il pas d'attribuer aussi et malgré tout à la rédaction de certains actes ou de certaines clauses d'acte par notaire une responsabilité quelconque dans la présence des articles sus mentionnés au *Code civil du Québec* ? La chose paraît difficile. Chez trop de juristes, notaires y compris, la distinction n'est pas encore très nette entre la propriété superficielle définie à l'article 1011 C.c.Q. et le droit de construire chez autrui, voire le droit à la fine couche de terre en surface du fonds d'autrui. La mécanique même donnant naissance à la propriété superficielle est toujours mal comprise également. Il faut en dire autant sur la question de la durée de la modalité de propriété par opposition à la perpétuité du droit de propriété lui-même. Il paraît ainsi peu probable que les notaires de pratique aient eu, entre 1866 et 1994, une perception très juste de ce qu'ils allaient ou voulaient engendrer en prévoyant, pour le bénéfice d'une des parties à l'acte, la faculté de construire sur l'immeuble appartenant à l'autre partie contractante. De plus, rien ne permet de déceler une constance suffisante dans le choix des mots et de formules de rédaction pour avoir eu un impact sur le plan législatif en ce domaine.

3.6 L'emphytéose et la déclaration d'emphytéose

61. L'emphytéose, cette antique institution de la promotion immobilière qui, en s'adaptant, a su si bien répondre au besoin d'une société urbaine et industrialisée, a été visitée deux fois par le législateur entre 1866 et 1994, à savoir : en 1984 et en 1988. Il s'agissait dans les deux cas d'une réaction assez prompte à des décisions de justice qui avaient un rapport direct avec certaines clauses d'actes et certains actes dont la paternité était attribuable à des notaires. La réaction consistait à priver ces décisions d'effet. Les pratiques antérieures de rédaction furent ainsi légitimées pour l'avenir et, chose plus surprenante, pour le passé également.

62. L'arrêt Weissbourd, rendu par la Cour d'appel du Québec en février 1984 ¹²⁷, s'inscrivait dans la liste, déjà longue, des décisions considérant certaines restrictions et

127 *Weissbourd c. Protestant School Board of Greater Montreal*, [1984] C.A. 218.

obligations imposées par contrat à l'emphytéote, en l'espèce le versement d'un dépôt préalable à toute contestation d'avis de cotisation, l'assurance des améliorations au bénéfice conjoint du nu-propiétaire et de l'emphytéote et le libre accès du nu-propiétaire aux lieux pour inspecter l'état desdites améliorations, comme contraires à l'essence de l'emphytéose; ce qui, par voie de conséquence, transformait le contrat en bail ordinaire. Le jugement opérait cette fois « un tel détournement dans le rôle d'emploi consacré de l'emphytéose et compromettait à ce point la sécurité des titres dans d'immenses ensembles immobiliers en milieux urbains au Québec, que le législateur »¹²⁸ est intervenu dès le mois de juin 1984¹²⁹ pour introduire l'article 569.1 C.c.B.C. Le texte était le suivant : « Il est et a toujours été permis de stipuler au bail des clauses qui limitent les droits des parties, entre autres pour accorder au bailleur des droits ou des garanties qui protègent la valeur du bien, assurent sa conservation, son rendement ou son utilité ou qui autrement préservent les droits éventuels du bailleur ou du preneur ou règlent l'exécution du contrat ». L'article 569.1 C.c.B.C. est devenu l'article 1200(2) du *Code civil du Québec*, avec le correctif approprié sur les limites, non pas aux droits, mais bien à « l'exercice des droits des parties ». Ce rectificatif démontre que la loi n'autorisait et n'autorise toujours pas n'importe quelle mesure conservatoire en faveur du nu-propiétaire. Celles qui réduisent la sphère des prérogatives composant le démembrement emphytéotique demeurent prosrites, dont celle, à titre d'exemple, qui, d'une manière ou l'autre, empêche l'emphytéote de disposer de ses droits.

63. Pendant que les auteurs débattaient la question de la coexistence possible de la copropriété et de l'emphytéose¹³⁰, des praticiens choisirent de passer à l'action et de publier une déclaration de copropriété contre l'immeuble tenu en emphytéose. L'incident ne fut pas isolé. Par une loi de réforme sanctionnée le 15 avril 1987, mais dont la mise en vigueur avait été

128 François FRENETTE, « L'affaire Weissbourd : Une interprétation des intentions du législateur qui suscite sa réaction », (1984-85) 87 *R. du N.* 580.

129 *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L. Q. 1984, c. 26, a. 29.

130 François FRENETTE, « Emphytéose et copropriété par déclaration : La démystification d'une impossible coexistence », (1987-88) 90 *R. du N.* 145.

reportée sine die, le législateur confirmait l'absence d'incompatibilité absolue entre les deux institutions¹³¹. L'arrêt *Cours Le Royer* rendu par la Cour supérieure du district de Montréal en mai 1988¹³² refusait toutefois cette compatibilité sur la base du droit existant; ce qui compromettait la mise en chantier d'importants projets immobiliers. Aussi, la législature décida-t-elle, par loi du 17 juin 1988¹³³, de faire une mise en vigueur anticipée des principales dispositions de ladite loi de réforme du mois d'avril 1987. L'article 442q ajouté au *Code civil du Bas Canada* était libellé en ces termes : « Il a toujours été permis d'enregistrer une déclaration de copropriété sur un immeuble déjà construit faisant l'objet d'un bail emphytéotique, sur un immeuble construit par un emphytéote, ou sur un immeuble faisant l'objet d'une propriété superficière ». L'article 1040 C.c.Q. dispose de la question à partir de 1994.

64. Il est intéressant de noter que le fait pour certains notaires d'avoir tenté d'assujettir la construction qui existait déjà lors de la cession de l'immeuble en emphytéose à des règles similaires à celles de la copropriété divise, a donné naissance à la « déclaration de la coemphytéose ». L'article 567.1 C.c.B.C., introduit à l'occasion des amendements de 1988 bien que non prévu dans la loi de réforme de 1987, en traite spécifiquement. Le *Code civil du Québec* fait de même à l'article 1196 C.c.Q. Si l'emphytéote n'a pas lui-même érigé la construction sur l'immeuble lui ayant été cédé en emphytéose, il n'est pas propriétaire de cette construction et ne peut donc établir sur celle-ci une copropriété divise. Tout ce qui est alors possible, c'est une déclaration de coemphytéose en vertu de laquelle, non pas la propriété, mais seulement le droit d'emphytéose dans l'immeuble et la construction y dessus sont répartis en fractions détenues par une ou plusieurs personnes. Cette déclaration obéit, mutatis mutandis, aux mêmes règles que celles prévues pour la déclaration de copropriété et, plus spécifiquement, la déclaration de copropriété publiée par l'emphytéote contre la construction qu'il a

131 *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L. Q. 1987, c. 18, a. 1079(1).

132 *Roy c. Société immobilière du Cours Le Royer*, [1987] R.D.I. 392 (C.S.).

133 *Loi modifiant le Code civil en matière de copropriété et d'emphytéose*, L. Q. 1988 c. 16.

lui-même érigée et qui lui appartient, contrairement au fonds sur lequel elle repose¹³⁴.

3.7 Les conventions de rupture du lien matrimonial

65. Des conjoints pour qui la vie commune ne paraît plus possible s'adressent depuis longtemps aux notaires pour la rédaction de projets d'accord sur mesures accessoires s'ils sont sur le point de déposer au tribunal une demande conjointe de séparation de corps ou de divorce. Il en est de même pour ceux qui requièrent un projet d'accord devant accompagner une requête conjointe sur mesures provisoires lorsqu'une demande en divorce n'est pas encore recevable en loi. Ces projets d'accord, ces conventions susceptibles de porter sur tous les aspects personnels et pécuniaires liés à la vie du couple sont, pour la très grande majorité des questions abordées, soumises à la souveraine appréciation du tribunal¹³⁵.

66. Les conjoints, parties aux conventions de rupture ci-dessus mentionnées, font appel aux notaires parce que ces derniers ont toujours œuvré dans le domaine du droit familial et que beaucoup en ont fait une spécialité. Ils ont également confiance aux notaires et apprécient leur absence de partialité en la circonstance.

67. Les pratiques de rédaction en matière de conventions de rupture ont certes été, dans le contexte décrit, un facteur positif et non négligeable qui a conduit à l'inclusion des notaires parmi les personnes habiles à être des médiateurs accrédités aux fins d'application des articles 814.3 à 814.14 C.p.c. relatifs à des différends dans les familles avec enfant.

4. CONCLUSION

68. Il est plus d'une façon de traiter de la fonction créatrice de droit du notaire. Pour éviter les lieux communs, nous

134 François FRENETTE, « Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété » (1988) 5 *C.P. du N.* 469.

135 Lire : Jean-Pierre SENÉCAL, « La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture », (1992) 2 *C. P. du N.* 131; Suzanne GUILLET, « Les conventions de rupture du lien matrimoniale et la garde des enfants » (1992) 2 *C. P. du N.* 193.

n'avons pas voulu aborder le sujet uniquement sous l'angle de la maxime *pacta sunt servanda*. Parce que la preuve irréfutable du fait nous semblait difficile dans bien des cas, nous avons également refusé d'examiner la question en prenant en compte, à titre principal, la qualité de juriconsulte du notaire. Il convenait par ailleurs de ne pas confondre la fonction créatrice de droit du notaire avec la force créatrice de droit du notariat en la personne de la Chambre des notaires du Québec ou de membres éminents de la profession. Ces restrictions posées, l'analyse de la fonction créatrice de droit du notaire québécois, mesurée à l'aune des actes qu'il rédige, a été fort révélatrice. Elle a clairement démontré que les actes et le contenu des actes notariés au Québec ont servi de ferment législatif dans d'importants secteurs du droit patrimonial entendu au sens large. L'étude a par ailleurs permis de constater que les interventions du législateur en rapport avec lesdits actes et leur teneur cherchaient tout autant à « récupérer » certaines formules de rédaction relevant de la prescience qu'à encadrer ou condamner celles témoignant d'égarements temporaires dans l'exercice de la profession. C'est dire qu'il existe une association durable et réciproquement profitable entre les notaires et le législateur au Québec. Elle se poursuivra.