

LE LOUAGE IMMOBILIER NON RÉSIDENTIEL 10 ANS APRÈS

Bernard LAROCHELLE

Volume 105, numéro 2, septembre 2003

10^E ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045924ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045924ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LAROCHELLE, B. (2003). LE LOUAGE IMMOBILIER NON RÉSIDENTIEL 10 ANS APRÈS. *Revue du notariat*, 105(2), 533–589. <https://doi.org/10.7202/1045924ar>

LE LOUAGE IMMOBILIER NON RÉSIDENTIEL 10 ANS APRÈS

Bernard LAROCHELLE*

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION | 535 |
| 1. Les principaux changements introduits par le nouveau Code en 1994 en matière de louage non résidentiel. . . | 537 |
| 1.1 La garantie d'aptitude ou de bon usage | 537 |
| 1.2 La sous-location et la cession du bail | 544 |
| 1.3 La durée du bail | 553 |
| 1.3.1 Le bail perpétuel. | 553 |
| 1.3.2 La reconduction. | 554 |
| 1.4 L'abolition du privilège du locateur | 556 |
| 1.5 La résiliation du bail. | 558 |
| 1.6 L'aliénation du bien loué. | 563 |
| 1.7 Le louage et la copropriété divise. | 570 |
| 1.8 Le principe de la bonne foi. | 576 |
| 2. Les développements législatifs depuis 1994. | 583 |
| 2.1 La procédure. | 586 |
| CONCLUSION | 589 |

* Notaire honoraire et chargé de cours à l'Université Laval.

INTRODUCTION

La législation sur le louage avait déjà fait l'objet d'une réforme majeure en 1973¹, puis, en 1979, tout le chapitre concernant le bail d'un logement avait été remanié². Notre droit étant déjà modernisé à cet égard, l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994, n'a pas causé une grande révolution en matière de louage immobilier³. L'essentiel des dispositions du *Code civil du Bas Canada* est repris dans le nouveau Code civil. On y retrouve cependant un rajeunissement de la présentation et de la forme mais aussi quelques modifications importantes sur le fond, certaines dans le but d'éclaircir des difficultés d'interprétation ou d'application de l'ancien droit⁴.

Le législateur a effectué des changements au niveau du plan : trois sections concernant le louage en général, tant mobilier qu'immobilier (art. 1851 à 1891), une section concernant les règles particulières au bail d'un logement (art. 1892 à 1978), à celui dans un établissement d'enseignement (art. 1979 à 1983), à celui d'un logement à prix modique (art. 1984 à 1995) et à celui d'un terrain destiné à l'installation d'une maison mobile (art. 1996 à 2000).

On remarque aussi que les dispositions de l'ancien Code concernant le louage d'ouvrage ont été retirées du titre traitant du louage et font maintenant l'objet d'un chapitre consacré au contrat de travail (art. 2085 à 2097).

Le crédit-bail est maintenant un contrat nommé, traité dans un chapitre distinct et qui pourra désormais être interprété sans que l'on soit tenté de se référer aux règles du louage.

1. L.Q. 1973, c. 74.

2. L.Q. 1979, c. 48.

3. Pour une étude complète de l'historique de la législation en matière de louage, consulter Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 3 à 21.

4. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, t. II, p. 1162.

Soulignons aussi les principaux articles de droit nouveau. D'abord, le deuxième alinéa de l'article 1854 qui oblige le locateur à garantir au locataire que le bien loué peut servir à l'usage pour lequel il est loué, et à l'entretenir à cette fin pendant toute la durée du bail. Les articles 1870, 1871, 1873, 1875 et 1876 apportent des modifications substantielles de l'ancien droit en matière de sous-location et de cession de bail. L'article 1880 vient mettre un terme aux discussions sur la validité du bail perpétuel en limitant la durée du bail à cent ans.

Le remaniement du droit des sûretés a amené le législateur à abolir le privilège qu'avait le locateur sur les biens mobiliers du locataire qui se trouvaient sur les lieux loués pour la garantie de ses droits.

Il ne faut pas passer sous silence certaines autres dispositions du nouveau Code qui directement ou indirectement touchent au droit du louage, notamment en matière de clause résolutoire, de copropriété divise et de publicité des droits. Il faudra aussi voir l'influence du grand principe de la bonne foi introduit par les articles 6, 7 et 1375.

Nous nous proposons dans un premier temps de faire le point, presque dix ans après l'entrée en vigueur du nouveau Code, sur les changements que nous venons d'énumérer en étudiant notamment les principales opinions émises et décisions rendues à ce sujet.

Nous rappellerons enfin certains changements apportés au *Code civil du Québec* depuis 1994 touchant directement le louage en regard de la publicité des droits et certaines modifications au *Code de procédure civile* qui concernent indirectement notre matière. Il nous est apparu utile de dégager des conclusions pratiques de certains des sujets traités, conclusions qui pourront nous éclairer dans le cadre de la rédaction ou de la négociation d'un bail.

Notre étude portera uniquement sur le bail immobilier autre que le bail d'un logement que nous appellerons ici bail non résidentiel.

1. Les principaux changements introduits par le nouveau Code en 1994 en matière de louage non résidentiel

1.1 La garantie d'aptitude ou de bon usage⁵

Pour analyser les éléments de droit nouveau apportés par le nouveau Code quant à la garantie que doit fournir le locateur par rapport à l'état du bien loué, il est évidemment utile d'examiner d'abord les dispositions qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* à cet égard, dispositions qui se retrouvaient aux articles 1604 et 1606 C.c.B.C. que nous reproduisons ici.

1604. Le locateur doit :

1. livrer la chose en bon état de réparation de toute espèce;
2. entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée;
3. procurer la jouissance paisible de la chose pendant la durée du bail.

1606. Le locateur doit garantir le locataire contre les défauts cachés de la chose qui en empêchent ou en diminuent l'usage, que le locataire les connaisse ou non.

Le locateur qui connaissait ou était présumé connaître les défauts est, en outre, responsable du dommage subi par le locataire.

L'article 1854 du nouveau Code a remplacé ces règles comme suit :

1854. Le locateur est tenu de délivrer au locataire le bien loué en bon état de réparation de toute espèce et de lui en procurer la jouissance paisible pendant toute la durée du bail.

5. Certains auteurs emploient l'expression « garantie d'aptitude du bien » (notamment Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 335), d'autres « garantie d'aptitude à l'usage » (notamment Denys-Claude LAMONTAGNE, Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, t. 2, p. 306) et d'autres « garantie de bon usage » (notamment le ministre de la Justice dans *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, t. 2, sous l'article 1854 et Nicole ARCHAMBAULT, « Droit des obligations du louage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, t. 2, p. 632) pour qualifier l'obligation du locateur de garantir que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué.

Il est aussi tenu de garantir au locataire que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué, et de l'entretenir à cette fin pendant toute la durée du bail.

Le premier alinéa de l'article 1854 C.c.Q. reprend essentiellement les paragraphes 1 et 3 de l'article 1604 C.c.B.C., alors que l'obligation d'entretenir le bien en état de servir à l'usage pour lequel il a été loué découlant du paragraphe 3 de l'article 1604 C.c.B.C. est reproduite presque textuellement par le deuxième alinéa de l'article 1854 C.c.Q.

Là où le nouveau Code a innové, c'est en remplaçant la garantie du locateur contre les défauts cachés, connus ou non du locateur, qui empêchaient ou diminuaient l'usage du bien⁶, par l'obligation de garantie que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué⁷.

Dans l'ancien Code, le locateur avait l'obligation d'entretenir « la chose » en état de servir à l'usage pour lequel elle était louée⁸, ce qui impliquait que le bien devait être dans cet état lors de la délivrance. Le principe de l'aptitude du bien à servir à l'usage convenu n'est donc pas nouveau. Ce qui l'est, c'est l'étendue de la garantie qui n'est désormais plus limitée aux défauts cachés qui empêchent ou diminuent l'usage du bien.

L'article 1606 du *Code civil du Bas Canada*, exigeait deux conditions pour que la garantie du locateur s'applique : premièrement, le défaut du bien loué devait être caché, c'est-à-dire échapper à un « examen ordinaire et attentif »⁹ par le locataire; deuxièmement, ce défaut devait empêcher ou *diminuer* l'usage du bien, le législateur laissant ainsi au tribunal le soin d'apprécier le degré de gravité que devait avoir le défaut pour constituer une diminution de l'usage permettant au locataire de réussir dans ses recours; de plus, le locateur pouvait être tenu responsable des dommages subis, si le défaut caché était connu ou présumé connu du locateur. La doctrine fait aussi état d'une troisième condition pour que, sous

6. Art. 1606 C.c.B.C.

7. Art. 1854, al. 2 C.c.Q.

8. Art. 1604(2) C.c.B.C.

9. Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil. Le louage de choses*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 494.

l'ancien Code, la garantie du locateur s'applique : le défaut ne devait pas être causé par le locataire¹⁰.

Sous l'ancien Code, le locateur poursuivi en garantie sous l'autorité de l'article 1606 devait donc, pour sa défense, prouver que le défaut n'était pas caché. Pour ce faire, il devait démontrer que le défaut ne pouvait échapper à un « examen ordinaire et attentif » du locataire. L'absence d'un tel examen par le locataire exposait ce dernier à se faire reprocher un manquement à son devoir de diligence et de prudence ou à une défense d'erreur inexcusable. Le locateur pouvait aussi alléguer, pour se défendre, que le défaut n'était pas assez sérieux pour empêcher ou diminuer l'usage. Enfin, devant une réclamation en dommages-intérêts, le locateur devait faire valoir qu'il ne connaissait pas, ou ne pouvait être présumé connaître le défaut.

Sous le nouveau Code, les obligations du locateur se trouvent profondément modifiées de plusieurs façons. D'abord, le locateur poursuivi en vertu d'un manquement à son obligation de garantie ne peut plus invoquer en défense le caractère apparent du défaut ou la connaissance qu'en avait le locataire¹¹. Il ne pourra, non plus, reprocher au locataire de ne pas avoir examiné le bien¹². En outre, le locateur ne peut plus alléguer son ignorance de l'inaptitude du bien pour se dégager de l'obligation de payer les dommages subis par le locataire, comme il pouvait le faire en vertu du deuxième alinéa de l'article 1606 C.c.B.C.

Sous le nouveau Code, la qualité primordiale et essentielle que doit avoir le bien, c'est de pouvoir *servir à l'usage pour lequel il est loué*, donc, à l'usage convenu. Le bien peut être objectivement irréprochable et en excellent état et néanmoins ne pas avoir les qualités requises pour l'usage que veut en faire le locataire. Dans ce cas, le

10. Nicole ARCHAMBAULT, « Droit des obligations du louage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, t. 2, p. 632; Alain OLIVIER, « Fitness for Purpose in the Contract of Lease under the Civil Code of Québec », (1995) *McGill L.J.* 193.

11. *Villeneuve c. Tho*, [1996] R.J.Q. 1428 (C.Q.).

12. Nicole ARCHAMBAULT, « Droit des obligations du louage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, t. 2, p. 632.

locataire ne peut bénéficier de la jouissance convenue, laquelle est un des éléments essentiels du contrat de louage¹³.

Cette nouvelle approche du législateur traduit mieux la réalité du louage. Certes, le bien loué doit, lors de la délivrance, être en bon état de réparation¹⁴, encore que les parties peuvent convenir, en louage non résidentiel, que le locataire prendra le bien dans son état actuel et que les réparations nécessaires pour que le bien soit conforme aux besoins ou aux attentes du locataire, seront à la charge de ce dernier. En effet, par interprétation *a contrario* de l'article 1893, on peut déduire que les règles de l'article 1854 ne sont pas impératives en louage non résidentiel. Par contre, il serait contraire à l'essence du louage que le locateur se libère conventionnellement de sa garantie d'aptitude, puisque cela équivaldrait à ne pas garantir au locataire que celui-ci pourra jouir du bien. Par exemple, théoriquement un locataire pourrait vouloir louer un bien dans l'unique but d'empêcher une autre personne, comme un concurrent, d'utiliser ce bien; dans un tel cas, on voit que la garantie du locateur se limiterait à assurer au locataire la disponibilité du bien pour son usage. Se désister de cette garantie serait nier l'obligation de procurer la jouissance du bien. Or, nous l'avons vu plus haut, cette obligation est essentielle à la formation du louage¹⁵.

Le nouveau Code a donc ajouté un aspect subjectif et conventionnel aux qualités que doit avoir le bien loué. Les critères à retenir pour évaluer l'aptitude du bien à son usage convenu lors de la délivrance pourront varier selon les circonstances. On ne demandera pas qu'un immeuble devant servir à l'entreposage de machinerie agricole usagée ait les mêmes qualités qu'un édifice à bureau de prestige.

On a parfois étudié la notion d'aptitude du bien à son usage en faisant une comparaison avec le droit de la vente. Un auteur¹⁶ nous rappelle les trois formes de vices reconnues : l'inaptitude *fonctionnelle*, détérioration, défaut de conception, de fabrication ou autre défaut affectant l'usage normal du bien, usage apprécié selon un

13. Art. 1851 C.c.Q.

14. Art. 1854, al. 1 C.c.Q.

15. Art. 1851 C.c.Q.

16. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n^o 133.

test objectif¹⁷, l'inaptitude *conventionnelle*, quand le défaut affecte l'usage inusité du bien qui a été convenu dans le bail¹⁸, et enfin, l'inaptitude matérielle, détérioration qui n'affecte pas le fonctionnement du bien, mais qui diminue « la jouissance à laquelle le locataire est en droit de s'attendre légitimement »¹⁹. L'auteur conclut avec justesse que chaque affaire devient un cas d'espèce et qu'en matière d'inaptitude matérielle, le rôle des usages est particulièrement important.

La différence qu'il y a maintenant dans le nouveau droit entre la garantie que doit fournir le vendeur²⁰ et celle que doit fournir le locateur, rend non pertinente sur ce point une certaine jurisprudence antérieure qui transposait en matière de louage les critères utilisés en matière de vente au niveau du caractère caché ou apparent et connu ou inconnu des défauts²¹. La garantie d'aptitude est un concept autonome qui prévoit une protection additionnelle pour le locataire, au-delà de la garantie des vices cachés²².

Comme toute obligation de garantie, la garantie d'aptitude à l'usage convenu constitue une obligation de résultat²³, ce qui implique, comme on le sait, une responsabilité beaucoup plus étendue que la simple obligation de moyen. Si le bien ne peut servir à l'usage convenu au début du bail, le locataire peut demander, outre des dommages-intérêts, l'exécution en nature dans les cas qui le permettent²⁴, c'est-à-dire qu'il peut exiger que le locateur

17. *Ibid.* et jurisprudence citée, notamment, *Gagné c. Turbis*, [1995] J.L. 129 (R.L.); *Vouladakis c. Martel*, [1975] C.S. 991; *Villasante c. Fifteen Thirty Enterprises Inc.*, [1973] C.S. 930.

18. *Ibid.*, et jurisprudence citée, *Labrie c. Les machineries Kraft du Québec Inc.*, [1984] C.S. 263; *Romanoexport c. Sutton Silk Mills Ltd.*, [1975] C.S. 901.

19. *Ibid.* et jurisprudence citée, *Ruel c. Savoie*, J.E. 92-724 (C.A.).

20. En vertu de l'article 1726 C.c.Q., « [l]e vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus. Il n'est pas cependant tenu de garantir le vice caché connu de l'acheteur ni le vice apparent [...] »

21. Robert P. GODIN, « Le bail commercial », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, p. 709.

22. Voir Alain OLIVIER, « Fitness for Purpose in the Contract of Lease under the Civil Code of Québec », (1995) *McGill L.J.* 187.

23. Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 28; *Manolis c. Hébert*, [1996] J.L. 343 (R.L.); *Villeneuve c. Tho*, [1996] R.J.Q. 1428 (C.Q.).

24. Art. 1863 C.c.Q.

prenne les dispositions requises pour que le bien devienne apte. Lorsque le locataire ou les autres occupants des lieux loués subissent un préjudice sérieux du fait de l'inaptitude du bien, la résiliation du bail peut être demandée²⁵. On a déjà décidé que le manquement du locateur à son obligation de délivrance en bon état constitue un défaut de délivrance donnant ouverture à un recours en résiliation de bail²⁶. Le même raisonnement pourrait sans doute être applicable au manquement à l'obligation de délivrer un bien apte à l'usage convenu, sans avoir à prouver un préjudice sérieux. L'inaptitude partielle pourrait donner ouverture à un recours en diminution de loyer²⁷.

Comme la garantie d'aptitude est une obligation de résultat, le locateur pourra se défendre avec succès contre un recours en dommages-intérêts intenté pour un manquement à cette obligation s'il peut prouver que l'inaptitude est due à un cas de force majeure ou à une cause étrangère qui présente le caractère imprévisible et irrésistible de la force majeure²⁸. Toutefois, cette défense de force majeure n'est pas possible si le locateur s'est engagé à réparer le préjudice résultant d'un tel événement²⁹. Comme la garantie d'aptitude concerne l'usage convenu, le locateur peut aussi se défendre en démontrant que l'obligation dont le locataire lui reproche l'inexécution ne fait pas partie des engagements qu'il a contractés dans le bail³⁰.

Cette garantie d'aptitude à l'usage convenu que doit fournir le locateur implique que celui-ci doit connaître l'usage que veut faire le locataire du bien, donc qu'il s'en informe. Lorsque, dans le bail, les parties ont clairement défini cet usage, la preuve de la destination qu'entend donner le locataire au bien loué est évidemment simplifiée.

Une fois que le locateur connaît l'utilisation que le locataire projette de faire du bien, il lui incombe de s'assurer que cet usage est possible, physiquement et légalement. Il a été décidé que c'est une obligation du locateur de s'assurer que la réglementation

25. *Ibid.*

26. *Côté c. Demers*, B.E. 2001BE-606 (C.Q.).

27. Art. 1604, al. 3 C.c.Q.

28. Art. 1470 et 1590, al. 2 C.c.Q.; Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, t. 2, p. 165.

29. Art. 1470 C.c.Q.

30. Art. 1478 C.c.Q.

municipale permet l'usage convenu des lieux et qu'il n'est pas de la responsabilité du locataire d'encourir les dépenses nécessaires pour rendre les locaux conformes à la réglementation³¹. On a annulé le bail qui concernait un local loué pour l'exploitation d'un centre d'amusement parce que le locataire n'avait pu obtenir le permis requis de la municipalité, le règlement de zonage ne permettant pas cette activité à cet endroit³².

Lorsque l'obstacle à l'utilisation convenue du bien est d'ordre juridique (c'est le cas notamment lorsque l'utilisation convenue n'est pas permise par un règlement de zonage), certains affirment que le locataire pourrait faire appel à la garantie des troubles de droit (garantie d'éviction de l'article 1858 C.c.Q.)³³.

Quand le bien loué comprend plusieurs composantes, il ne s'agit pas seulement que toutes les composantes fonctionnent bien. Il faut que la finalité de tout le système soit atteinte. Si ce n'est pas le cas, le bail pourra être annulé, surtout si les besoins du locataire ont été préalablement déterminés par le locateur³⁴.

À l'obligation de garantie de bon usage lors de la délivrance, s'ajoute pour le locateur celle d'*entretenir*³⁵ le bien à cette fin pendant toute la durée du bail. Dans sa version anglaise, l'article 1854 C.c.Q. impose au locateur l'obligation « to *maintain*³⁶ the property for that purpose throughout the term of the lease »; ceci nous laisse croire que le mot « entretien » doit être compris dans son sens de « faire durer ou maintenir dans le même état »³⁷ et non seulement dans le sens de « tenir en bon état »³⁸. Le locateur a donc une obligation de maintenir la garantie de conformité pendant toute la durée du bail. C'est encore là une obligation de résultat dont il pourra s'exonérer en cas de force majeure. Lorsque l'inaptitude survient en cours de bail, le locateur pourra aussi s'exonérer de son obligation de garantie s'il parvient à prouver que le locataire a causé

31. *Charron c. Théorêt*, B.E. 98BE-885 (C.Q.).

32. *Gestions Solvic ltée c. Amusements Daniel inc.*, J.E. 96-298 (C.S.).

33. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 388; *Institut des messagères de Notre-Dame-de-l'Assomption de Québec c. Pouliot*, J.E. 2000-1977 (C.Q.).

34. *Xerox Canada Ltée c. Pathfinder Marine inc.*, J.E. 99-580 (C.S.).

35. Art. 1854, al. 2 C.c.Q.

36. Notre italique.

37. Voir *Le Petit Larousse* sous le mot « entretenir ».

38. *Ibid.*

cette inaptitude³⁹, soit par sa négligence ou son manque de diligence⁴⁰ ou encore par un changement de la forme ou de la destination du bien⁴¹.

Il est arrivé qu'un locateur puisse s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que le bail contenait une clause de dégagement de responsabilité et, qu'en plus, le locataire avait lui-même contracté une assurance contre certains dommages en conformité avec les exigences du bail, ces deux faits constituant une renonciation à recours⁴².

Quelles conclusions pratiques doit-on tirer de tout cela, dans la perspective de la rédaction d'un bail ? Le bail devrait indiquer clairement l'usage pour lequel le bien est loué et contenir une déclaration du locateur à l'effet qu'il a fait les vérifications nécessaires et qu'il garantit que le bien peut servir à l'usage auquel le destine le locataire. On devra aussi être très clair sur les obligations respectives des parties en ce qui concerne les réparations et l'entretien, si on veut déroger aux dispositions du Code civil sur ce point.

1.2 La sous-location et la cession du bail

Une question encore controversée, mais que nous croyions réglée une fois pour toutes par le nouveau Code, porte sur l'incertitude quant au caractère impératif ou supplétif des articles 1870 et 1871 C.c.Q. Ce problème a une incidence pratique très importante pour le rédacteur de bail car il remet en question la validité des clauses interdisant la sous-location ou la cession du bail. Voyons d'abord les règles posées par ces articles.

L'article 1870 C.c.Q. reconnaît au départ le droit pour le locataire de céder son bail ou de sous-louer le bien, mais il soumet toutefois ce droit au consentement préalable du locateur. Le locataire doit en effet aviser le locateur de son intention de sous-louer

39. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 356 et jurisprudence citée, notamment *Thibault c. Dumas*, [1947] B.R. 59 et *Bousquet c. Côté*, (1933) 54 B.R. 436.

40. Art. 1855 C.c.Q.

41. Art. 1856 C.c.Q.

42. *Breau c. Gestion Bisson, Lévesque, Peters inc.*, B.E. 98BE-810 (C.Q.); *Super Marché Mascimonto & Brito Inc. c. Polish War Veterans Society of Marshall J. Pidsudliki Inc.*, [1987] R.R.A. 796 (C.P.); *Lewis Shoes Store Inc. c. S.B.I. Holding Inc.*, J.E. 84-616 (C.A.).

ou de céder son bail en lui indiquant le nom et l'adresse du sous-locataire ou du cessionnaire éventuel⁴³. Le législateur ajoute à l'article 1871 que ce consentement ne peut être refusé sans motif sérieux et que le locateur a un délai de 15 jours de la réception de cet avis pour indiquer au locataire les motifs de son refus, à défaut de quoi il est réputé avoir consenti. Par ailleurs, l'article 1893 C.c.Q. dit que la clause qui déroge aux dispositions des articles 1870 et 1871 est sans effet dans un bail portant sur un logement, ce qui pourrait nous amener à conclure *a contrario* que les dispositions de 1870 et 1871 sont supplétives et non impératives en louage non résidentiel.

Le professeur Jobin soutient plutôt qu'on ne peut exclure le caractère impératif d'une disposition relative au louage non résidentiel au simple motif qu'elle est spécifiquement déclarée impérative en matière de louage de logement et il est d'opinion que l'article 1870 C.c.Q. devrait être impératif même dans le louage non résidentiel⁴⁴. Selon lui, l'interprétation *a contrario* doit être rejetée lorsqu'elle conduit à un résultat contraire au but poursuivi par le législateur et elle ne saurait prévaloir sur une interprétation favorisant la solution du problème auquel le législateur a voulu remédier⁴⁵. Par une étude de l'historique des articles 1870 et 1871, il établit l'intention du législateur. Résumons son argumentation : avant la réforme de 1973, l'article 1638 du *Code civil du Bas Canada* permettait au locataire de sous-louer, sauf stipulation contraire dans le bail; à cette époque, on pouvait donc valablement stipuler dans le bail qu'aucune sous-location n'était permise; une certaine jurisprudence contradictoire s'était cependant développée, l'une refusant de contrôler le caractère raisonnable du refus, l'autre acceptant de le faire lorsque le bail contenait une clause prohibant la sous-location ou une clause accordant entière discrétion au locateur quant au choix du sous-locataire⁴⁶; l'adoption de l'article 1619 C.c.B.C. qui stipulait que « [l]e locateur ne peut

43. Notons que l'article 1870 n'exige pas que l'avis soit écrit. Par ailleurs, l'article 1898 exige qu'en matière de bail de logement, tout avis relatif au bail soit écrit. Voir *Picard c. Beaulieu*, [1997] J.L. 196 (C.Q.) et *Ouellet c. Portugais*, J.E. 2001-412 (C.Q.).

44. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les règles impératives dans le louage commercial », *Meredith Memorial Lectures*, 1989, p. 177, 179 et s.; Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 70 et 71.

45. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les règles impératives dans le louage commercial », *Meredith Memorial Lectures*, 1989, p. 177, 185.

46. *Ibid.*, et jurisprudence citée : *Librairie Concorde Ltée c. Ariss*, [1961] B.R. 425; *Geiger c. Cohen*, [1962] C.S. 222.

sous-louer toute ou partie de la chose ou céder son bail sans le consentement du locateur qui ne peut le refuser sans motif raisonnable » constituait un revirement au principe de permettre de stipuler une clause de refus, soumettant désormais le locateur à l'obligation de permettre la sous-location ou la cession, sauf en cas de motif raisonnable; les articles 1870 et 1871 du *Code civil du Québec* ont sensiblement repris l'article 1619 du *Code civil du Bas Canada*. Cette étude historique démontrerait que l'argumentation *a contrario* dont nous parlions plus haut n'est pas valable dans ce cas, puisqu'elle amènerait à des conclusions différentes du but poursuivi par le législateur.

À l'opposé de cette opinion, on pourrait raisonner comme suit : pour établir si les parties peuvent déroger conventionnellement à une disposition de la loi, on doit se reporter aux règles particulières établies par le législateur, si elles existent, et à défaut, aux règles de droit commun; or, en matière de louage, le législateur traite d'une part du louage en général et consacre ensuite une section distincte aux règles particulières du bail de logement; ces dernières constituent donc des règles d'exception; le législateur ayant postulé à l'article 1893 C.c.Q. qu'en matière de bail de logement la clause qui dérogerait aux articles 1870 et 1871 est sans effet, il semble logique de pouvoir conclure qu'il a voulu réserver un traitement différent à la validité d'une telle clause selon qu'elle est stipulée dans un bail de logement ou dans un bail soumis aux règles du louage en général, et que dans un bail autre que de logement, une telle clause aurait plein effet; le fait pour le législateur d'édicter le caractère impératif d'une disposition dans une situation particulière d'exception, comme le bail d'un logement, permet de déduire qu'il traite différemment cette exception, et que, dans la situation qui n'est pas d'exception, cette disposition est supplétive; certes, il s'agit là d'une interprétation *a contrario*, mais l'interprétation *a contrario* d'une exception est difficilement contestable lorsqu'elle amène à la confirmation du principe lui-même⁴⁷; si l'intention du législateur quant au caractère impératif ou supplétif d'une disposition n'est pas claire, on doit se référer aux principes du droit commun; or, le *Code civil du Québec* maintient le principe de la liberté contractuelle et du consensualisme⁴⁸. Les parties peuvent donc déroger conven-

47. Charlotte LEMIEUX, « Éléments d'interprétation en droit civil », (1994) 24 *R.D.U.S.* 221, 242.

48. Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, p. 9, 33.

tionnellement aux dispositions non impératives de la loi, en autant que l'objet et la cause de leurs conventions ne soient pas prohibés par la loi ou contraires à l'ordre public⁴⁹.

Une certaine jurisprudence est à l'effet que la convention fait la loi des parties en matière de louage non résidentiel⁵⁰ et une certaine doctrine va également dans ce sens⁵¹, reconnaissant ainsi le caractère supplétif des dispositions des articles 1870 et 1871.

Donc, les opinions divergentes et un récent arrêt de la Cour d'appel, dont nous traiterons plus loin⁵², nous font constater, à l'instar de certains⁵³, que le problème de la validité d'une clause prohibant la sous-location ou la cession du bail n'est pas définitivement réglé, laissant ainsi le praticien dans le doute et l'insécurité.

En pratique, on retrouve plusieurs variantes de clauses relatives à la cession du bail ou à la sous-location. Ou bien on prévoit que la cession ou la sous-location n'est soumise à aucun consentement préalable du locateur; dans un tel cas, le locateur n'a aucun droit de regard et il est à la merci du locataire. À l'autre extrême, on retrouve la clause qui prévoit qu'aucune cession du bail ou sous-location ne sera permise. Cette clause peut se comprendre et être justifiable dans certains cas, notamment dans le contexte d'un bail consenti en raison de certaines relations personnelles, voire privilégiées, qu'entretiennent le locateur et le locataire. Par exemple, la personne qui loue à un parent un garage derrière sa maison peut avoir de bonnes raisons de vouloir interdire la cession du bail ou la sous-location; elle loue en raison de ses liens avec ce parent, mais elle veut éviter qu'un étranger n'accède à sa cour arrière ou encore que ce parent ne spécule sur un bail consenti à un loyer minime. Entre ces deux extrêmes, on retrouve soit la clause qui reprend les dispositions des articles 1870 et 1871 C.c.Q. (avis d'intention préalable au locateur, consentement requis de ce dernier, lequel consentement ne peut être refusé sans un motif sérieux, indication

49. Art. 1411, 1413 C.c.Q.

50. *Family Life Assurance Co. c. Crecco*, J.E. 82-846 (C.S.); *Bérard-Schetagne c. Lauzon*, J.E. 94-1830 (C.S.).

51. Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1986, p. 382; Nicole LAFRANCE, « Le bail commercial : de certains aspects actuels et éléments de planification », (1992) 1 *C.P. du N.* 93, 135.

52. *Malouin c. Ferme Guy Bonin enr.*, J.E. 2000-1294 (C.A.).

53. Denis PAQUIN, « Le bail commercial et le changement de partenaire », dans *Louage commercial : un monde en évolution*, Toronto, Carswell, 2000, p. 147.

du motif du refus par le locateur, le cas échéant), soit la clause qui stipule simplement que le locataire ne peut céder le bail ou sous-louer le bien loué sans le consentement du locateur, sans mention que ce consentement ne peut être refusé sans un motif sérieux.

Les tribunaux ont récemment eu à se pencher sur une affaire mettant en cause une telle clause⁵⁴. Ses conséquences sur la pratique notariale peuvent être considérables. Rappelons les circonstances. Bonin loue à Malouin une terre agricole et le bail stipule que le locataire ne peut céder ses droits dans le bail ni sous-louer la terre sans la permission préalable écrite du locateur. Quelque temps après la signature du bail, le locataire vend sa machinerie agricole et sous-loue la terre à Cardin puis, devant certaines difficultés que représente cette sous-location, Malouin procède quelques mois plus tard à la cession de ses droits dans le bail primitif à Cardin pour une somme forfaitaire. Bonin, n'ayant pas autorisé par écrit la sous-location ni la cession de bail, demande à la Cour la résiliation du bail. En première instance, la Cour résilie le bail en reconnaissant que dans les baux non résidentiels les parties peuvent convenir d'une clause défendant la sous-location ou la cession de bail et que les considérations qui peuvent animer un locateur pour refuser de donner son consentement n'ont pas à être examinées par la Cour. Disant que les propos du juge Macerola dans *Family Life Assurance Co. c. Crecco*, J.E. 82-846 (C.S.) sont encore d'application malgré l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, le juge Mayrand les cite :

[...] La jurisprudence est unanime et la Cour n'a pas à répéter cet adage, que la convention fait la loi entre les parties et effectivement les parties ont voulu et ont accepté de part et d'autre, que le bail ne pouvait être cédé sans le consentement du propriétaire. Bien sûr, il est usuel de rencontrer dans ce type de bail une clause selon laquelle il peut y avoir cession ou sous-location avec le consentement du propriétaire et, que ce consentement ne peut être retenu indûment.

Dans ce cas-ci, la clause est tout autre. Elle est lapidaire, concise et drastique. Il ne peut y avoir de sous-location ou cession du bail sans le consentement du propriétaire.

[...] Par conséquent, le propriétaire ayant donné son refus à la sous-location ou à la cession de bail, les requérantes ne peuvent se

54. *Ferme Bonin enr. c. Malouin*, J.E. 00-213 (C.S.), infirmé par *Malouin c. Ferme Guy Bonin enr.*, J.E. 2000-1294 (C.A.).

servir de l'article 1619⁵⁵ pour amender un bail commercial valablement fait.

Le juge Mayrand ajoute que « [...] le Tribunal ne peut considérer comme un abus de droit l'exercice par le locateur de son droit de refus, valablement consenti par l'autre partie contractante, lors de la signature du contrat ».

La Cour d'appel a infirmé ce jugement. Les juges majoritaires ont motivé leur décision en déclarant que « [...] l'interdiction conditionnelle de sous-louer ou de céder le bail que l'on y retrouve ne saurait dépendre d'une condition purement potestative » et que l'intimé ne pourrait refuser son consentement simplement parce qu'il le veut ainsi; il doit donner des motifs sérieux.

De ce jugement on peut déduire que la Cour d'appel a implicitement reconnu le caractère impératif des articles 1870 et 1871 pour deux raisons. D'abord, lorsque la Cour déclare que « l'interdiction conditionnelle de sous-louer ou de céder le bail que l'on y retrouve ne saurait dépendre d'une condition purement potestative », elle omet de considérer que dans le bail, le locateur n'avait aucune obligation d'accorder son autorisation, tout comme si cette clause n'avait pas été écrite. Cette position nous apparaît critiquable. En effet, l'article 1500 C.c.Q. dit que l'obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur est nulle. Pour que cette disposition s'applique, il faut qu'il y ait une obligation. Mazeaud cite comme exemple d'une condition purement potestative, le cas d'une société qui consent une promesse de prêt, mais subordonne la remise future des deniers à l'appréciation qu'elle fera des garanties qui lui seront offertes par l'emprunteur; le prêteur ne s'engage pas, puisqu'il peut à sa guise, le moment venu, déclarer insuffisantes les garanties proposées⁵⁶. Or, dans l'affaire *Ferme Bonin*, le locateur n'avait en vertu du bail aucune obligation contractuelle de consentir à la cession ou à la sous-location; les parties avaient en effet clairement établi que le locataire ne pouvait céder son bail ou sous-louer la terre sans la permission du locateur, donc sans que le locateur n'ait à motiver son refus. La Cour aurait eu raison de considérer comme

55. Le juge fait ici référence à l'article 1619 du *Code civil du Bas Canada* dont les dispositions sont essentiellement reprises, quoique formulées autrement, par les articles 1870 et 1871 C.c.Q.

56. H., J. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1962, n° 1041.

condition purement potestative une clause stipulant que le locataire a le droit de sous-louer sauf si le locateur lui refuse ce droit. Il y aurait alors eu condition purement potestative puisqu'il aurait manqué un élément essentiel du contrat, soit la volonté de s'obliger. Si la Cour a jugé qu'il y avait une condition purement potestative, c'est qu'elle a conclu qu'il y avait une obligation et comme cette obligation ne découlait pas du contrat, elle ne pouvait donc découler que de la loi. La Cour en ne tenant pas compte du contrat sur ce point l'a donc considéré comme non écrit, privilégiant ainsi le caractère impératif de 1870 et 1871.

Une autre raison qui nous fait conclure que la Cour d'appel n'a pas considéré comme supplétives les dispositions des articles 1870 et 1871 C.c.Q. c'est qu'elle a déclaré que « [c]e sont les articles 1870 et 1871 C.c.Q. qu'il nous faut interpréter ». Si elle avait considéré le contrat comme valide, c'est le contrat qu'elle aurait interprété et non les règles supplétives de la loi auxquelles les parties avaient convenu de déroger. Quand la Cour allègue que le locateur n'a pas offert de motif sérieux pour justifier son refus de sous-louer, elle ne tient pas compte du contrat, elle ne l'interprète pas, car rien dans le bail n'assujettissait le locateur à justifier son refus de consentir à la sous-location. Elle applique l'article 1871 malgré une stipulation contraire dans le bail, confirmant ainsi implicitement le caractère impératif de cet article.

Devant une jurisprudence contradictoire et une doctrine qui ne fait pas l'unanimité, l'incertitude persiste. Parfois, notre réflexion nous amène à nous demander pourquoi le législateur n'a pas ajouté à la fin du premier alinéa de l'article 1871 la mention « à moins que, s'agissant d'un bail autre que le bail d'un logement, les parties n'aient convenu autrement ». Nous retrouvons une telle mention à l'article 1873, ce qui a le mérite de ne laisser planer aucun doute sur le caractère supplétif de cet article en matière de bail autre que le bail de logement⁵⁷.

Quelles conclusions pratiques doit-on retenir de tout cela, dans le cadre de la rédaction d'un bail ? L'approche prudente serait évidemment de privilégier la thèse soutenant le caractère impératif des articles 1870 et 1871. Pour ne pas s'exposer à l'interprétation

57. L'article 1873 C.c.Q. nous dit : « La cession de bail décharge l'ancien locataire de ses obligations, à moins que, s'agissant d'un bail autre que le bail d'un logement, les parties n'aient convenu autrement. »

aléatoire par le tribunal du sérieux d'un motif de refus de sous-louer ou de céder le bail de la part du locateur, il est suggéré de mentionner dans le bail une liste des motifs de refus que les parties au contrat considèrent sérieux. Cette liste, bien que non limitative, devrait comprendre les motifs reliés à la nature de l'entreprise (commerce similaire à une entreprise déjà exploitée dans le centre commercial, entreprises visées par une clause d'exclusivité, incompatibilité avec la nature ou le standing de l'immeuble, entreprises pouvant rendre le locateur en défaut vis-à-vis de son prêteur hypothécaire⁵⁸) et ceux reliés à des critères financiers (solvabilité, cote de crédit, chiffre d'affaires inférieur à celui du locataire original ayant pour effet de diminuer le loyer à pourcentage)⁵⁹. On pourrait aussi mentionner comme motif sérieux de refus le fait que le sous-locataire refuse d'assumer toutes les clauses et conditions du bail dans le contrat de sous-location, ou le fait que le locataire refuse de demeurer solidairement responsable des obligations créées dans le bail (dans le cas d'une cession de bail). Il devrait aussi être mentionné que cette liste de motifs de refus n'est pas limitative pour éviter que le tribunal puisse ne pas considérer comme motif de refus sérieux celui qui ne ferait pas partie de la liste convenue. On suggère d'éviter les listes de motifs de refus trop exhaustives car dans ce cas « plus grandes sont les chances que ce qui n'est pas expressément prévu au bail sera réputé être un motif non raisonnable en vertu du raisonnement simpliste en vertu duquel lorsque les parties ont fait l'effort de faire une liste aussi exhaustive que possible de ce qui est raisonnable, tout ce qui n'est pas expressément contenu dans la liste n'est peut être pas raisonnable »⁶⁰.

Dans le cas où le locateur voudrait prohiber toute location ou cession du bail, la clause de prohibition devrait mentionner d'entrée de jeu le motif pour laquelle la sous-location ou la cession de bail ne sera pas permise. Le locataire devrait de plus reconnaître le caractère sérieux de ce motif dans le bail.

58. Par exemple, la Banque de développement du Canada prévoit dans ses conditions de prêt que l'emprunteur ne peut consentir sur l'immeuble hypothéqué de baux pour des entreprises à caractère sexuel, des bars de danseuses nues, etc.

59. Voir à ce sujet Nicole LAFRANCE, « Le bail commercial : de certains aspects actuels et éléments de planification », (1992) 1 *C.P. du N.* 93, 135 et s.

60. Denis PAQUIN, « Le bail commercial et le changement de partenaire », dans *Louage commercial : un monde en évolution*, Toronto, Carswell, 2000, p. 158.

Le juge Roland Tremblay dans l'affaire *Immeubles Bleury-Dorchester Inc. c. Banque Nationale du Canada*⁶¹ disait que lorsque le bail énumère sans les limiter les cas où les motifs de refus seront considérés raisonnables, dans ces cas, le bailleur n'a pas à démontrer que son refus est raisonnable. Nous reproduisons ici à titre d'exemple la clause qui avait été alors étudiée par le juge :

11.01. Le locataire s'engage à ne pas céder ce bail ni sous-louer tout ou en partie des locaux et à ne pas laisser utiliser tout ou partie de ces locaux par un tiers sans le consentement préalable écrit du bailleur; lequel ne pourra pas être refusé sans motif raisonnable. Le refus du consentement sera considéré comme raisonnable (sans restreindre d'aucune façon le droit du bailleur de refuser son consentement pour d'autres motifs raisonnables) si le cessionnaire ou le sous-locataire proposé par le locataire est déjà un locataire de l'immeuble et que le bailleur dispose ou disposera dans les dix-huit mois à venir d'un espace équivalent dans l'immeuble, si le genre d'affaires à être menées par le cessionnaire ou le sous-locataire est contraire aux droits d'exclusivité accordés à d'autres locataires ou occupants de l'immeuble, si le cessionnaire ou le sous-locataire proposé est un consulat, une ambassade, une commission commerciale ou tout autre représentant d'un gouvernement étranger ou si les locaux doivent être utilisés comme cabinet médical ou dentaire ou comme bureau d'une administration publique ou parapublique, si le cessionnaire ou le sous-locataire n'a pas l'intention d'occuper les locaux et d'y exercer son commerce physiquement et de bonne foi ou si la cession ou la sous-location proposée a lieu avant que le locataire ne commence à occuper les locaux et à y exercer son commerce physiquement et de bonne foi.

Il faudra toutefois que les motifs de refus énumérés au bail soient sérieux et défendables, car, si tant est que le tribunal considère impératives les dispositions de l'article 1871 C.c.Q., il pourrait considérer comme sans effet la clause énumérant ces motifs. Les motifs illégalement discriminatoires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* sont évidemment à éviter⁶².

Il nous a aussi été donné de rencontrer des clauses prévoyant qu'au lieu de consentir à la sous-location ou à la cession de bail, le locateur peut le résilier. Une telle clause a été récemment étudiée par la Cour d'appel⁶³ qui, sans la trouver en soi abusive, illégale et

61. [1998] R.J.Q. 195 (C.S.), J.E. 98-56.

62. *Commission des droits de la personne c. Thibodeau*, [1993] R.J.Q. 2971 (T.D.P.).

63. *Dans l'affaire de la faillite de 91133 Canada Ltée c. Groupe Thibault Van Houtte & Associés*, J.E. 03-452.

contre l'ordre public, l'a déclarée sans effet dans les circonstances, jugeant que son exercice est abusif lorsqu'il est au seul bénéfice du locateur et qu'il porte préjudice au locataire et à ses créanciers. Il est intéressant de noter que dans cette affaire, le juge Chamberland, parlant de la règle énoncée aux articles 1870 et 1871 C.c.Q. et citant le professeur Jobin déclare : « Cette règle est impérative et d'ordre public dans le louage résidentiel (art. 1893 C.c.Q. le dit en toutes lettres); l'affaire est moins sûre dans le louage non résidentiel »⁶⁴.

Comme nous le disions, l'incertitude demeure. La prudence est donc de mise lors de la rédaction de ces clauses de sous-location ou de cession du bail.

1.3 La durée du bail

Nous voudrions maintenant souligner très brièvement deux questions relatives à la durée du bail, soit la disposition de l'article 1880 qui interdit le bail perpétuel et un problème relié à la reconduction.

1.3.1 Le bail perpétuel

L'article 1880 du *Code civil du Québec*, qui est de droit nouveau, a tranché définitivement le débat sur la validité du bail perpétuel en limitant la durée du bail à cent ans. La jurisprudence qui reconnaissait la validité du bail perpétuel ne sera donc plus à considérer⁶⁵. Le bail que l'on voulait perpétuel était souvent utilisé lorsqu'un locateur louait un terrain en obligeant le locataire à y ériger un édifice. Ce type de bail imposait généralement un investissement important de la part du locataire et ce dernier avait intérêt à ce que sa durée soit la plus longue possible. On pourra utiliser les mécanismes de la propriété superficière qui, elle, peut être perpétuelle⁶⁶.

64. Et le juge cite ici Pierre-Gabriel JOBIN, dans *Traité de droit civil, Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 70 et 71.

65. Voir notamment *Cyclorama de Jérusalem Inc. c. Congrégation du Très Saint-Rédempteur*, [1964] R.C.S. 595; *Consumers Cordage Co. c. St-Gabriel Land and Hydraulic Co.*, [1945] R.C.S. 158, confirmant [1944] B.R. 305, infirmant [1942] C.S. 257.

66. Art. 1113 C.c.Q.

1.3.2 La reconduction

Nous voulons maintenant attirer l'attention des praticiens sur une manière généralement répandue de rédiger les clauses de reconduction ou de renouvellement⁶⁷ qui peut avoir des conséquences inattendues, ce qui a été mis en lumière par un arrêt de la Cour d'appel en 1997⁶⁸. Avant d'y arriver, il convient de faire un bref rappel des dispositions du nouveau Code sur la reconduction.

Bien que le bail cesse de plein droit à l'arrivée du terme, la loi prévoit qu'il peut être reconduit⁶⁹. La reconduction doit être expresse, mais elle peut être tacite en matière immobilière seulement, car il n'y a pas de tacite reconduction en matière mobilière⁷⁰.

La reconduction tacite a lieu si le locataire continue d'occuper les lieux sans opposition du locateur pendant plus de dix jours après l'expiration du bail⁷¹. Dans ce cas, le bail est reconduit aux mêmes conditions pour une durée d'un an, à moins que la durée initiale prévue au bail soit inférieure à un an, auquel cas la période de reconduction est la même que celle de la durée initialement stipulée au bail⁷². Le bail reconduit se reconduit lui-même comme le bail initial⁷³.

Quant à la reconduction expresse, elle résulte d'une volonté exprimée par les parties. Un accord écrit ou verbal en établit les conditions.

On s'est demandé si la reconduction faisait naître un nouveau bail ou si elle constituait plutôt une continuation de celui-ci. Il faut distinguer selon les situations.

67. Bien que le Code civil emploie le mot « reconduction », autant tacite qu'expresse, la doctrine et la jurisprudence utilisent davantage le mot « renouvellement » dans le cadre d'une reconduction expresse. À une occasion, à l'article 910, le Code civil utilise l'expression *renouvellement d'un bail*. La version anglaise « renewal » se retrouve autant en regard de la reconduction que du renouvellement, de sorte que les deux mots signifient juridiquement la même chose.

68. *Mutuelle des Fonctionnaires du Québec c. Les Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.).

69. Art. 1878 C.c.Q.

70. *Ibid.*

71. Art. 1879, al. 1 C.c.Q.

72. Art. 1879, al. 2 C.c.Q.

73. *Ibid.*

La reconduction tacite fait naître un nouveau bail, puisque l'ancien a cessé de plein droit à l'arrivée du terme⁷⁴. Par ailleurs, si la reconduction est expresse, il faudra examiner les circonstances et la volonté des parties. Par exemple, si le locateur et le locataire ont convenu, avant l'arrivée du terme, de prolonger la durée du bail pour une période additionnelle ou de continuer le bail, il ne saurait être question d'un nouveau bail car c'est le même qui se continue. Dès que le bail cesse, toute convention de reconduction postérieure à l'arrivée du terme devient un nouveau bail, avec les conséquences que cela comporte sur les garanties, sûretés et hypothèques initialement consenties⁷⁵.

Ceci nous ramène à la constatation que nous énoncions au début de cette section, à savoir une façon de rédiger les clauses de reconduction très répandue qui entraîne des conséquences insoupçonnées de plusieurs. Ce type de clause prend généralement la forme suivante :

À l'expiration du terme du présent bail, le locateur accorde au locataire l'option de renouveler son bail pour une période additionnelle de cinq années, aux mêmes conditions, sauf le loyer qui devra être négocié. Le locataire devra signifier son intention d'exercer cette option en avisant le locateur au moins un an avant l'expiration du présent bail, etc.

La Cour d'appel s'est penchée sur la signification de l'expression « renouvellement » dans une affaire⁷⁶ où une clause semblable était en cause. La Cour a déclaré que, nonobstant l'emploi dans cette clause des mots « option de renouveler », ce qui est juridiquement accordé au locataire est une préférence, celle de conclure un nouveau bail, avant toute autre personne. Si cette fin est atteinte, il ne peut s'agir du renouvellement du premier bail, puisqu'un élément essentiel à la formation du contrat, le loyer, aura dû alors être négocié. Le juge Delisle déclare que la situation serait différente si, toutes les autres conditions du premier bail étant maintenues, la variation du loyer n'était que le résultat mathématique d'une formule quelconque d'ajustement mentionnée dans ce bail. Il ne peut être question de renouvellement de contrat lorsque l'un des éléments essentiels à sa formation doit faire l'objet

74. Art. 1877 C.c.Q.

75. Art. 1877 et 1881 C.c.Q.

76. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Les Immeubles G.C. Gagnon Inc.*, J.E. 97-1269 (C.A.).

d'un nouvel accord de volonté de chacune des parties contractantes. Dans le même arrêt, le juge Chamberland observe que pour qu'il y ait renouvellement d'un bail antérieur, les parties à ce nouveau contrat doivent être les mêmes. Il n'y a donc pas de renouvellement, au sens juridique, lorsque le bail est continué entre le locataire et un nouveau propriétaire autre que le locateur original.

En conséquence, s'il y a un nouveau bail les règles de la novation s'appliqueront. Les sûretés consenties pour garantir les obligations stipulées au bail primitif ne s'étendent pas au nouveau bail. Quant aux sûretés fournies par un tiers, la loi est très claire, elles ne s'étendent pas au bail reconduit (art. 1881 C.c.Q.). Il a été toutefois jugé que le renouvellement effectué en exécution d'une option contenue au bail pouvait ne pas constituer une reconduction au sens de l'article 1881 C.c.Q., de sorte que le cautionnement fourni par un tiers pourrait subsister lors de la période de renouvellement⁷⁷. Cette décision isolée pour le moins surprenante paraît ignorer le principe bien établi que la reconduction constitue un nouveau contrat.

Pour que le bail reconduit en vertu de l'exercice d'une option ne constitue pas un nouveau bail, il faudrait prévoir dès à la conclusion du bail quelles seront les conditions du renouvellement, sans qu'il soit nécessaire de négocier quoi que ce soit lors de la levée de l'option. L'exercice du droit de renouvellement par le locataire avant l'expiration du bail aura pour effet de prolonger la durée du bail et non d'en créer un nouveau.

1.4 Abolition du privilège du locateur

Le privilège sur les effets mobiliers du locataire se trouvant sur les lieux loués dont bénéficiait le locateur pour garantir ses droits (art. 1637 C.c.B.C.) a été aboli. Dans le nouveau droit, on sait que locateur qui veut une sûreté sur les effets mobiliers du locataire doit se faire consentir une hypothèque mobilière sans dépossession. En cas de défaut du locataire de respecter ses obligations, le locateur peut alors exercer ses droits hypothécaires.

77. *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Tremblay*, J.E. 97-1097 (C.S.). Voir aussi *Elysian Inc. c. Société de Gestion S.G.L. Inc.*, [1986] R.D.I. 10 (C.P.), décision toutefois rendue sous l'ancien Code.

Il faut savoir cependant que, selon la jurisprudence, ces droits hypothécaires sont bien illusoires en cas de faillite du locataire. On connaît l'article 136(1)f) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui prévoit que, sous réserve des droits des créanciers garantis, le locateur vient au sixième rang dans l'ordre de priorité des paiements après les frais funéraires, si le failli est décédé, les frais d'administration (qui comprennent les honoraires et débours du syndic et les frais légaux, le prélèvement sur les dividendes pour défrayer la surveillance du surintendant), les salaires des employés du failli pour les services rendus au cours des six derniers mois jusqu'à concurrence de deux mille dollars chacun, certaines taxes municipales. Après paiement desdites créances qui lui sont prioritaires, le locateur a droit aux arriérés de loyer sur une période de trois mois précédant la faillite, et, pour le loyer perçu par anticipation, il a droit qu'il soit appliqué pour une période de trois mois après la faillite, si le bail prévoit un tel paiement par anticipation. La loi prévoit cependant que le montant total des sommes ainsi payables au locateur ne peut dépasser la somme réalisée sur les biens se trouvant sur les lieux loués. Tout paiement fait pour le loyer payé par anticipation est appliqué sur le loyer qui serait autrement payable par le syndic pour son occupation.

On sait aussi qu'en vertu de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, celui qui détient une hypothèque à l'égard des biens du débiteur est considéré comme un créancier garanti. Or, la Cour d'appel, dans l'affaire de la faillite de *Restaurant Ocean Drive inc.*⁷⁸ a statué qu'une loi provinciale (dans ce cas, le *Code civil du Québec*) ne peut valablement modifier l'ordre de collocation prévu à l'article 136(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (qui est une loi fédérale), en bonifiant le rang d'une créance prioritaire expressément visée par l'alinéa 136(1)f), et qu'en conséquence, les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de priorités et d'hypothèques ayant pour effet de modifier l'ordre des priorités de la L.F.I. en conférant au locateur un statut de créancier garanti, sont inapplicables en matière de faillite. La Cour a conclu qu'un locateur, titulaire d'une hypothèque dûment publiée en vertu des dispositions du Code civil, ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la L.F.I. et qu'il ne bénéficie en cas de faillite que de la priorité que lui accorde l'alinéa 136(1)f).

78. J.E. 98-118 (C.A.).

Cet arrêt va dans le même sens que des arrêts rendus par la Cour suprême sous l'ancien Code⁷⁹. Le notaire ou l'avocat doit tenir compte de cette jurisprudence et émettre les réserves appropriées dans un rapport sur la validité et le rang d'une hypothèque qu'un locateur l'aura chargé de rédiger et de publier. Sans cette réserve, il pourra se voir reprocher par le créancier hypothécaire de ne pas l'avoir informé de la précarité de ses droits en cas de faillite du locataire.

1.5 La résiliation du bail

Sous le *Code civil du Bas Canada*, la résiliation d'un contrat synallagmatique à exécution successive ne pouvait être obtenue que dans la mesure où un tribunal la prononçait. Le nouveau Code prévoit une règle différente par l'introduction, au titre des obligations en général, des articles 1604 et 1605 qui se lisent comme suit :

1604. Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Cependant, il n'y a pas droit, malgré toute stipulation contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, ce défaut n'ait un caractère répétitif; mais il a droit, alors, à la réduction proportionnelle de son obligation corrélative.

La réduction proportionnelle de l'obligation corrélative s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances appropriées; si elle ne peut avoir lieu, le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

1605. La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure.

Le bail étant un contrat à exécution successive⁸⁰, on peut donc résumer ces dispositions comme suit : le créancier qui ne se prévaut

79. *In re Gingras Automobile Ltée : Produits de caoutchouc Marquis Inc. c. Trottier*, [1962] R.C.S. 676, conf. [1961] B.R. 827; *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Bélair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Banque fédérale de développement c. C.S.S.T.*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Deloitte Haskins & Sells c. Workers' comp. Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Sous-ministre du revenu c. Rainville*, [1981] 1 R.C.S. 35.

80. La définition du contrat à exécution successive se retrouve à l'article 1383, al. 2 C.c.Q.

pas du droit de forcer l'exécution en nature de l'obligation de son débiteur résultant du bail a droit à la résiliation du bail; cependant, il n'y a pas droit, malgré toute stipulation contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que ce défaut n'ait un caractère répétitif; la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure.

Prises isolément, ces règles ont fait miroiter la possibilité de pouvoir résilier un bail rapidement et sans avoir recours aux tribunaux, lorsque le défaut reproché a un caractère répétitif. On s'est demandé s'il était possible d'appliquer au bail ce principe de la résiliation extrajudiciaire énoncé au titre des obligations en général. Cette question s'est soulevée vu l'existence des articles 1863 et 1883 C.c.Q. L'article 1863 soumet, en matière de louage, la résiliation du bail à la preuve d'un préjudice sérieux (art. 1863 C.c.Q.). D'autre part, une telle résiliation extrajudiciaire pourrait empêcher le locataire en défaut d'exercer le droit qu'il a d'éviter la résiliation, en payant avant jugement le loyer dû, les frais, ainsi que les intérêts, droit que lui reconnaît l'article 1883 C.c.Q.

La résiliation sans intervention judiciaire est spécifiquement reconnue par la loi en matière de louage résidentiel et elle a lieu de plein droit en cas de logement insalubre (art. 1916 C.c.Q.) et en cas d'abandon (art. 1975 C.c.Q.). On ne retrouve pas de disposition semblable dans le chapitre du louage en général. L'article 1863 C.c.Q. permet au créancier d'une obligation non exécutée de *demander* la résiliation du bail si l'inexécution lui cause, à lui-même ou aux autres occupants, un préjudice sérieux (alors que les articles 1604 et 1605 C.c.Q., nous l'avons vu, permettent la résiliation extrajudiciaire en cas de manquement répétitif, sans preuve de préjudice sérieux). Aux articles 1860, 1863, 1865, 1875 le Code parle toujours de « demander » la résiliation. Aux articles 1861 et 1888, il emploie le mot « obtenir » la résiliation. À l'article 1883, il parle du locataire « poursuivi » en résiliation qui peut éviter la résiliation en payant « avant jugement » le loyer dû, les intérêts et les frais. L'emploi de cette terminologie semble bien écarter la résiliation du bail pour inexécution d'une obligation, sans recours au tribunal.

Dans l'affaire *Place Fleur de Lys c. Tag's Kiosque Inc.*⁸¹, le locateur avait résilié le bail sur la foi de l'article 1605 en alléguant que le locataire avait omis de payer le loyer de façon répétée et il s'était adressé au tribunal par requête, non pas pour demander la résiliation du bail (ce qu'il considérait déjà fait sans recours au tribunal), mais uniquement pour demander la reprise de possession des lieux loués et l'expulsion du locataire. Ici, la Cour d'appel, sous la plume du juge Jean-Louis Baudouin, a souligné que le législateur, en matière de contrat de louage, a voulu reconnaître la résolution judiciaire comme règle générale :

L'article 1863 C.c.Q. pose une règle générale qui permet à l'une des parties de « demander » la résiliation du bail faite par l'autre de remplir ses obligations. Pour sa part, l'article 1883 C.c.Q. permet au locataire « poursuivi » en résiliation pour défaut de paiement du loyer d'éviter la résiliation en payant « avant jugement ». La lecture combinée de ces deux articles me permet de penser que le législateur, en matière de contrat de louage, a voulu reconnaître la résolution judiciaire comme règle générale. En effet, si, comme le prétend l'appelante, la résiliation de plein droit constituait cette règle générale, la faculté donnée par l'article 1883 C.c.Q. pour favoriser la stabilité des conventions serait illusoire.

Le juge Baudouin nuance et exprime certaines réserves en disant :

Est-ce à dire, cependant, que la résiliation de plein droit d'un contrat de louage ne pourra jamais être ouverte en dehors des cas spécifiquement prévus ? Je ne le crois pas, puisqu'il m'apparaît pouvoir se présenter certaines hypothèses générales où le locateur pourra effectivement considérer le contrat comme résolu de plein droit.

Citant le professeur Jean Pineau⁸², le juge évoque notamment, comme cas d'exception à la règle générale, ceux où le débiteur refuse manifestement ou néglige de façon répétitive d'exécuter son obligation. Selon le professeur Pineau, la résiliation de plein droit ne serait pas illégitime en soi dans les contrats à exécution successive, notamment dans les situations de manquement graves, répétitifs ou en cas d'urgence, d'autant plus que le locateur peut être soumis au contrôle *a posteriori* du tribunal. Ce dernier

81. [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.).

82. Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 9, 158.

pourrait décider que le locateur avait raison de considérer le bail comme résilié de plein droit et constater en conséquence la résiliation, ou bien prononcer une décision contraire en appliquant les critères déjà consacrés par la jurisprudence, soit qu'il n'y avait pas urgence, que l'exécution n'était pas suffisamment tardive ou que l'inexécution n'était pas suffisamment importante⁸³.

Bien que ce jugement soit considéré comme un arrêt de principe et ait été généralement suivi par les tribunaux inférieurs⁸⁴, il a néanmoins fait l'objet d'une certaine critique à l'effet que l'interprétation donnée par la Cour d'appel à l'article 1863 C.c.Q. est fondée sur la lettre de la loi, mais s'éloigne cependant de son esprit dans la mesure où l'article 1605 C.c.Q., qui est partie intégrante du droit des obligations, est mis de côté⁸⁵. On s'est demandé pourquoi la Cour d'appel ne donnait aucune explication sur les raisons pour lesquelles le contrat de louage échapperait sur ce point aux règles de la théorie générale des obligations⁸⁶. Pour certains, nous sommes devant un cas où le Code civil semble manquer de cohésion⁸⁷.

Certains juges avaient toutefois reconnu que la résiliation extrajudiciaire était valable lorsque le bail contenait une clause résolutoire et que dans ce cas, le tribunal n'a pas à examiner le sérieux du préjudice subi⁸⁸. À cet égard nous soumettons qu'il ne faut pas oublier le principe clair établi par la loi qui veut que dans le contrat à exécution successive, la clause résolutoire n'a pas d'effet si elle veut sanctionner un défaut de peu d'importance qui n'a pas un caractère répétitif⁸⁹.

83. *Ibid.*

84. *Chocolat Lamontagne inc. c. 3088-9182 Québec inc.*, C.S. Montréal, n° 500-17-003502-989, 2000-02-24, AZ-00026287, B.E. 2000BE-605; *Automobiles J.D. Inc. c. 9007-7348 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2564 (C.S.); *2751-9818 Québec Inc. c. 2150-1069 Québec Inc.*, J.E. 96-802 (C.S.).

85. Jean PINEAU, Danielle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, p. 707.

86. *Ibid.*

87. Marie-Josée HOGUE, « Recours en cas d'inexécution des obligations prévues à un bail commercial », dans *Louage commercial : un monde en évolution*, Toronto, Carswell, 2000, p. 191, 198.

88. *9015-2752 Québec inc. c. Pétro-Canada*, B.E. 2000BE-841; *Société de Gestion Place Laurier Inc. c. Diane Beaulieu, André Dion et 2539-2759 Québec inc.*, REJB 1999-12679.

89. Art. 1604 C.c.Q.

Tout récemment, la Cour d'appel, dans une décision unanime⁹⁰, a fourni l'éclairage suivant à ce problème : premièrement, la Cour reconnaît la validité et la portée d'une clause prévoyant la résiliation de plein droit (donc extrajudiciaire) d'un bail commercial au cas d'inexécution des engagements contractuels pris par l'une ou l'autre des parties, puisque cela semble aller dans le sens de ce que le législateur a voulu favoriser en adoptant la règle posée par l'article 1605 C.c.Q. au titre « Des obligations en général »; deuxièmement, le droit à la résiliation de plein droit ne laisse aucun doute lorsque le bail contient une clause de résiliation automatique ou de plein droit; troisièmement, l'arrêt *Place Fleur de Lys*⁹¹ ne fait pas autorité lorsque le bail contient une clause de résiliation de plein droit au cas de défaut de paiement du loyer⁹²; quatrièmement, le contrôle judiciaire *a posteriori* est reconnu; cinquièmement, si le locateur a déjà formé un recours en résiliation judiciaire pour défaut de paiement du loyer, il ne peut plus en même temps prétendre à la résiliation de plein droit du bail et demander l'expulsion du locataire, puisque cela priverait alors le locataire du droit qui lui est accordé par l'article 1883 C.c.Q. d'éviter la résiliation du bail en payant, avant jugement, le loyer dû, les frais et les intérêts. Le juge Chamberland conclut qu'en l'espèce, le locateur ne pouvait pas prétendre à la résiliation de plein droit puisqu'il avait déjà intenté un recours en résiliation judiciaire, et l'expulsion du locataire par le locateur, sans y être autorisé par une ordonnance du tribunal, constituait une faute.

Le contrôle *a posteriori* du tribunal avait déjà été reconnu et il avait été jugé qu'en matière de résiliation de bail, le rôle du Tribunal n'est pas limité à constater une résiliation de plein droit et il peut exercer sa discrétion⁹³, ce qu'il a fait, par exemple, en ne considérant pas que l'omission par le locataire d'obtenir le consentement du locateur pour procéder à une sous-location était assez grave pour donner droit à la résiliation⁹⁴.

Que conclure ? La position actuelle du droit serait donc que le législateur a établi le principe général de la possibilité de la résiliation extrajudiciaire en cas de défaut répétitif dans les contrats à

90. 9051-5909 *Québec inc. c. 9067-8665 Québec inc.*, J.E. 2003-749 (C.A.).

91. Précité, note 81.

92. Dans cette affaire, le bail ne contenait pas de clause de résiliation de plein droit.

93. 2152-1216 *Québec Inc. c. Shoghikian*, J.E. 2000-2222 (C.S.).

94. *Ghasemlou c. Di Salvio*, B.E. 2000BE-1167 (C.S.).

exécution successive, mais que dans le cas particulier du bail immobilier non résidentiel, on doit demander la résiliation au tribunal qui l'accordera seulement si l'inexécution cause à l'autre partie ou aux autres occupants de l'immeuble un préjudice sérieux. Dans le cas où l'inexécution consiste en un défaut de payer le loyer, la résiliation de plein droit est admise lorsque le bail contient une clause de résiliation automatique sanctionnant ce défaut, à la condition que le locateur n'ait pas déjà formé une demande en résiliation judiciaire, puisque dans cette circonstance, le locataire peut éviter la résiliation en payant, avant jugement, le loyer dû et les frais et intérêts. La partie qui considère le bail résilié de plein droit peut être soumise au contrôle *a posteriori* du Tribunal qui pourrait décider, soit qu'une partie avait raison de considérer le bail comme résilié de plein droit et constater en conséquence la résiliation, soit prononcer une décision contraire en appliquant certains critères, comme le fait qu'il n'y avait pas urgence, que l'exécution n'était pas suffisamment tardive ou que l'inexécution n'était pas suffisamment importante.

Dans le cas de manquement répétitif à payer le loyer ponctuellement, le locataire ne pourrait éviter la résiliation en payant le loyer dû, les frais et les intérêts, puisque la résiliation viendrait ici sanctionner le caractère répétitif du défaut de payer substantiellement, correctement ou ponctuellement le loyer, la résiliation étant ici une sanction punitive à un comportement répétitif passé qui, de par sa nature, ne peut être réparé par le paiement du loyer actuellement dû⁹⁵.

En pratique, l'inclusion au bail d'une clause de résiliation de plein droit sanctionnant un manquement du locataire devrait faciliter une demande en résiliation ou en constatation de résiliation, puisque, nous l'avons vu plus haut, le tribunal n'aura pas à évaluer s'il y a préjudice ni le degré de sérieux de celui-ci.

1.6 L'aliénation du bien loué

Il y a peu à dire sur ce sujet. Nous nous limiterons à passer en revue quelques points qui ont été discutés en doctrine ou éclaircis par la jurisprudence et qui peuvent avoir une incidence sur la pratique notariale.

95. Denys-Claude LAMONTAGNE, Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 345.

On connaît bien le principe général posé par l'article 1886 C.c.Q. qui dit que l'aliénation volontaire ou forcée du bien loué ou l'extinction du titre du locateur ne met pas fin de plein droit au bail. Si le bail est à durée indéterminée, il peut être résilié sur simple avis, selon les règles ordinaires prévues aux articles 1877 et 1882 C.c.Q.⁹⁶. Lorsque le bail immobilier est à durée fixe et qu'il n'a pas été inscrit au bureau de la publicité des droits, l'acquéreur ou celui qui bénéficie de l'extinction du titre (par exemple le créancier hypothécaire qui reprend l'immeuble par suite d'un recours en prise en paiement) peut résilier celui dont la durée restante est de plus de douze mois à compter de l'aliénation ou de l'extinction du titre, à condition de donner au locataire un préavis écrit de six mois⁹⁷. Les droits du locataire dont le bail à durée fixe n'est pas inscrit sont donc assurés pour une période d'au plus douze mois à compter de l'aliénation. S'il reste moins de douze mois à courir, le locataire est protégé pour toute la durée à courir.

L'article 1887 C.c.Q. établit maintenant clairement que l'avis de résiliation doit être transmis au locataire six mois avant l'expiration des douze mois, le tout calculé à partir de l'aliénation ou de l'extinction du titre. La Cour d'appel avait jugé sous l'ancien Code que si l'acquéreur n'a pas mis fin au bail avant l'expiration des douze mois à compter de l'aliénation, le bail doit être respecté jusqu'à son terme⁹⁸. Cette jurisprudence demeure valable sous le nouveau Code.

Lorsque le bail a été inscrit au bureau de la publicité des droits avant que ne l'ait été l'acte d'aliénation ou l'acte à l'origine de l'extinction du titre du locateur, l'acquéreur de l'immeuble ou celui à qui bénéficie l'extinction du titre ne peut le résilier⁹⁹. L'acte à l'origine de l'extinction du titre est l'acte lui-même et non le préavis d'exercice du recours¹⁰⁰, même si l'article 2783 C.c.Q. prévoit par

96. En matière immobilière, l'avis doit être donné dans le même délai que le terme fixé pour le paiement du loyer (v.g. : si le loyer est payable mensuellement, l'avis est d'un mois) et si le terme excède trois mois, l'avis est donné dans un délai de trois mois.

97. Art. 1887, al. 2 C.c.Q.

98. *Banque de Montréal c. Aluminium Canada Ltée*, [1983] C.A. 505.

99. Art. 1887, al. 2 C.c.Q.

100. *Caisse populaire Desjardins de St-Jacques c. 110765 Canada ltée*, [1995] R.D.I. 188 (C.S.); *Boivin c. 3100-1613 Québec inc.*, J.E. 96-2139 (C.S.); *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. Tarbouch*, [1996] R.D.I. 377 (C.S.); voir aussi Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil, le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 506 et 507.

ailleurs que, dans le cadre d'une prise en paiement, le créancier qui a pris le bien en paiement en devient propriétaire à compter de l'inscription du préavis.

Le créancier hypothécaire qui devient propriétaire de l'immeuble loué par l'exercice d'un droit hypothécaire ne peut résilier le bail qui a été inscrit avant son hypothèque, mais il peut résilier celui inscrit après son hypothèque, l'hypothèque étant l'acte à l'origine de l'extinction du titre¹⁰¹. Quant à la prise de possession du bien loué à des fins d'administration par un créancier hypothécaire, elle ne porte pas atteinte aux droits du locataire¹⁰².

On s'est demandé si une vente de gré à gré en vertu de l'article 2784 C.c.Q.¹⁰³ à un créancier hypothécaire constitue une aliénation au sens de l'article 1886 C.c.Q., ou plutôt une extinction du titre du locateur *pour toute autre cause* en vertu de ce même article. Les conséquences de la réponse à cette question sont les suivantes : si l'extinction du titre du locateur émane de l'acte de vente de gré à gré, le bail qui a été inscrit avant cet acte de vente ne peut être résilié; si, par contre, on considère cet acte de vente comme un cas d'extinction du titre du locateur par effet de l'acte d'hypothèque, donc un recours hypothécaire, le bail qui a été inscrit avant la vente mais après l'hypothèque en vertu de laquelle la vente peut avoir lieu pourrait être résilié par le créancier acquéreur. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Compagnie Trust Royal c. Pinkerton Flowers Ltd.*¹⁰⁴, où le juge Cohen déclare que l'acte qui opère l'extinction du titre du locateur est la vente et non pas l'acte hypothécaire. Au moment d'écrire ces lignes, l'affaire est portée en appel et il sera intéressant de voir comment la Cour d'appel réagira et notamment si elle considérera l'acte de vente comme étant l'acte qui « opère l'extinction du titre », selon l'expression du juge Cohen, ou si elle le considérera comme étant une conséquence juridique de l'acte d'hypothèque, qui lui, est « l'acte à l'origine de l'extinction du titre », selon l'expression utilisée à l'article 1887 C.c.Q.

101. Art. 1887, al. 2 C.c.Q.

102. Art. 2774 C.c.Q.

103. L'article 2784 C.c.Q. dit : « Le créancier qui détient une hypothèque sur les biens d'une entreprise peut, s'il a présenté au bureau de la publicité des droits un préavis indiquant son intention de vendre lui-même le bien grevé et, après avoir obtenu le délaissement du bien, procéder à la vente de gré à gré, par appel d'offres ou aux enchères. »

104. [2002] R.D.I. 298 (C.S.) (en appel).

Autre question : le locataire dont le bail n'est pas inscrit peut-il faire échec à la résiliation de son bail par le nouveau propriétaire, en alléguant que ce dernier connaissait ou était présumé connaître l'existence du bail ? Sous l'ancien Code, nos tribunaux avaient établi que l'acquéreur ne peut résilier le bail non inscrit avant le terme stipulé même s'il en connaissait l'existence, à moins qu'il ne se soit engagé dans l'acte de vente à assumer les baux existants¹⁰⁵, ou qu'il n'ait renoncé à l'application de l'article 1646 C.c.B.C.¹⁰⁶, ou encore, qu'il n'ait été subrogé dans les droits et obligations de son auteur¹⁰⁷.

La Cour d'appel a confirmé cette jurisprudence sous le nouveau Code, sous la plume de la juge Louise Otis qui déclarait que si la connaissance présumée de l'existence du bail par l'acquéreur pouvait constituer une alternative à la publicité, le législateur y aurait donné ouverture¹⁰⁸. Par contre, le locataire sera protégé contre un changement de propriétaire, même si son bail n'est pas publié, si l'acquéreur ou celui à qui bénéficie l'extinction du titre a assumé les droits et obligations résultant du bail ou a renoncé aux dispositions de l'article 1887 C.c.Q., puisque dans ces cas, la juge Otis constate que l'obligation pour l'acquéreur de respecter le bail « prend sa source dans l'engagement conventionnel constaté dans l'acte d'aliénation ou le contrat consenti pour la garantie d'une obligation »¹⁰⁹.

On sait par ailleurs qu'il arrive fréquemment en pratique que le locataire et le locateur, pour différentes raisons, fonctionnent sur l'élan d'une promesse de bail et ne procèdent jamais à la signature d'un bail final ou tardent à y procéder. Le locataire occupe alors les lieux et paye le loyer convenu avec la tolérance du propriétaire mais ne peut publier son bail puisqu'il n'a en main qu'une promesse de bail acceptée¹¹⁰, la promesse de bail n'étant pas admise à la

105. *Bloomfield c. Hamel et al.*, [1978] C.S. 862; *Ibroll c. Jacobson-Szlamkovicz*, [1976] C.A. 826; *Entreprises Blouin Ltée c. Larouche*, [1979] C.S. 200.

106. *Gomez c. Studio Willis Inc.*, [1975] C.S. 996; *Diamond c. Distribution aux consommateurs inc.*, J.E. 92-185.

107. *Morris c. Matus Trading Co. Inc.*, [1975] C.A. 429.

108. *Société générale (Canada) c. Consumers Distributing Co.*, J.E. 96-153 (C.A.).

109. *Ibid.*

110. Il a déjà été jugé (*Ciccone c. Scalise*, J.E. 94-850 (C.Q.)) que l'offre de location acceptée pouvait être elle-même considérée comme un bail définitif et que la clause contenue dans une offre de location acceptée, prévoyant la signature ultérieure d'un bail, ne peut être interprétée comme une condition essentielle à la validité de l'entente, lorsque l'offre contient tous les éléments essentiels (à suivre...)

publicité. Il est donc exposé à une résiliation en cas de changement de propriétaire. Pour se prémunir contre les conséquences d'une telle éventualité, il serait sage de prévoir dans la promesse de bail que le promettant locateur s'engage à faire connaître l'existence de la promesse à tout acquéreur éventuel et à faire assumer par ce dernier tous les droits et obligations résultant de la promesse de bail ou du bail à intervenir et à stipuler dans tout acte d'aliénation que l'acquéreur renonce à se prévaloir des dispositions de l'article 1887 C.c.Q. Certes, en principe cette convention n'est pas opposable à l'acquéreur. Par contre, on sait que dans les faits, l'acquéreur d'un immeuble commercial précède son acquisition d'une vérification diligente et qu'il ne manquera pas de s'enquérir du document en vertu duquel le locataire occupe l'immeuble et de prendre connaissance de la promesse de bail. Dans l'arrêt *Sobeys Québec inc. c. 3764681 Canada inc.*¹¹¹, le juge Baudouin nous dit cependant, en citant plusieurs jugements¹¹², que la jurisprudence admet toutefois qu'un tiers qui, en toute connaissance de cause, viole un contrat intervenu entre d'autres personnes puisse être tenu légalement responsable, mais qu'il est nécessaire pour cela, vu le principe de l'effet relatif des contrats, que la personne ait connaissance de la clause, d'une part et soit de mauvaise foi en y contrevenant, d'autre part.

On voit ici l'importance d'une rédaction claire dans l'acte d'acquisition si on veut protéger le locataire et l'*immuniser*¹¹³ contre un changement de propriétaire lorsque son bail n'est pas ou ne peut être publié et éventuellement éviter des surprises désagréables tant à l'acheteur qu'au vendeur.

Citons à titre d'exemple une affaire où, l'acheteur d'une terre agricole qui, malgré la mention à l'acte de vente que l'immeuble était

(...suite)

d'un bail et que cette signature du bail est plutôt une formalité devant être accomplie et facilitant la preuve du contrat. Le juge a tenu compte de la mention qui stipulait que « acceptée, cette offre de location constitue un contrat liant juridiquement les parties ». Dans le même sens : *Wexnor Industries Inc. c. Cours Mont-Royal Inc.*, J.E. 87-1257 (C.S.); voir aussi 9007-1416 *Québec inc. c. Jalbert-Perreault*, J.E. 99-2256 (C.S.).

111. J.E. 2002-415 (C.A.).

112. *Trudel c. Clairol*, [1975] 2 R.C.S. 236; *Beaulieu c. Bizier*, [1988] R.D.J. 108 (C.A.); *Voyages Robillard c. Consultour*, [1994] R.D.J. 178 (C.A.); *Boucherie Côté inc. c. Le Fruïtier d'Auteuil inc.*, J.E. 99-707 (C.A.); *Trisud c. 152817 Canada inc.*, [2000] R.R.A. 124 (C.S.); *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.).

113. L'expression est du professeur Jobin dans Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil, le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 506.

sujet à un bail avait néanmoins transmis le jour même un avis de résiliation au locataire, s'est vu ordonner de payer au locataire un montant pour perte de revenus, en même temps que le vendeur se voyait ordonner de rembourser au locataire le coût de certains travaux d'amélioration que ce dernier avait effectués¹¹⁴. Dans cette cause, effectivement, l'acquéreur n'avait pas assumé clairement les obligations du bail. L'acte de vente mentionnait tout au plus :

Sujet les immeubles susdécrits au bail consenti par M. René Héroux à Ferme Laco Inc. et/ou M. Jean-Pierre Lacommande, par acte sous seing privé daté de l'année 1993, ledit bail commençant avec la saison 1993.

D'autre part, l'offre d'achat mentionnait :

Cette présente offre d'achat est conditionnelle à ce que le vendeur puisse réaliser les ententes écrites nécessaires pour faire cesser le bail de location actuellement en vigueur avec M. Jean-Pierre Lacommande.

L'acte de vente mentionnait en outre :

Advenant le cas où l'acquéreur aurait des ennuis et troubles avec le locataire des terres, il n'aura aucun recours contre le vendeur, l'acquéreur devant régler ces ennuis et troubles à ses frais.

Si l'acte de vente avait contenu une obligation claire pour l'acheteur d'assumer le bail et de le respecter à l'entière décharge du vendeur, les conclusions du jugement auraient peut-être été autres, du moins celles concernant le vendeur, quoiqu'on ait déjà prétendu que la dénonciation de l'existence du bail équivaut à la cession du bail¹¹⁵. Ce jugement a été porté en appel et il sera intéressant de connaître la suite.

Soulignons aussi le problème posé par le bail portant sur un immeuble déjà grevé d'une hypothèque. Dans ce cas, même si le bail est inscrit, on a vu que si le créancier hypothécaire exerce un recours de prise en paiement, il peut demander la résiliation du bail en vertu de l'article 1887 C.c.Q. puisque l'hypothèque, étant l'acte à l'origine de l'extinction du titre, est inscrite avant

114. *Ferme Laco Inc. c. Héroux et al.*, J.E. 2002-849 (C.S.) (actuellement porté en appel).

115. Denys-Claude LAMONTAGNE, « L'opposabilité des droits du locataire et du locateur », (1990-91) *R. du N.* 306, 309-310.

le bail. Une solution facile pour éviter la précarité du bail serait d'y faire intervenir le créancier hypothécaire pour qu'il s'engage à l'assumer dans l'éventualité où il deviendrait propriétaire de l'immeuble suite à l'exercice de ses droits hypothécaires. Le problème rencontré dans l'application de cette solution, c'est que la plupart des institutions prêteuses refusent de prendre un tel engagement dans la crainte d'être un jour tenues à toutes les obligations du locateur (réparations, reconstruction en cas de perte, entretien, surveillance, sécurité, etc.). En pratique, plusieurs institutions financières acceptent d'intervenir au bail en s'engageant tout au plus à renoncer aux dispositions de l'article 1887, alinéa 2 C.c.Q. Cette précaution nous semble vaine, car en succédant au locateur comme nouveau propriétaire, le créancier hypothécaire devient lié par toutes les conditions du bail. Comment pourrait-il en être autrement ? S'il a droit à tout le loyer, il doit fournir toute la contrepartie à laquelle le locataire a droit, conventionnelle ou légale. En matière de bail de logement, l'article 1937, alinéa 2 C.c.Q. est clair : « Le nouveau locateur a, envers le locataire, les droits et obligations résultant du bail. » On ne retrouve pas semblable disposition au chapitre du louage en général. Cela est normal puisqu'une telle disposition n'était pas nécessaire; ce dont traite l'article 1887 C.c.Q. c'est la possibilité de résilier un bail dont il reste plus de douze mois à courir, non inscrit ou inscrit après l'acte d'aliénation ou l'acte à l'origine de l'extinction du titre. Si le nouveau locateur décide de ne pas résilier le bail ou s'engage à ne pas le faire, il doit respecter le bail intégralement¹¹⁶.

Dernière question que nous aimerions soulever sur ce point : le locataire dont le bail non inscrit est résilié avant terme par l'acquéreur pourrait-il invoquer la garantie d'éviction de son locateur initial, en alléguant que ce dernier n'a pas pris les mesures pour lui procurer la jouissance paisible pendant toute la durée du bail ? Dans le cadre d'un tel recours, le locateur aurait-il raison de répliquer que le locataire, en ne se prévalant pas de son droit d'inscrire le bail, s'est exposé par sa négligence et son incurie, au risque d'être évincé par un acquéreur de bonne foi et qu'il a ainsi perdu tout recours contre le locateur originaire ?

Le professeur Jobin répond à cette question en raisonnant comme suit : sous le nouveau Code, la publicité du bail est expres-

116. Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil, le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 510.

sément permise et ce droit est d'ordre public; il peut arriver que le locataire soit empêché pour des raisons techniques d'inscrire ses droits; il est alors impuissant et ne peut parer à une éventuelle éviction que la publication lui aurait évitée et il est permis de penser que, en matière immobilière, le locataire évincé ne peut exercer la garantie d'éviction contre l'ancien locateur que dans le cas où il était incapable juridiquement de publier ses droits¹¹⁷. L'auteur ne cite aucun texte de loi qui lui permet d'en arriver à cette conclusion. À l'opposé, pour justifier que le locataire évincé par l'exercice par le nouveau propriétaire du droit que lui accorde l'article 1887 jouisse de recours en dommages-intérêts contre le locateur, on pourrait raisonner comme suit : le locateur doit procurer la jouissance paisible du bien loué pendant toute la durée du bail (art. 1854 C.c.Q.); or, l'aliénation du bien ne met pas fin de plein droit au bail (art. 1886 C.c.Q.) et l'inscription des droits résultant du bail a pour effet de les rendre opposables à l'acquéreur (art. 2942 C.c.Q.), mais non d'éteindre toutes les obligations du locateur originaire (art. 2941, al. 2 et 2934, al. 2). La jurisprudence qui sous l'ancien Code reconnaissait au locataire évincé des recours en dommages-intérêts devrait encore nous guider à cet égard¹¹⁸.

Le locateur qui veut se protéger contre d'éventuels recours du locataire en garantie d'éviction aura plus de chance de succès dans sa défense s'il a fait inscrire à l'acte d'aliénation une mention que l'acquéreur a pris connaissance du bail, qu'il s'engage à le respecter pendant toute la durée qui y est stipulée, qu'il renonce à l'application de l'article 1887 C.c.Q. et qu'il subroge l'acquéreur pour l'avenir dans tous les droits et obligations résultant du bail. Le premier locateur ne peut faire plus. Comme on dit familièrement, la balle sera alors dans le camp du nouveau locateur.

1.7 Le louage et la copropriété divise

Le louage d'une partie privative dans un immeuble faisant l'objet d'une déclaration de copropriété divise crée une relation

117. Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil, Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 503.

118. Robert P. GODIN, « Le bail commercial », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, p. 727 et jurisprudence citée : *Entrepôts frigorifiques Martineau Inc. c. Entrepôts frigorifiques Laberge Inc.*, [1978] C.S. 219. Voir plus récemment *Ferme Laco Inc. c. Héroux et al.*, J.E. 2002-849 (C.S.) (en appel), *supra*, note 114.

tripartite entre le locateur, le locataire et le syndicat et cette situation juridique nécessite des règles particulières. Voyons brièvement comment le législateur a solutionné les difficultés qui peuvent naître de cette situation, en commençant par ce qui concerne la présence d'une source d'obligation externe au bail, le règlement de l'immeuble.

L'article 1057 C.c.Q. rend le règlement de l'immeuble opposable au locataire ou à l'occupant d'une partie privative à compter du moment où un exemplaire du règlement ou des modifications qui lui sont apportées lui est remis par le copropriétaire ou par le syndicat. Cette disposition très claire a mis fin aux incertitudes qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* quant à l'opposabilité du règlement au locataire ou à l'occupant d'une partie privative.

Comme le syndicat est susceptible d'avoir des relations avec le locataire d'une partie privative, le copropriétaire doit notifier au syndicat qu'il a loué sa fraction et lui indiquer le nom du locataire¹¹⁹. Cette notification, qui peut se faire par tout mode de communication, est nécessaire pour permettre au syndicat d'exécuter son obligation de tenir à la disposition des copropriétaires un registre contenant le nom et l'adresse de chaque copropriétaire et de chaque locataire¹²⁰.

Le nouveau Code a introduit le pouvoir pour le syndicat de demander la résiliation d'un bail consenti par un copropriétaire sur une fraction, lorsque l'inexécution d'une obligation du locataire cause un préjudice sérieux à un copropriétaire ou à un autre occupant de l'immeuble¹²¹. Ce recours a été jugé excessif par certains¹²², mais il nous apparaît préférable à la solution du *Code civil du Bas Canada* qui laissait au copropriétaire, troublé dans ses droits ou dans sa jouissance, l'odieuse de se débrouiller en agissant directement contre l'auteur du trouble¹²³; ce recours est drastique, certes, mais il nous apparaît néanmoins essentiel pour le bien commun, lorsque le copropriétaire locateur refuse ou néglige de prendre lui-même ses responsabilités à l'égard de son locataire insubordonné ou est simplement incapable ou empêché d'agir.

119. Art. 1065 C.c.Q.

120. Art. 1070 C.c.Q.

121. Art. 1079 C.c.Q.

122. Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 270.

123. Art. 441j) C.c.B.C.

La simple inobservance du règlement de la copropriété par un locataire ne donne pas droit à une demande de résiliation par le syndicat. Il faut la preuve par le syndicat d'un préjudice sérieux subi par un copropriétaire ou un autre occupant¹²⁴. On laisse au tribunal le soin d'apprécier.

Voyant dans ce droit du syndicat un accroc majeur au droit individuel du copropriétaire dans sa fraction, certains ont souhaité que les tribunaux interpréteront cette disposition de façon très restrictive¹²⁵. Il est à remarquer que le tribunal ne peut ici émettre des ordonnances comme il a le pouvoir de le faire en matière résidentielle lorsque le locataire ou le locateur demande la résiliation du bail en vertu de l'article 1973 C.c.Q.¹²⁶, et le législateur n'a pas prévu pour le syndicat le droit de demander de telles ordonnances¹²⁷.

Un autre cas où le syndicat peut demander la résiliation d'un bail affectant une fraction a été prévu par le nouveau Code : c'est celui où le promoteur ou le constructeur consent un bail qui dépasse le nombre maximum prévu à la note d'information¹²⁸. Rappelons que le nouveau Code avait introduit une disposition voulant que lorsqu'un constructeur ou un promoteur vend une fraction de copropriété divisée d'un immeuble à usage d'habitation comportant, ou faisant partie d'un ensemble comportant, au moins dix unités de logement, il doit remettre au promettant acheteur une note d'information lors de la signature du contrat préliminaire¹²⁹. Cette note d'information doit indiquer le nombre maximum d'unités que le constructeur ou le promoteur destine à des fins locatives¹³⁰. Le syndicat peut, après avoir avisé le locateur et le locataire, demander la résiliation du bail qui dépasse le nombre maximum

124. Art. 1079 C.c.Q.

125. Christine GAGNON, *La copropriété divisée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 280-281; Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon de *Code civil du Québec* », (1994) 96 *R. du N.* 323, 341.

126. Cet article prévoit que lorsque l'une ou l'autre des parties demande la résiliation du bail, le tribunal peut l'accorder immédiatement ou ordonner au débiteur d'exécuter ses obligations dans le délai qu'il détermine; si le débiteur ne se conforme pas à la décision du tribunal, alors là, le tribunal, à la demande du créancier, résilie le bail. Pour une application de cet article voir *Briskin c. Fernandez*, [1996] J.L. 139 (R.L.).

127. *Syndicat des copropriétaires du 1265 Bois de Boulogne c. Mercho*, [2001] J.L. 233 (R.L.).

128. Art. 1790 C.c.Q.

129. Art. 1787 C.c.Q.

130. Art. 1789 C.c.Q.

prévu à la note d'information et si plusieurs baux ont été ainsi consentis au-delà du nombre maximum, les plus récents pourront d'abord être résiliés¹³¹.

On s'est parfois interrogé sur la légitimité d'une telle mesure et on a suggéré que le promoteur qui voulait se prémunir contre l'éventualité d'un tel recours du syndicat et ainsi réduire la portée de l'article 1790 C.c.Q. avait intérêt à prévoir un nombre assez élevé de fractions destinées à la location¹³². Nous soumettons toutefois qu'un nombre élevé de fractions destinées à des fins locatives peut avoir un effet négatif sur l'attrait que peut avoir une telle copropriété pour certains acheteurs éventuels; l'expérience nous a démontré que le locataire n'a pas toujours le même souci de préserver la valeur, la qualité et le standing d'un immeuble que le copropriétaire occupant.

Au sujet du droit du copropriétaire de disposer de sa fraction, celui-ci comprend évidemment le droit de la louer. Les seules restrictions au droit de louer sont celles justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères ou sa situation¹³³. La notion de « destination de l'immeuble » n'est pas définie dans le *Code civil du Québec* et elle fait l'objet en doctrine de deux approches différentes.

Il y a d'une part, les auteurs qui prétendent que la destination de l'immeuble repose sur un ensemble de facteurs qui peuvent être extrinsèques à la déclaration de copropriété, et selon eux, pour la déterminer, il faut considérer à la fois un élément objectif comme la situation de l'immeuble, son environnement, la qualité de la construction, le degré de confort et de luxe etc., puis une composante subjective dont font partie les considérations qui motivent les acheteurs à acquérir une fraction, puis enfin, un élément collectif, où entre en compte la sauvegarde des intérêts des copropriétaires¹³⁴.

131. Art. 1790 C.c.Q.

132. Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 270.

133. Art. 1056 C.c.Q.

134. Francine VALLÉE-OUELLET, « Les droits et obligations des copropriétaires – Première partie », (1978) *R.D. McGill* 196, 215 et 216; Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble », (2000) *C.P. du N.* 79, 98; Serge BINETTE, « La notion de la destination et le régime de l'article 442f) du Code civil en matière de copropriété divise », (1990) 2 *C.P. du N.* 67; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, (à suivre...)

Selon cette approche, la destination de l'immeuble se définit en premier lieu à partir de la déclaration de copropriété et des règlements, en tenant compte des caractères et de la situation de l'immeuble.

Selon l'autre école de pensée¹³⁵, la notion de destination de l'immeuble ne peut être tributaire des considérations personnelles de chaque acheteur; elle ne doit pas être confondue avec les caractéristiques de l'immeuble. Cette thèse plus restrictive s'appuie sur une interprétation littérale des dispositions du Code civil, notamment de l'article 1056 qui distingue entre « destination » et « caractères » de l'immeuble. Me Brigitte Roy résume bien cette position quand elle dit :

Accepter une évolution subjective de la destination dans la vie d'un immeuble tenu en copropriété divise, c'est rejeter que la modification de cette destination ne relève que des seuls copropriétaires selon des règles spéciales que pose pourtant le *Code civil du Québec* [...] ¹³⁶. Mais, évidemment, lorsque les copropriétaires modifieront subséquentement cette destination, ils pourront alors et à ce moment, prendre en considération tous les critères qu'ils entendront, subjectifs comme objectifs.¹³⁷

Nous ne croyons pas que l'alinéa 1^o de l'article 1098 du C.c.Q. soit un argument pour défendre cette position; cette disposition ne fait qu'établir les règles de la majorité requise pour modifier la déclaration de copropriété. Utiliser des facteurs extrinsèques qui iraient à l'encontre de dispositions claires de la déclaration de copropriété serait nier la force d'un tel document, mais selon nous l'utilisation de tels facteurs peut être utile dans l'interprétation d'une disposition floue ou obscure de la déclaration de copropriété.

(...suite)

1998, p. 240; Serge ALLARD, *La copropriété divise*, R.D./N.S., « Biens », Doctrine – Document 2, nos 178 et s.; voir aussi *Wilson c. Syndicat des copropriétaires du Condominium Champlain*, [1996] R.J.Q. 1019, 1028.

135. Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », (2001) 103 R. du N. 383, 417; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 1999, p. 587-588; François FRENETTE, « La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », dans Service de la formation du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1998)*, Montréal, 1998, p. 71.

136. L'auteur cite ici l'article 1098, al. 1^o C.c.Q. qui dit que les décisions qui changent la destination de l'immeuble sont prises à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant 90 % des voix de tous les copropriétaires.

137. Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », (2001) 103 R. du N. 383, 417-418.

Dans l'affaire *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires du 10400 Boul. L'acadie*¹³⁸, la Cour d'appel nous dit que la validité du règlement d'une copropriété au sujet de la location sera maintenue en autant qu'il ne nie pas le droit à la location, mais en aménage l'exercice par des règles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble. Dans cette affaire, la Cour a appliqué la notion élargie de la destination de l'immeuble en disant qu'elle devait être expliquée en faisant appel à ses différentes composantes, endossant ainsi la position de Me Christine Gagnon¹³⁹.

Ainsi, nos tribunaux ont reconnu la validité de règlements prohibant dans un immeuble résidentiel la location de fractions pour des fins de chambre et pension¹⁴⁰ ou interdisant la location à court terme¹⁴¹. Par ailleurs, ils ont annulé les règlements de copropriété qui imposent au copropriétaire l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable des administrateurs pour louer ou sous-louer sa fraction et qui subordonnent la validité du bail à cette autorisation¹⁴².

Ces principes devraient nous guider dans la rédaction des clauses relatives à la location d'une fraction. Les clauses limitant le droit du copropriétaire de louer ou soumettant ce droit à l'approbation du syndicat ou des administrateurs sont à éviter car elles risquent d'être annulées, nous l'avons vu. Par contre, celles qui balisent les conditions de la location en fonction des caractéristiques de l'immeuble, de sa destination et de la préservation de la valeur de l'immeuble et de l'intérêt commun sont acceptables. Il faut aussi se souvenir que le nombre maximum de fractions pouvant servir à la location qui apparaîtra à la note d'information est une arme à deux tranchants; un nombre élevé peut sembler avantageux pour le promoteur à court terme car cela lui permet des entrées de fonds régulières s'il ne réussit pas à vendre ses unités rapidement; mais un nombre élevé peut aussi lui faire perdre une clientèle d'acheteurs qui craindront qu'un trop grand nombre de locataires puisse perturber la quiétude et la propreté des lieux, et ainsi diminuer la valeur et l'attrait de leur investissement.

138. [2001] R.J.Q. 2401 (C.A.).

139. Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 113-117.

140. *Syndicat des condos Le Girardin c. Tremblay*, [1995] R.D.I. 233 (C.S.).

141. *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires 10400 Boulevard L'acadie*, [2001] R.J.Q. 2401 (C.A.).

142. *Construction Canadienne T.J. Québec inc. c. Bertrand*, [1994] R.J.Q. 1101 (C.S.); *Syndicat des copropriétaires de Loggia II c. Brossard*, [2000] R.D.I. 163 (C.Q.).

Quant aux clauses relatives à la destination de l'immeuble, l'emploi d'une terminologie précise pourrait éviter certains problèmes d'interprétation. Par exemple, si la déclaration de copropriété prévoit que l'immeuble est affecté *exclusivement* à des fins d'habitation, les parties privatives ne pourraient être utilisées à d'autres fins, mêmes compatibles avec l'occupation résidentielle (garderie, atelier de couture etc.), le mot « exclusivement » devenant très important¹⁴³.

1.8 Le principe de la bonne foi

On ne saurait faire un tour d'horizon des développements juridiques en matière de louage depuis 1994, sans parler des dispositions que le nouveau Code a introduites sur la bonne foi. On sait que le *Code civil du Québec* a codifié par les articles 6, 7 et 1375 la théorie de la bonne foi que la doctrine et la jurisprudence avaient développée au cours des ans.

L'article 6 C.c.Q. établit le principe général que toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. L'article 7 C.c.Q. dit qu'aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. Par ailleurs, l'article 1375 du C.c.Q. énonce que la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation, qu'à celui de son exécution ou extinction.

Il n'entre évidemment pas dans le cadre de cet article d'examiner à fond cette notion. Il nous est cependant apparu intéressant d'en étudier les grandes lignes sous l'angle de son application au louage.

D'abord, on constate que le Code ne définit pas la bonne foi. Il nous donne cependant à l'article 7 les trois éléments qu'il faut considérer pour établir si une conduite respecte les exigences de la bonne foi :

- il faut qu'il y ait absence d'intention de nuire, d'une part; ou
- que la conduite, bien que sans intention de faire du tort ou de causer un dommage¹⁴⁴, soit excessive ou déraisonnable,

143. Voir Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », (2001) 103 R. du N. 383, 414-415.

144. *Le Petit Larousse* définit « nuire » comme faire du tort, causer un dommage à quelqu'un.

- dans tous les cas, cependant, la bonne foi ou l'absence de bonne foi ne peut être soulevée pour sanctionner un geste posé à l'extérieur d'un droit, c'est à dire un geste illicite. Il ne peut y avoir abus d'un droit s'il n'y a pas de droit.

Un survol de la doctrine¹⁴⁵ et de la jurisprudence¹⁴⁶ nous permet de dégager certains principes à cet égard.

La plupart des auteurs distinguent deux aspects de la notion de bonne foi. D'abord, un aspect subjectif, qui fait référence à la croyance ou perception erronée que quelqu'un a d'une situation réelle. C'est ici l'élément psychologique qui prédomine. Devant la difficulté de vérifier la véritable croyance et l'état psychologique de quelqu'un à un moment donné pour établir sa bonne foi, le législateur a établi la règle que la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver¹⁴⁷. Il y a ensuite l'aspect objectif qu'on a appelé la « bonne foi norme de comportement », qui doit s'analyser en fonction des normes de la société et « d'un standard social de comportement à respecter »¹⁴⁸.

L'obligation d'agir selon les exigences de la bonne foi comprend les devoirs d'information, de renseignement, de loyauté et de collaboration¹⁴⁹.

145. Notamment, Marie Annik GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173; Marie Annik GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Didier LLUELLES et Benoît MOORE (coll.), *Droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1998.

146. Notamment *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*, [1997] R.J.Q. 149 (C.S.), infirmée en appel par *Magil Construction Ltée c. Vince-Iafa Construction Inc.*, J.E. 2000-1317 (C.A.); *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Verrelli c. Brave*, [1994] R.D.I. 85 (C.S.) (en appel).

147. Art. 2805 C.c.Q.; l'exemple d'un cas où la loi exige de prouver la bonne foi se retrouve à l'article 1963 C.c.Q. qui exige, en matière de bail de logement, que le locateur qui veut obtenir l'autorisation du tribunal de reprendre un logement fasse la preuve au tribunal qu'il entend réellement reprendre le logement pour la fin mentionnée à l'avis et qu'il ne s'agit pas d'un prétexte pour atteindre d'autres fins.

148. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 75.

149. Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, notamment p. 40-41 et 572-573.

L'obligation d'information s'infère de la nécessité que le cocontractant puisse s'engager en toute connaissance de cause en donnant un consentement éclairé. Une partie ne peut dissimuler des faits ou des circonstances qu'il connaît et qui, s'ils étaient aussi connus de l'autre partie, l'empêcheraient de contracter ou l'induiraient à contracter à des conditions différentes.

L'obligation de renseignement (dans le sens de se renseigner) fait partie de ce comportement raisonnable, prudent et diligent qui consiste à prendre certaines précautions et à faire quelques vérifications pour au moins éviter l'erreur inexcusable¹⁵⁰. Le comportement raisonnable est celui du citoyen qui s'occupe de ses affaires de manière réfléchie et qui agit conformément au bon sens.

La loyauté, c'est cette qualité qui englobe la probité, la droiture, l'honnêteté¹⁵¹, le franc-jeu (*fair-play*) à l'opposé de la tricherie et des coups bas.

L'obligation de collaboration a été définie comme celle qui « consiste à faciliter l'exécution de l'obligation, en faisant appel à une saine collaboration entre créancier et débiteur [...]»¹⁵². Ainsi, irait à l'encontre de cette exigence le créancier qui par différents moyens tenterait d'empêcher le débiteur d'exécuter l'obligation dans l'intention de profiter des avantages qu'une résolution ou résiliation du contrat pourraient lui procurer (paiement d'une pénalité, location à un meilleur taux, etc.).

On ne peut s'empêcher de relier le problème de la bonne foi à l'abus de droit¹⁵³ et à celui des clauses abusives¹⁵⁴. La bonne foi implique aussi que l'on ne profite pas de la faiblesse, de l'inexpérience ou de la vulnérabilité d'un cocontractant pour « lui soutirer des avantages qui ne correspondent pas à ce qu'on lui donne »¹⁵⁵.

150. Art. 1400 C.c.Q.

151. *Le Petit Larousse* sous ce mot.

152. Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, p. 573.

153. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 102 et s.

154. *Ibid.* 247.

155. Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, p. 44.

La notion de bonne foi n'est donc pas étrangère à celle d'équité et d'éthique, et sa codification permet maintenant aux tribunaux de s'appuyer sur un texte de loi précis pour « récompenser » la bonne foi ou pour sanctionner l'absence de bonne foi¹⁵⁶ devant certains comportements qui, bien que conformes à la lettre de la loi ou du contrat, choquent par leur caractère abusif ou déraisonnable ou encore par le déséquilibre des prestations qu'ils provoquent.

La notion générale de bonne foi ne peut toutefois être utilisée pour contourner les dispositions de la loi¹⁵⁷. Par exemple, on ne pourrait annuler un contrat pour cause de lésion si les contractants sont majeurs et ne font pas l'objet d'un régime de protection puisque cela irait à l'encontre d'une disposition précise qui veut que la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés¹⁵⁸. Il est arrivé que le tribunal tienne compte de la bonne ou mauvaise foi d'un débiteur dans l'évaluation des dommages qu'un créancier peut réclamer¹⁵⁹.

Nos tribunaux ont parfois rendu des décisions dont les conclusions, quoique généralement équitables, étaient motivées par un raisonnement juridique défectueux, ne pouvant parvenir à justifier une sanction à l'absence de bonne foi autrement que par l'approche classique de la théorie des vices de consentement fondée sur les articles 1399 et suivants C.c.Q. et hésitant à sanctionner l'absence de bonne foi de façon autonome, c'est-à-dire pour la simple raison qu'il y avait absence de bonne foi¹⁶⁰. Ils ont alors cherché à motiver leurs décisions par d'autres principes propres aux vices de consentement ce qui menait inévitablement à des acrobaties. On sait que le consentement doit être libre et éclairé

156. Nous employons l'expression « absence de bonne foi » au lieu de « mauvaise foi » qui ne sont pas synonymes; la mauvaise foi implique l'intention malveillante, ce qui n'est pas nécessairement le cas de l'absence de bonne foi. Le contractant qui manque à l'exigence de la bonne foi en ne se renseignant pas avec diligence sur un aspect du contrat n'est pas de ce seul fait de mauvaise foi. Mais on dira qu'il y a absence de bonne foi dans ce cas puisqu'il manque un des éléments que doit comporter l'exigence de la bonne foi, soit la diligence ou l'obligation de renseignement.

157. Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, p. 45, référant à *Dalpro Chemical Cleaning Processes Inc. c. Dalpro Industries Inc.*, [1995] R.J.Q. 556 (C.S.).

158. Art. 1405 C.c.Q.

159. Notamment dans *2432-9096 Québec inc. c. Pétroles Crevier inc.*, J.E. 2001-734 (C.S.) (requête en appel principal rejetée 2 mai 2003).

160. Voir notamment *Banque Royale du Canada c. Audet*, REJB 1997-03000 (C.Q.); *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.).

mais qu'il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion¹⁶¹. Si on se confine à ce principe on se bute, dans le cas de l'erreur, à l'erreur inexcusable, qui ne constitue pas un vice de consentement¹⁶², et dans le cas de la lésion, à la règle que, outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés; comment peut-on alors annuler un contrat pour un motif d'erreur quand le contractant n'a pas pris la peine de lire le contrat.

Il a été très bien démontré par plusieurs auteurs¹⁶³ que la bonne foi ou son absence peut être sanctionnée de façon autonome sans recourir à d'autres dispositions, notamment celles relatives aux vices de consentement, au dol et à l'erreur. L'article 1416 du C.c.Q. prévoit que tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité. Or, l'article 1375 du C.c.Q. exige que la bonne foi gouverne la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. On peut donc conclure que la bonne foi est une condition nécessaire à la formation du contrat et que son absence pourra entraîner des sanctions.

La formation du contrat implique une phase préliminaire de négociations au cours de laquelle la bonne foi doit présider faute de quoi le contrat pourra être annulé¹⁶⁴. À ce stade, la bonne foi impose d'adopter un comportement loyal. Ferait preuve d'un comportement déloyal, celui « qui entamerait des négociations sans avoir l'intention de les mener à terme ou qui les poursuivrait en sachant ne plus vouloir conclure¹⁶⁵. Parfois, la transparence et la loyauté exigeront que l'on rompe les négociations¹⁶⁶. Par ailleurs, les ruptures abusives de pourparlers contractuels peuvent donner

161. Art. 1399 C.c.Q.

162. Art. 1400 C.c.Q.

163. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 58 et s. et p. 217 et s.; Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 526; Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) *C. de D.* 435, 458; Marie Annik GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173, 223-224 et 230.

164. *Gingras c. Abergel*, REJB 1999-13306 (C.Q.).

165. Danielle BURMAN, Serge GAUDET et Jean PINEAU, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, 2001, p. 40-41.

166. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 117.

ouverture à des dommages-intérêts¹⁶⁷. La diligence, qui est une composante des exigences de la bonne foi, exige que les vérifications et les règles du jeu soient clairement établies tout au long des négociations pour éviter qu'un retrait ne soit considéré comme abusif. Un exemple de ce principe nous est fourni par l'affaire *Banque de Hongkong du Canada c. Bert Friedman Enterprises Ltd.*¹⁶⁸ dans laquelle une banque fait des démarches pour s'approprier un nouveau client, lui confirme l'octroi d'une marge de crédit, communique avec l'ancienne banque de ce nouveau client pour lui annoncer qu'elle remboursera sous peu ses avances et qui soudainement refuse d'avancer les fonds promis pour des raisons non prévues à la lettre d'engagement; la banque avait fait sa vérification diligente (*due diligence*) sur certains points après avoir confirmé l'octroi du crédit; la Cour d'appel a conclu à une faute de la banque et l'a condamnée à des dommages-intérêts.

En appliquant ces principes au bail, il faut conclure que l'offre de location ou la promesse de louage devra être très détaillée et couvrir tous les points afin d'éviter les désagréments de litiges éventuels. En effet, généralement, après que les parties se sont entendues à l'étape préliminaire d'une proposition de location sur les éléments principaux comme l'adresse de l'immeuble ou du local, sa situation, son état lors de la délivrance, le loyer, la date de commencement et la durée, que l'une des parties soumette un projet de bail pour étude, ce projet sert de base aux négociations. Théoriquement, tant que les parties ne se sont pas entendues sur un projet final, il n'y a pas de bail et elles peuvent se retirer des négociations. Mais, avant de le faire, il faudra prendre en compte, comme nous l'avons vu plus haut, que les ruptures abusives de pourparlers contractuels peuvent donner ouverture à des dommages-intérêts. Les motifs de retrait doivent être sérieux et non pas de faux prétextes basés sur une saute d'humeur ou un caprice.

Si la bonne foi doit exister au moment de la négociation et de la formation du contrat, elle doit aussi gouverner la conduite des parties pendant toute sa durée¹⁶⁹. C'est ainsi, qu'en plus de respecter les obligations du locataire et du locateur spécifiquement prévues dans le Code au chapitre du louage et dans le bail, les parties devront se conduire selon les exigences de la bonne foi.

167. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 106-107.

168. [1996] R.J.Q. 2427 (C.A.).

169. Art. 1375 C.c.Q.

L'affaire *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*¹⁷⁰ rendue sous l'ancien Code illustre bien ce principe et mérite notre attention. Dans un centre commercial, le locateur aménage une aire de restauration rapide pour cinq commerces contigus avec un espace commun pour permettre aux clients d'y manger; les baux signés avec ces cinq entreprises ne prévoient pas de clause de non-concurrence ni de clause d'exclusivité. Chacun des cinq locataires s'est obligé à offrir un menu principal prévu aux plans du locateur. Un des baux contient une clause prévoyant :

6. Les lieux loués ne peuvent être utilisés pour d'autres fins que les suivantes : la vente au détail de hot-dogs, hamburgers, patates frites, desserts, boissons carbonisées, thé, café et lait....

Or, un peu plus tard, le propriétaire loue un local à un géant de la restauration rapide qui prend la place d'une tabagie dans l'immeuble. Le locataire qui ne devait vendre que des hot-dogs et des hamburgers voit sa situation financière décliner suite à l'arrivée de ce nouveau venu et demande la résiliation du bail et des dommages-intérêts, alléguant abus de droit et reprochant au locateur d'avoir loué un emplacement à un compétiteur direct. Le Tribunal a annulé le bail et a accordé des dommages-intérêts au demandeur, même si le bail ne contenait aucune clause d'exclusivité, retenant « qu'il existe des obligations au-delà de la lettre des contrats », que « le devoir de loyauté existe en droit civil », « que l'obligation de loyauté inclut la bonne foi » et que le « manquement à une telle obligation de loyauté peut entraîner un abus de droit puisque cette théorie ne se limite pas aux seuls cas où l'on agit avec malice ».

En lisant ce jugement, nous avons également tiré une leçon pratique des propos du juge Goodwin qui écrit :

Dans leurs relations avec leurs locataires, ils (les locateurs) ne peuvent signer un bail et obliger le locataire à servir un menu principal précis sans assumer une certaine obligation réciproque, même en l'absence de toute clause spécifique d'exclusivité.

Cette remarque du juge nous incite à recommander d'inclure dans le bail une clause spécifique d'exclusivité ou, si le locateur refuse d'accorder une telle exclusivité, de prévoir que le locataire reconnaît que le locateur ne lui accorde aucune exclusivité dans le centre commercial et qu'il se réserve le droit de louer tout emplace-

170. *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*, J.E. 90-1131 (C.S.).

ment ou local pouvant être utilisé à des fins similaires. Une telle clause aurait l'avantage de mettre les choses au clair pour les deux parties et d'éviter au locateur le risque d'une poursuite fondée sur les motifs allégués dans l'affaire que nous venons d'examiner.

De tout cela on retient aussi que le praticien pourra sensibiliser les parties au risque de l'annulation d'une clause pour un motif d'absence de bonne foi, lorsqu'il constate que cette clause qu'on lui demande de rédiger présente un caractère abusif. Les obligations de renseignement, d'information, de loyauté et de transparence que requièrent les exigences de la bonne foi devront aussi le guider lorsqu'il agit comme négociateur d'un bail.

2. Les développements législatifs depuis 1994

Depuis son entrée en vigueur, le nouveau Code a fait l'objet de certaines modifications mineures concernant le louage immobilier non résidentiel, essentiellement au niveau de l'inscription des droits résultant du bail. Une pièce législative beaucoup plus importante a été la réforme en profondeur du *Code de procédure civile*. Cette courte section sera consacrée à ces deux sujets.

– Inscription par avis

L'article 2982 C.c.Q.¹⁷¹ prévoit que la réquisition d'inscription sur le registre foncier se fait par la présentation de l'acte lui-même ou d'un extrait authentique de celui-ci, par le moyen d'un sommaire qui résume le document ou encore, lorsque la loi le prévoit, au moyen d'un avis.

Avant le 5 novembre 1999, aucune disposition de la loi ne permettait l'inscription des droits résultant d'un bail par avis. L'ajout de l'article 2999.1 C.c.Q.¹⁷² a permis qu'on puisse désormais inscrire les droits résultant du bail immobilier (autre que celui relatif à un logement), de même que ceux résultant de la cession d'un tel bail, par la présentation d'un avis. Le but de l'inscription du bail étant de rendre ce dernier opposable à un acquéreur, il n'était pas nécessaire que certains éléments, comme le loyer, soient

171. Tel que modifié par l'article 30 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.

172. *Loi modifiant le Code civil relativement à la publication de certains droits au moyen d'avis*, L.Q. 1999, c. 49, art. 2.

rendus public. L'avis, en plus de faire référence au bail auquel il se rapporte, d'identifier le locataire et le locateur et de contenir la désignation de l'immeuble qu'il concerne, n'est tenu d'indiquer que la date du début et, le cas échéant, de la fin du bail ou les éléments nécessaires pour les déterminer, ainsi que les droits de renouvellement ou de reconduction du bail, s'il en est¹⁷³. La mention du loyer n'est pas nécessaire.

L'exactitude du contenu de l'avis doit être attestée par un notaire ou un avocat¹⁷⁴. Il s'agit ici uniquement de l'attestation par le notaire ou l'avocat qu'il a pris connaissance du bail ou de la cession de bail et que le contenu de l'avis est conforme au bail dont on veut inscrire les droits. De plus, on doit y joindre l'attestation d'un notaire ou d'un l'avocat, requise par l'article 2991 C.c.Q.¹⁷⁵, qu'il a vérifié l'identité, la qualité et la capacité du signataire de l'avis, la validité de l'avis quant à sa forme et que ce document traduit la volonté exprimée par la personne qui donne l'avis.

Notons que l'article 38 de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*¹⁷⁶ vient à la rescousse de ceux qui ne pouvaient inscrire les droits résultant d'un bail parce qu'il était impossible d'attester ce document conformément aux exigences de la loi. Cet article a modifié l'article 2994 C.c.Q. en permettant au tribunal d'autoriser la publicité des droits constatés dans cet acte malgré le défaut d'attestation; la réquisition d'inscription doit être alors accompagnée d'une copie du jugement ayant force de chose jugée¹⁷⁷.

– Baux réputés valablement publiés

L'article 3 de la *Loi modifiant le Code civil relativement à la publication de certains droits au moyen d'avis*¹⁷⁸ édicte que « [l]es droits résultant d'un bail immobilier autre qu'un bail relatif à un logement, de même que toute cession d'un tel bail, sont, si l'acte ou le document qui les constate a fait l'objet, depuis le 1^{er} janvier 1994, d'une inscription sur les registres fonciers, réputés valablement

173. C.c.Q., art. 2999.1, al. 2.

174. C.c.Q., art. 2999.1, al. 3.

175. Tel que modifié par l'article 36 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.

176. L.Q. 2000, c. 42.

177. Art. 2994 C.c.Q.

178. L.Q. 1999, c. 49.

publiés dès lors que cet acte ou ce document contient au moins les mentions requises par l'article 2999.1 du Code civil [...] »¹⁷⁹. Le motif de cette disposition demeure obscur pour plusieurs si on ne fait pas un peu d'histoire.

Avant l'adoption de l'article 2999.1, les seules méthodes pour requérir l'inscription d'un bail étaient la présentation de l'acte lui-même ou d'un extrait authentique de celui-ci ou la présentation d'un sommaire¹⁸⁰. La seule méthode qui permettait de ne pas rendre publiques toutes les clauses et conditions du bail était la présentation d'un extrait authentique¹⁸¹, ce qui n'était possible que lorsque le bail était notarié.

Or, il était devenu pratique courante de contourner le problème de confidentialité que posait le bail sous seing privé, en rédigeant deux baux pour la même location : une version complète et une version abrégée pour fins de publication, cette dernière ne contenant que l'identification des parties, la désignation cadastrale de l'immeuble et la durée du bail, sans mention du loyer. En 1997, un jugement de la Cour supérieure avait ordonné la radiation de l'inscription d'un tel bail¹⁸², un des motifs retenus par le tribunal étant que le document déposé ne constituait pas un bail, puisque le loyer, élément essentiel à l'existence d'un bail, n'y était pas clairement indiqué. La crainte de l'effet d'entraînement de ce jugement avait créé une certaine inquiétude dans la communauté juridique quant à la validité de la publication de ces baux abrégés publiés après le 1^{er} janvier 1994. L'article 3 de la *Loi modifiant le Code civil relativement à la publication de certains droits au moyen d'avis*¹⁸³ a mis un terme à l'incertitude. L'absence de mention du loyer ne pourra être invoquée pour invalider la publication d'un bail.

– Inscription des droits résultant de la cession d'un bail

L'article 2999.1 C.c.Q. permet maintenant d'inscrire les droits résultant de la cession d'un bail. Cet article ne mentionne pas expressément que l'on puisse inscrire les droits résultant de la sous-location du bien. Peut-on le faire, en tenant pour acquis que,

179. On sait que l'article 2999.1 ne requiert pas la mention du loyer dans l'avis.

180. Art. 2982 C.c.Q.

181. Art. 2985 C.c.Q.

182. *Banque de Développement du Canada c. 2645-7077 Québec Inc.*, J.E. 97-2143 (C.S.).

183. L.Q. 1999, c. 49.

jusqu'à un certain point, la sous-location constitue une forme de cession de droit dans un bail ? L'intérêt de cette question est bien théorique si le bail primitif a été inscrit, puisque dans ce cas, l'acquéreur éventuel de l'immeuble devrait respecter le bail principal pendant toute sa durée, le sous-bail étant de ce fait lui-même protégé. Dans le cas où il ne l'a pas été, le sous-locataire aurait intérêt à inscrire ses droits, mais cette inscription ne lui serait d'aucun secours en cas d'aliénation de l'immeuble puisque l'acquéreur pourrait demander la résiliation du bail primitif qui lui n'a pas été publié, le sous-locataire ne pouvant avoir plus de droits que le locataire.

2.1 La procédure

Pourquoi parler de procédure civile dans un article qui porte sur le *Code civil* en matière de louage ? C'est que les amendements très importants apportés au *Code de procédure civile* par la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*¹⁸⁴ sont venus éclaircir les règles du jeu à l'égard des procédures en matière de louage. Avant la réforme de 2002, subsistait la difficulté de concilier les articles 481.1 et 762 C.p.c. L'article 762 C.p.c. disait que, sauf disposition contraire, les demandes relatives aux droits et obligations résultant d'un bail étaient introduites par requête. Par ailleurs, l'article 481.1 C.p.c.¹⁸⁵, avant d'être modifié en 1999 par la *Loi modifiant le Code de procédure civile*¹⁸⁶, prévoyait que la procédure allégée par voie de déclaration s'appliquait, entre autres, au recouvrement d'une créance liée au contrat de louage, quel que soit le montant en jeu.

Nos tribunaux avaient tenté de concilier l'apparente contradiction de ces deux articles (art. 762 C.p.c. et 481.1 C.p.c. avant modification). Par exemple, on avait jugé que la procédure allégée prévue par l'article 481.1 C.p.c. constituait une simplification du recours traditionnel lorsque le demandeur recherchait une condamnation pécuniaire, alors que le recours par requête était celui par lequel on demandait au tribunal de constater, déclarer et,

184. L.Q. 2002, c. 7.

185. Cet article traitait des règles particulières s'appliquant à toutes les demandes dans lesquelles le montant réclamé ou la valeur de l'objet en litige était égal ou inférieur à 50 000 \$.

186. L.Q. 1999, c. 46 (projet de loi n° 138, sanctionné le 5 novembre 1999, devenu en vigueur depuis le 1^{er} février 2000, D. 1446-99, (1999) G.O.Q. II, n° 53, 6805).

éventuellement ordonner l'exécution en nature des droits et obligations résultant d'un bail¹⁸⁷. On avait constaté que c'était une situation où deux textes de loi s'appliquaient¹⁸⁸, que ces recours étaient alternatifs et non complémentaires, l'article 762 C.p.c. visant toutes les demandes relatives aux droits et obligations relatives à un bail, ce qui inclut les demandes pécuniaires, alors que l'article 481.1 C.c.p. ne concernait que les créances liées au bail¹⁸⁹. On avait aussi jugé que l'article 481.1 C.p.c. faisait double emploi en regard des obligations financières et que la procédure la plus expéditive devait avoir priorité¹⁹⁰. Puis en 1999, par l'article 8 de la *Loi modifiant le Code de procédure civile*¹⁹¹, on avait modifié l'article 481.1 C.p.c. en supprimant, au paragraphe c du deuxième alinéa, les termes « de louage ». L'obscurité subsistait et la seule lecture des textes ne nous permettait pas de percer le mystère; l'article 762 nous disait que, sauf disposition contraire, les demandes relatives aux droits et obligations résultant d'un bail étaient introduites par requête, alors que l'article 481.1 voulait que, à moins qu'il n'en soit autrement prescrit, les règles de la procédure allégée par voie de déclaration s'appliquaient aux demandes dans lesquelles le montant réclamé ou la valeur de l'objet en litige était égal ou inférieur à 50 000 \$. Avant la modification de 1999, le paragraphe c du deuxième alinéa de cet article prévoyait que ces règles particulières (de la procédure allégée par voie de déclaration) s'appliquaient également au recouvrement d'une créance, quel que soit le montant en jeu, dans certaines matières, dont, entre autres, les créances en matière de louage. En retranchant les termes « de louage » de ce paragraphe, le législateur avait-il l'intention de continuer de permettre la procédure allégée par voie de déclaration en matière de bail, mais en la restreignant aux réclamations inférieures à 50 000 \$, ou tout simplement, de ne plus permettre cette procédure et de consacrer la prépondérance de l'article 762 C.p.c. ?

La réforme de 2002 met fin à cette difficulté. Désormais, les demandes relatives aux baux, comme la plupart des autres demandes en justice, sont introduites par requête¹⁹². Plusieurs

187. *Bélisle c. Société centrale d'hypothèque et de logement*, [1997] R.J.Q. 1436 (C.S.).

188. *Immeubles Polaris (Canada) ltée c. Pâquet, Galardo & Nantais, société en nom collectif*, J.E. 99-1364.

189. *Povitz c. Augusta Craig Canada Ltd.*, [1997] R.J.Q. 1436 (C.S.).

190. *Ibid.*; voir aussi *Sokivar Wholesale Carpets Inc. c. Skiller*, [1997] R.J.Q. 1760 (C.S.).

191. L.Q. 1999, c. 46.

192. Art. 110 C.p.c.

dispositions visent à assurer des recours aux tribunaux plus raisonnables, en conformité avec les exigences de la bonne foi¹⁹³, plus expéditifs et moins onéreux.

Ainsi, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne¹⁹⁴.

Le tribunal pourra tenter de concilier les parties qui y consentent¹⁹⁵. Les parties doivent maintenant négocier une entente sur le déroulement de l'instance précisant leurs conventions et établissant le calendrier des échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur de 180 jours¹⁹⁶. Quand ce délai ne peut être respecté, le juge en chef peut désigner un juge, qu'il chargera de gérer l'instance¹⁹⁷; ce juge convoque alors les parties et leurs procureurs à une conférence de gestion pour que ceux-ci négocient une entente sur le déroulement de l'instance précisant leurs conventions et établissant le calendrier des échéances à respecter et à défaut d'entente entre les parties, le juge établit le calendrier des échéances¹⁹⁸. Le juge en chef peut, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une conférence à l'amiable et, si les parties y consentent, il désigne alors un juge pour la présider¹⁹⁹. La conférence à l'amiable a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes²⁰⁰.

L'article 175.2, 4^o c) C.p.c. énonce que la défense est orale dans les cas où la demande porte sur les droits et obligations découlant d'un bail.

Ces dispositions et bien d'autres²⁰¹ seront de nature à favoriser une justice plus accessible et mieux agencée à l'esprit qui a présidé à la réforme de notre droit civil.

193. Art. 4.1 C.p.c.

194. Art. 4.2 C.p.c.

195. Art. 4.3 C.p.c.

196. Art. 151.1 C.p.c.

197. Art. 151.11 C.p.c.

198. Art. 151.12 C.p.c.

199. Art. 151.15 C.p.c.

200. Art. 151.16 C.p.c.

201. Pour une étude complète de cette réforme, consulter Gérard GUAY, « Révolution au palais ! La réforme de la procédure civile », (2003) 1 *C.P. du N.* 203.

CONCLUSION

Le louage non résidentiel laisse au rédacteur de bail une grande latitude, puisque la plupart des dispositions qui le concernent sont de nature supplétive. Cette brève revue de la situation du droit sur cette matière dix ans après la mise en vigueur du *Code civil du Québec* ne sera pas vaine si elle permet de rédiger les baux de façon à éviter ou prévenir les écueils que la doctrine et la jurisprudence nous indiquent²⁰². Nous espérons également qu'elle permettra au conseiller juridique d'éclairer ses clients sur l'attitude que ceux-ci doivent adopter lors de la négociation et la formation du bail et pendant toute sa durée en regard des règles de la bonne foi.

Nous avons vu que la théorie de l'abus des droits contractuels permet aux tribunaux d'exercer un certain contrôle des relations contractuelles en tenant compte de la bonne foi ou de l'absence de bonne foi. Les dangers qu'un excès de ce contrôle *a posteriori* des tribunaux peut causer à la stabilité des contrats et l'incertitude dans les rapports contractuels qu'il peut faire naître sont bien réels. Le contrat constitue la loi des parties; les parties y ont consigné, par écrit, l'expression de leur volonté respective. Les écarts marqués aux exigences de la bonne foi doivent certes être sanctionnés, mais on devra se garder de surprotéger celui qui aura négligé son devoir de s'informer et de consulter avant de contracter, ou qui aura fait défaut de se comporter avec prudence et diligence, manquant lui-même aux exigences de la bonne foi. Une telle attitude risquerait d'infantiliser le citoyen et de le rendre irresponsable. De là à une société qui aura une tendance à recourir aux tribunaux pour un tout ou pour un rien, il n'y a qu'un pas. On raconte que chez nos voisins du sud, un tribunal a ordonné à la victime d'un cambriolage de payer des dommages-intérêts à son cambrioleur, après que celui-ci eut subi des blessures en butant dans l'obscurité sur un escabeau mal rangé. Cette image nous estomaque et nous hante toujours.

202. C'est l'approche adoptée par Gilles THIBAUT, dans « Le bail commercial, ses composantes et son évolution », (2003) 1 *C.P. du N.* 91; dans cet article, l'auteur suggère un formulaire de bail commercial annoté fortement documenté, où le pourquoi de la rédaction de certaines clauses est appuyé par des références à la doctrine et la jurisprudence.