

IMMOBILIER

Jacques AUGER

Volume 107, numéro 1, mars 2005

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045694ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045694ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

AUGER, J. (2005). IMMOBILIER. *Revue du notariat*, 107(1), 121–148.
<https://doi.org/10.7202/1045694ar>

IMMOBILIER

Jacques AUGER*

Le pacte de préférence	123
La vente avec faculté de rachat.	126
La simulation	127
La copropriété par indivision	130
La substitution <i>de residuo</i>	132
La vente aux risques et périls de l'acheteur	136
Le bail commercial immobilier	138
La saisie immobilière.	140
La vente <i>super non domino</i>	141
La transmission et la saisine	142
La dation en paiement ou la prise en paiement d'un immeuble	144
La réserve des trois chaînes	146

* LL.M., notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Le droit immobilier n'est pas, à proprement parler, un secteur du droit civil comme l'est, par exemple, le droit des successions, en ce sens que l'on ne retrouve pas dans le *Code civil du Québec* un livre sur le droit immobilier comme on en retrouve un sur le droit des successions. Souvent considéré comme le domaine de spécialisation des notaires, ce droit puise ses règles à plusieurs sources allant du droit des biens au droit de la publicité, en passant, entre autres, par le droit des contrats nommés, des sûretés et des libéralités. C'est un droit dont les règles n'ont en commun que le fait de s'appliquer à une problématique immobilière, ce qui est en soi très large. Droit en quelque sorte sans frontière, il ne se laisse pas facilement cerner.

Avant d'entreprendre cette première revue sélective en matière de droit immobilier, il importait en conséquence de poser des bornes. Pour ce faire, nous nous sommes basé sur ce que fait la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ) qui publie annuellement un *Recueil de droit immobilier* (R.D.I.) et nous avons puisé au sein du recueil de l'année 2004 la plupart des décisions sélectionnées. On les retrouvera donc ci-après regroupées sous différents thèmes illustrant la grande diversité de ce qu'on appelle le *Droit immobilier*.

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

Le pacte de préférence que l'on appelle aussi « droit de préemption » ou encore « droit de premier refus » est un accord par lequel une partie s'engage, pour le cas où elle déciderait de vendre son bien, à l'offrir à l'autre¹. Le pacte de préférence se distingue de la promesse de vente en ce que, dans la promesse de vente, le promettant est lié, alors que dans le pacte de préférence, le promettant n'est lié que s'il décide de vendre à un tiers, ce qu'il demeure toujours libre de faire ou de ne pas faire². Cette distinction entraîne des conséquences notamment concernant les effets respectifs de ces deux types d'avant-contrats. Le refus de donner suite à une promesse de vente donne droit à son bénéficiaire à l'action en passation de titre³ ou subsidiairement à des

1. Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 42.

2. *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124.

3. Art. 1712 C.c.Q.

dommages-intérêts si le bien a été vendu à un tiers, alors que le seul recours du bénéficiaire d'un pacte de préférence en cas de violation est en dommages-intérêts⁴. Ce bénéficiaire ne peut pas exiger la passation du titre ni attaquer la validité de la vente faite à un tiers en contravention du pacte.

Le fait que le pacte de préférence ne puisse déboucher sur l'action en passation de titre ne constitue en aucun cas un motif pour l'ignorer. La menace d'une réclamation en dommages-intérêts est en soi suffisante pour inciter le promettant à respecter sa parole. On peut toutefois se demander si le droit du bénéficiaire d'un pacte de préférence est transmissible à ses ayants cause et si ces derniers peuvent en exiger le respect. La jurisprudence récente nous aide à répondre à cette question.

La question de la transmissibilité du pacte s'est posée dans les circonstances suivantes⁵ : lors de l'acquisition d'un lot, l'acquéreur obtient du vendeur un droit de préemption concernant deux autres lots contigus. Ce droit apparaissait d'autant plus intéressant qu'il fixait le prix auquel le bénéficiaire pouvait acheter les lots à la moitié de leur valeur déterminée dans la convention. Ce bénéficiaire vend subséquemment le lot acquis et cède expressément dans le contrat de vente au nouvel acquéreur ses droits dans le pacte de préférence. L'auteur du pacte étant alors décédé, le nouvel acquéreur s'adresse au liquidateur de la succession l'avisant de son obligation de respecter le pacte. Ce dernier, doutant de la validité de la transmission effectuée par le premier bénéficiaire en faveur du second, demande au tribunal, par requête en jugement déclaratoire, de se prononcer sur la transmissibilité du pacte.

On peut penser, de prime abord, qu'un pacte de préférence est toujours accordé principalement en considération de la personne qui en bénéficie et qu'il a, en conséquence, le caractère d'*intuitu personæ*, ce qui entraîne son intransmissibilité. Mais à la réflexion, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse aussi être consenti pour des motifs économiques, sur une base strictement d'affaires. Il devrait dans ce cas, selon la règle générale, être transmissible. C'est l'analyse que fait le tribunal en s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel, l'affaire *St-Laurent c. Ouellette*⁶, qu'il considère comme l'autorité principale en

4. Art. 1397, al. 2 C.c.Q.

5. *Demers c. Morency*, J.E. 2004-1581 (C.S.).

6. [1984] C.A. 124.

matière de pacte de préférence. Le tribunal retient surtout les propos suivants du juge Monet qui, en quatre points, résumait son opinion sur le pacte de préférence :

En résumé je suis d'avis que :

- a) la clause litigieuse est un pacte de préférence et non une promesse de vente ;
- b) cette convention est un contrat *sui generis* constituant une restriction au droit de disposer, de sorte qu'une interprétation restrictive s'impose ;
- c) si en principe les droits et obligations qui en découlent sont transmissibles, néanmoins on peut induire des circonstances un caractère personnel conféré au pacte ;
- d) cette situation de fait est laissée au pouvoir souverain d'appréciation du juge du fait.

Il résulte donc de la jurisprudence que si le pacte de préférence est, en principe, transmissible, ce caractère n'est cependant pas d'ordre public et il peut résulter des circonstances que les parties lui ont conféré un caractère personnel. Conscient de cette analyse, le rédacteur d'un pacte devrait s'enquérir de l'intention véritable des parties afin de pouvoir établir clairement dans la convention le caractère transmissible ou, selon le cas, intransmissible du pacte.

Accessoirement, ces décisions permettent aussi de prendre conscience des difficultés qui peuvent surgir concernant la détermination de la durée d'un pacte de préférence. Étant donné que le bénéficiaire d'un pacte de préférence ne peut concrètement exercer son droit qu'à compter du moment où celui qui le lui a consenti reçoit d'un tiers une offre et décide de vendre le bien, il peut théoriquement s'écouler beaucoup de temps avant que ce moment arrive. C'est ce qui faisait dire au juge Monet dans l'arrêt *St-Laurent c. Ouellette*, précité, qu'un pacte de préférence peut demeurer obligatoire au-delà de la période de la prescription trentenaire. En revanche, ajoutait-il, le pacte de préférence, par sa nature même, ne saurait être considéré comme indéfini dans sa durée et si l'on peut prolonger un délai, on ne peut le maintenir indéfiniment ouvert. C'est toujours, concluait-il, une affaire d'appréciation.

Cela devrait aussi inciter le rédacteur du pacte à préciser la durée de celui-ci afin d'éviter aux parties de devoir s'adresser aux tribunaux pour la faire déterminer.

LA VENTE AVEC FACULTÉ DE RACHAT

L'expression « vente avec faculté de rachat » couvre une double réalité. En effet, la vente avec faculté de rachat peut, soit constituer une véritable vente, soit une opération de financement. L'article 1756 C.c.Q. illustre cette dualité en établissant que *si la faculté de rachat a pour objet de garantir un prêt, le vendeur est réputé emprunteur et l'acquéreur est réputé créancier hypothécaire*.

Malgré l'emploi à l'article 1750 C.c.Q. des mots « rachat » et « racheter », la vente avec faculté de rachat ne doit pas être analysée comme une double vente, c'est-à-dire comme une première vente suivie d'une seconde en sens inverse⁷. Ce dernier article rejette expressément cette analyse en précisant qu'il s'agit d'une *vente sous condition résolutoire*. L'acheteur est un véritable propriétaire, mais sous condition résolutoire. Les droits qu'il aura consentis sur le bien disparaîtront rétroactivement lors de l'exercice de la faculté de rachat par le vendeur qui, entre-temps, est propriétaire sous condition suspensive. Celui-ci reprendra donc le bien libre de toutes les charges dont l'acheteur a pu le grever⁸. Dans le cas où la convention a pour objet de garantir un prêt, l'acheteur ne pourra faire perdre au vendeur la faculté de rachat sans suivre les règles régissant l'exercice des droits hypothécaires⁹. Pour que ces règles trouvent application et que ces effets se produisent, encore faut-il bien s'assurer au départ que la convention intervenue est une vente avec faculté de rachat. C'est à ce sujet que la jurisprudence récente nous renseigne¹⁰. Voici comment la question s'est présentée.

Après avoir reçu signification d'un préavis indiquant l'intention de son créancier hypothécaire de faire vendre sous contrôle de justice son immeuble, le propriétaire le vend à un tiers. Le contrat de vente est notarié et il ne comporte aucune condition résolutoire ou suspensive. Il est publié le même jour. Huit jours plus tard, les parties signent sous seing privé une convention qui exprime l'idée que dès que le vendeur aura les moyens de rembourser l'acheteur, celui-ci lui transférera l'immeuble. Cette convention prévoit des modalités de remboursement et précise que si le vendeur manque deux versements consécutifs, il consent alors à l'acheteur le droit de conserver l'immeuble sans autre avis ni formalité. Les défauts subséquents du

7. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 1, p. 186, n° 228.

8. Art. 1752 C.c.Q.

9. Art. 1756 C.c.Q.

10. *Dubreuil c. Huyman-Vanasse*, [2004] R.D.I. 511.

vendeur mènent finalement l'acheteur à l'institution d'une requête en expulsion du vendeur. En défense, ce dernier plaide qu'il s'agit d'une vente avec faculté de rachat et qu'en conséquence l'acheteur doit, en conformité avec les dispositions impératives de l'article 1756 C.c.Q., lui transmettre un avis de soixante jours avant de pouvoir devenir propriétaire irrévocable de l'immeuble en question, ce que ce dernier n'a pas fait.

Le sort du litige repose essentiellement sur la qualification juridique des conventions intervenues. S'appuyant sur la doctrine, le tribunal conclut qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une vente avec faculté de rachat parce que le droit de rachat n'a pas été réservé au moment de la vente. En effet, puisque la vente avec faculté de rachat n'est pas une double vente, mais une vente sous condition résolutoire, il faut que les parties s'obligent réciproquement dès le départ, ce qui n'exclut pas cependant que cela puisse se faire au moyen de deux actes distincts. Une faculté de rachat stipulée après coup est valable, mais elle ne vaudra pas comme condition résolutoire. Elle équivaut alors à une promesse de vente faite par l'acheteur qui n'entraînera aucun effet rétroactif si les parties lui donnent suite. Elle n'est pas en conséquence régie par les règles de la vente avec faculté de rachat et notamment les dispositions impératives de l'article 1756 C.c.Q.

Comme le souligne le tribunal, il est bien difficile en l'espèce de comprendre pourquoi les parties ont décidé de ne pas constater dans l'acte notarié le droit de rachat puisqu'elles n'ont pas témoigné. On ne peut donc que spéculer sur leur véritable intention. En supposant qu'elles aient voulu une véritable faculté de rachat, celle-ci aurait dû être consignée lors de la vente, soit dans l'acte de vente même ou dans un document distinct, mais concomitant.

LA SIMULATION

La simulation est une opération utilisée pour cacher aux tiers la véritable intention des parties. Elle se concrétise au moyen d'une contre-lettre qui contredit, en tout ou en partie, l'acte apparent. Ce dernier n'est donc qu'une fiction ou un déguisement qui représente ce que les parties veulent faire croire aux tiers¹¹. Lorsqu'elle n'est pas utilisée de façon frauduleuse pour contourner la loi, la simulation est parfaitement légitime et elle produit des effets que l'on peut résumer

11. Jean-Louis BAUDOIN et Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 489.

ainsi : les parties sont liées par la contre-lettre qui représente leur vraie volonté, alors que les tiers de bonne foi peuvent se prévaloir, selon leur intérêt, de l'acte apparent ou de la contre-lettre¹².

Il est important pour le conseiller juridique de toujours prendre en compte ces deux règles afin d'éviter que la simulation ne se retourne en bout de ligne contre ceux à qui il a recommandé d'y recourir. Deux exemples tirés de la jurisprudence récente vont permettre de mieux saisir cette importance.

Dans une première affaire¹³, un notaire a été mandaté pour préparer deux conventions : un acte apparent établissant la copropriété indivise d'un immeuble entre deux personnes et une contre-lettre par laquelle ces mêmes personnes reconnaissent que l'immeuble appartient en exclusivité à l'une d'elles. Il était prévu que ces conventions devaient être signées le même jour, mais un contretemps a fait que la contre-lettre a été signée la veille de la signature de l'acte apparent. Cela n'aurait normalement soulevé aucune difficulté n'eût été d'une clause de l'acte apparent rédigée en ces termes :

Les parties conviennent que les seules relations juridiques les liant sont constatées par le présent contrat qui annule toute entente précédente.

Saisissant l'opportunité qui se présente, un des copropriétaires, celui qui n'avait aucun droit dans l'immeuble, en demande quelque temps plus tard le partage en s'appuyant bien évidemment sur l'acte apparent. L'autre copropriétaire, qui est en fait l'unique propriétaire de l'immeuble, se trouve alors piégé par l'acte apparent qui, à cause de la clause ci-dessus, l'empêche de se prévaloir de la contre-lettre. Ce dernier n'a donc d'autre choix que de s'inscrire en faux contre l'acte apparent pour faire enlever cette clause. Le tribunal en arrive finalement à la conclusion que, dans l'acte établissant la copropriété, le notaire n'a pas reproduit adéquatement l'intention des parties en y insérant la clause litigieuse et qu'il y a donc lieu d'accueillir l'inscription de faux partiel à l'encontre de cette clause.

Puisque entre les parties à une simulation c'est la contre-lettre qui l'emporte sur l'acte apparent, il importe donc de veiller au respect de la volonté réelle des parties en évitant toute stipulation dans l'acte apparent de nature à annuler l'expression de cette volonté. Dans la

12. Art. 1451 et 1452 C.c.Q.

13. *Bastien c. Côté*, [2004] R.D.I. 412.

présente affaire, le notaire n'a pas su expliquer la présence de la clause en litige dans l'acte apparent. On soupçonne qu'il a utilisé une formule sans l'adapter aux circonstances¹⁴.

Dans une seconde affaire¹⁵, un notaire conseille à l'acheteur d'un immeuble à qui une institution financière refusait un prêt hypothécaire d'impliquer ses deux frères comme codébiteurs et copropriétaires afin de faciliter l'obtention du crédit nécessaire à l'acquisition de la propriété. Ce stratagème produisit l'effet recherché et les trois frères signèrent l'acte d'emprunt hypothécaire, l'acte de vente et une contre-lettre prévoyant que malgré les termes de l'acte de vente, un seul d'entre eux est propriétaire de l'immeuble et qu'il assume seul les obligations hypothécaires. Le comportement des parties au cours des années qui suivirent est tout à fait conforme à la contre-lettre.

Si l'acte apparent a permis l'obtention du crédit recherché, il n'a cependant pas eu que des effets bénéfiques. Un des deux frères non propriétaires étant prestataire de l'aide sociale depuis l'époque de l'acquisition de l'immeuble et n'ayant pas déclaré l'achat au ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, celui-ci, après avoir découvert au registre foncier l'acte établissant les droits de copropriété indivise dans l'immeuble et invoquant la fausse représentation, lui réclame toutes les sommes versées depuis, soit environ 80 000 \$. En vue de remédier à cette situation, un acte de vente est signé par lequel chacun des deux frères non propriétaires vend sa part indivise au troisième moyennant un prix qui n'est cependant pas payé. Cela ne suffit pas à convaincre le Ministère qui persiste dans sa réclamation. Le prestataire consulte alors un syndic et décide de faire faillite sans qu'on lui dise qu'il ne sera pas libéré de cette dette qui représente la plus grande partie de son passif. Comme un malheur n'arrive jamais seul, le syndic entreprend des procédures pour faire déclarer nulle la dernière vente par le failli de sa part indivise dans l'immeuble. Le syndic cherche ainsi à mettre la main sur cet élément d'actif pour le bénéfice de la masse des créanciers.

Le tribunal rejette la requête du syndic en invoquant dans un premier temps que celui-ci connaissait l'existence de la contre-lettre et qu'il est difficile en l'espèce de le considérer comme un tiers de bonne foi au sens de l'article 1451 C.c.Q. On peut se demander si la connaissance par le syndic de l'existence de la contre-lettre est une

14. Cette clause provient de la section vente du formulaire du *Répertoire de droit/Nouvelle série* de la Chambre des notaires du Québec.

15. *Ghât (Syndic de)*, [2004] R.D.I. 602.

raison suffisante pour l'empêcher de se prévaloir de l'acte apparent. Le tribunal s'est probablement posé la même question puisqu'il ajoute ensuite que même si la bonne foi du syndic n'était pas remise en cause, il y a lieu d'appliquer la règle *ex parte James* pour empêcher le syndic de se prévaloir de l'acte apparent, plutôt que de la contre-lettre. Il dit puiser dans l'article 183(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui accorde au juge siégeant en matière de faillite *compétence en droit et en équité*, l'autorité pour appliquer cette règle établie par la jurisprudence britannique. Ce dernier point laisse songeur puisque cette compétence qu'avait la Cour supérieure du Québec n'existe plus depuis le 1^{er} juin 2001, soit bien avant la faillite en cause¹⁶.

Quoi qu'il en soit, on comprend le profond malaise du tribunal pour qui toute cette affaire trouve sa source avant tout dans un très mauvais conseil donné au départ par le notaire aux trois frères. C'est l'acte fictif apparent qui a mis le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale aux trousseaux de l'un des indivisaires et c'est ce même acte qui a failli faire perdre au véritable propriétaire une partie de son immeuble. Comme le souligne le tribunal, tout ce scénario n'était pas nécessaire pour obtenir le financement recherché et il aurait suffi que les deux frères non propriétaires cautionnent le troisième.

Il est important pour le conseiller juridique qui recommande de recourir à la simulation de bien évaluer tous ses effets potentiels afin d'éviter que les inconvénients ne finissent par dépasser les avantages. Il ne faut surtout pas qu'il oublie la règle de l'article 1452 C.c.Q. qui permet aux tiers de bonne foi, selon leur intérêt, de se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre.

LA COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION

Les personnes qui vivent en couple choisissent souvent de devenir copropriétaires indivis de l'immeuble qui leur sert de résidence principale. Lorsque ces personnes sont mariées ou unies civilement, les règles du droit matrimonial, impératives et supplétives, contribuent largement à solutionner les litiges qui peuvent naître au sujet de la copropriété au moment de la rupture. Pour celles qui vivent en union de fait, ces règles du droit matrimonial ne s'appliquent pas et, à défaut d'entente, elles ne peuvent compter

16. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 33.

que sur les seules dispositions relatives aux droits et obligations des indivisaires¹⁷. Comment ces règles sont-elles alors appliquées ? Un arrêt récent de la Cour d'appel en constitue une bonne illustration^{17.1}.

Les faits sont simples. Deux personnes vivant en union de fait depuis un certain temps achètent un immeuble en copropriété indivise devant servir de résidence familiale. Le contrat ne précise pas la part respective des indivisaires. Dans les faits, c'est l'un d'eux qui assume seul tous les coûts afférents à l'immeuble et, notamment, la mise de fonds initiale, les versements hypothécaires, le paiement des taxes et les dépenses d'entretien de toute nature. Les sommes ainsi versées s'élèvent, au moment de la rupture du couple, à 32 000 \$ et celui qui les a déboursées demande au tribunal de les déduire du produit net de la vente de l'immeuble avant de procéder au partage du solde. En bref, cet indivisaire réclame un partage inégal afin d'éviter, prétend-il, un enrichissement sans cause de l'autre indivisaire, ce à quoi ce dernier s'oppose. Voyons comment la Cour d'appel tranche ce type de litige tout aussi fréquent que typique.

Il y a deux questions connexes mais distinctes auxquelles le tribunal doit répondre. La première concerne la détermination de la part respective des indivisaires dans l'immeuble et la seconde le partage des dépenses reliées à cet immeuble. Les parties n'étant ni mariées ni unies civilement et, faute d'entente entre elles, c'est, comme on l'a vu, vers les dispositions du Code civil traitant des droits et des obligations des indivisaires que le tribunal doit se tourner et plus spécifiquement vers les articles 1015 et 1019. Le premier énonce que les parts des indivisaires sont présumées égales et le second que les dépenses sont partagées en proportion de la part respective des indivisaires. Cela règle-t-il le litige ? Pas tout à fait selon le tribunal et voici pourquoi.

Comme dans beaucoup d'affaires semblables, la preuve démontre que les parties avaient au début de leur union formé le projet de fonder une famille et qu'elles avaient dès le départ convenu de s'acquitter différemment de leurs responsabilités financières familiales. L'une principalement par son travail au foyer et l'autre surtout par la poursuite de sa carrière professionnelle. Le litige au sujet de l'immeuble doit être examiné à la lumière de cette entente.

17. Les personnes vivant en union de fait peuvent toutefois se doter d'un véritable pacte matrimonial par le biais d'un contrat de vie commune et s'assujettir, en tout ou en partie, aux règles impératives et supplétives du droit matrimonial. Leur situation est alors beaucoup plus près de celle des gens mariés ou unis civilement.

17.1 *Cadieux c. Caron*, AZ-50224305, [2004] R.D.I. 251, J.E. 2004-616, [2004] R.D.F. 242.

Concernant la détermination des parts des indivisaires dans l'immeuble, il faut, selon le tribunal, en arriver à la conclusion que celles-ci sont égales en raison effectivement de la présomption non repoussée de l'article 1015 C.c.Q. Le fait qu'un seul des indivisaires ait contribué à la mise de fonds initiale et ait effectué tous les versements hypothécaires ne change rien à l'affaire. Le tribunal cite avec approbation un arrêt antérieur de la Cour d'appel voulant que l'indivisaire qui agit ainsi, tout en indiquant dans l'acte d'achat son conjoint comme copropriétaire sans jamais rien lui réclamer des sommes payées durant la vie commune, dévoile clairement son intention de lui donner la moitié de la résidence familiale. Cela règle du même coup la question de l'enrichissement sans cause puisque l'enrichissement de l'autre indivisaire trouve précisément sa justification dans cette libéralité.

En ce qui a trait aux dépenses reliées à l'immeuble durant la vie commune, le tribunal refuse d'appliquer l'article 1019 C.c.Q. qui prévoit le partage de ces dépenses entre les indivisaires. Ces dépenses ne peuvent faire en l'espèce l'objet d'aucun remboursement en faveur de celui qui les a engagées précisément à cause de l'entente initiale entre les parties sur la façon de s'acquitter de leurs responsabilités financières familiales.

Il faut donc retenir de cela que la demande de partage inégal par un conjoint de fait d'une propriété commune acquise dans des circonstances semblables à celles relatées ci-dessus a peu ou pas de chance de réussir malgré une preuve non contredite quant aux apports financiers exclusifs de ce conjoint. Pour obtenir ce partage inégal ou toute autre forme de compensation pour des sommes versées aux fins de l'acquisition et de l'entretien de la copropriété, il faut que les conjoints de fait en conviennent. À défaut, l'acte d'achat va confirmer l'intention libérale du conjoint qui paie et justifier l'enrichissement de l'autre.

LA SUBSTITUTION DE RESIDUO

Le phénomène croissant des familles dites *reconstituées* redonne vie à une institution, la substitution, qu'on aurait crue, il y a encore peu de temps, en voie de disparaître¹⁸. Pour celui qui désire avantager successivement un second conjoint et des enfants issus

18. Il faut aussi ajouter que l'assimilation, au plan fiscal, des substitutions aux fiducies a probablement contribué à cette renaissance.

d'une première union, sans devoir passer par l'entremise d'une fiducie, le recours à la substitution constitue une solution de rechange intéressante. Il arrive souvent en semblables circonstances que le disposant souhaite limiter le moins possible le droit du conjoint survivant de disposer des biens, ce qui l'amène à recourir à ce qu'on appelle la substitution *de residuo*. Il s'agit, en deux mots, d'une substitution en vertu de laquelle le grevé n'est tenu de rendre aux appelés que les biens dont il n'a pas disposé. Ainsi qu'en témoigne encore une décision récente de la Cour supérieure¹⁹, ce type de substitution soulève régulièrement des difficultés sur l'étendue du droit de disposer du grevé. La réforme du Code civil ayant apporté des modifications substantielles au droit des substitutions, l'occasion est belle de se pencher sur ce sujet.

Le litige porte sur la propriété d'un immeuble et il oppose l'appelé à une substitution *de residuo* et le légataire universel du grevé au sujet du droit de ce dernier de disposer par testament de l'immeuble. Dans son testament, le disposant s'est exprimé ainsi :

Article sixième :

Je lègue le résidu de l'universalité de tous mes biens meubles et immeubles, sans exception ni réserve, à mon épouse ladite France Brisson, que j'institue ma légataire universelle résiduaire et mon exécutrice testamentaire.

Ma légataire universelle disposera à son gré des biens présentement légués.

Au décès de ladite France Brisson, tout ce qui restera de mes biens meubles et immeubles appartiendra à mes filles, lesdites Claudette Beauregard et Rita Beauregard, en parts égales.

En d'autres termes, ladite France Brisson ne sera pas obligée de conserver les biens présentement légués, mais sa succession sera grevée de la charge de rendre ce qui en restera à mes filles, lesdites Claudette Beauregard et Rita Beauregard.

À la suite du décès du testateur, la légataire universelle vend un immeuble faisant partie de la succession et, quelques années plus tard, achète un autre immeuble avec le produit de la vente. Ce remploi est admis par les parties. À son décès, la légataire lègue cet immeuble à son nouveau conjoint. La seule fille survivante du

19. *Beauregard c. Pinel*, [2004] R.D.I. 87.

testateur conteste la validité de ce legs en prétendant que les termes de la substitution ne permettent pas au grevé de disposer de l'immeuble par testament.

Avant d'examiner ce point qui est au cœur du litige, il importe de s'arrêter auparavant sur un problème de droit transitoire. Les faits relatés se sont déroulés chronologiquement ainsi : le testateur décède en 1987. Le légataire universel vend l'immeuble de la succession en 1988, achète en remploi l'autre immeuble en 1990 et décède en 2003. Comme on le constate, la succession du testateur s'est ouverte avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et la substitution après. Quelle loi doit-on appliquer ? Le tribunal règle la question ainsi :

Bien que ce soit le *Code civil du Bas Canada* qui doit s'appliquer en l'instance, les parties ont convenu que le litige devait être réglé en appliquant les dispositions du *Code civil du Québec*.²⁰

Puisque la question principale consiste à rechercher la volonté du testateur à partir essentiellement des termes de son testament, il peut sembler indifférent d'appliquer le droit antérieur ou le droit nouveau. Mais il n'en va pas de même en l'espèce puisque le *Code civil du Québec* comporte sur cette question précise des éléments nouveaux de nature à peser sur l'interprétation du testament. L'article 1232 C.c.Q. énonce que :

Le grevé peut, si l'acte constitutif de la substitution le prévoit, disposer gratuitement des biens substitués ou ne pas faire remploi du prix de leur aliénation ; *il ne peut en tester sans que l'acte le permette expressément.* (Notre italique)

On ne retrouvait pas de précisions semblables dans le *Code civil du Bas Canada* qui, au sujet de la substitution *de residuo*, édictait à l'article 952 que :

Le substituant peut indéfiniment permettre l'aliénation des biens substitués ; la substitution n'a d'effet en ce cas que si l'aliénation n'a pas lieu.

Cette différence entre les deux codes sur un point aussi pertinent par rapport au litige est de nature à influencer la décision.

20. *Ibid.*, p. 39, note 9.

Pour en revenir à la question principale, le tribunal interprète l'expression « disposer à son gré » de l'article sixième précité du testament comme accordant au grevé le pouvoir de disposer comme il l'entend des biens et d'utiliser leur produit pour subvenir à ses besoins sans être tenu de faire emploi, exception faite toutefois du pouvoir de léguer le résidu par testament. Ce qui semble avoir été déterminant, ce sont les termes du dernier alinéa de l'article sixième qui précisent que la succession de l'appelé est *grevée de la charge de rendre ce qui en restera*. Selon le tribunal, le testateur n'aurait pas pris la peine d'apporter cette précision s'il avait voulu permettre au grevé de disposer des biens par testament.

C'est une interprétation vraisemblable de la volonté du testateur qui s'inscrit dans un courant jurisprudentiel²¹. Il faut cependant souligner que le terme général « disposer » a déjà reçu en matière de substitution *de residuo* une interprétation plus large englobant le pouvoir de disposer par testament²². Il faut cependant préciser que chaque cas est un cas particulier et que le juge qui cherche à découvrir la volonté réelle du testateur peut, tenant compte de l'ensemble du testament, donner à une même expression un sens différent de celui qui lui a été attribué dans un autre contexte.

Ce qui laisse le lecteur sur son appétit en l'espèce, c'est le peu d'importance qu'accorde finalement le tribunal aux termes de l'article 1232 C.c.Q. Ayant décidé que cette disposition recevait application, on comprend mal pourquoi il ne s'appuie pas ensuite davantage sur elle pour rendre sa décision. Ce texte énonce clairement que le grevé ne peut tester des biens compris dans la substitution *sans que l'acte le permette expressément*. Il n'y avait absolument rien dans l'article précité du testament permettant de prétendre que le grevé avait expressément reçu cette permission. Il aurait suffi, nous semble-t-il, de le souligner. En effet, l'adverbe « expressément » est synonyme de « précisément » et pour que ce niveau soit atteint, il faut, à notre avis, que le pouvoir de tester soit mentionné en toutes lettres. Cela peut se faire selon diverses variantes, mais on voit mal comment les exigences de la loi peuvent être satisfaites sans que le testateur utilise pour parler des droits du grevé les mots « pouvoir de tester » ou « pouvoir de léguer » ou

21. Voir *Fabrique de la paroisse de St-Stanislas de Kotska c. Deschênes-Clément*, [1985] C.A. 1.

22. Voir *Burdett c. Décarie*, [1963] R.C.S. 35 ; *Lizotte c. Lizotte*, AZ-98021091, J.E. 98-164.

« pouvoir de disposer à cause de mort » ou toute autre expression, s'il en est, aussi précise. Ce n'est pas le fruit du hasard si l'article 1232 C.c.Q. comporte cette précision nouvelle. Le législateur connaissait les problèmes d'interprétation soulevés à ce sujet par les dispositions moins claires du *Code civil du Bas Canada* et il a voulu éviter que cela se reproduise sous le *Code civil du Québec*.

Il nous semble que, dorénavant, l'absence d'une telle précision devrait, sans plus d'exégèse, dicter la conclusion selon laquelle le grevé ne peut disposer par testament, sans quoi l'incertitude du droit antérieur est maintenue. Quant au rédacteur d'un testament, il ne doit donc plus hésiter un instant à utiliser le niveau de précision ci-dessus lorsque l'intention certaine du testateur est de permettre au grevé de disposer par testament des biens compris dans la substitution.

LA VENTE AUX RISQUES ET PÉRILS DE L'ACHETEUR

Un contrat de vente d'un immeuble contient la clause suivante :

L'acheteur achète à ses risques et périls et s'oblige à prendre le bien immeuble dans l'état dans lequel il se trouve, déclarant l'avoir examiné et en être satisfait et déclarant renoncer expressément à toute garantie légale de qualité (vices cachés).

L'article 1733 C.c.Q. reconnaît maintenant expressément la validité d'une telle clause qui peut s'appliquer tout autant à la garantie de qualité, comme ci-dessus, qu'à la garantie du droit de propriété. Cette reconnaissance est toutefois limitée aux seules clauses protégeant un *vendeur non professionnel*, ainsi que le précise le deuxième alinéa de cet article. Il en résulte que pour savoir si l'on peut valablement recourir à cette exclusion de garantie, il faut préalablement déterminer si le vendeur est un non-professionnel au sens de la loi.

Cette question s'est posée à quelques reprises devant la Cour du Québec au sujet de ventes par des institutions financières qui disposaient d'immeubles acquis à la suite de l'exercice de recours hypothécaires. On a contradictoirement considéré l'institution financière tantôt comme un vendeur non professionnel²³ et tantôt comme un vendeur professionnel²⁴. Dans une affaire plus récente

23. *Axa Assurances inc. c. Caisse populaire de l'Auvergne*, AZ-50151268.

24. *De Castris c. Banque Nationale du Canada*, [2000] R.D.I. 140.

soumise à la Cour d'appel²⁵, il s'agissait encore d'une institution financière qui, après avoir pris en paiement un immeuble, l'avait vendu avec une exclusion de garantie de qualité rédigée exactement dans les termes ci-dessus. L'immeuble était en très mauvais état et le prix obtenu, 30 000 \$, était fonction de cette réalité. Dès la prise de possession, l'acheteur entreprend des travaux et découvre, lors de l'excavation des fondations, que le terrain est pollué par des hydrocarbures. L'évaluation municipale qui était de 121 000 \$ chute à 200 \$. L'acheteur demande alors l'annulation de la vente. Entre autres arguments, il prétend que le défendeur doit être considéré comme un vendeur professionnel au sens de l'article 1729 C.c.Q. et qu'il est en conséquence présumé connaître l'existence du vice caché. Si cette prétention s'avérait fondée, il en résulterait une double conséquence pour le vendeur : il perdrait la protection de la clause d'exclusion de garantie²⁶ et il ne pourrait que très difficilement repousser la présomption de connaissance du vice caché²⁷.

La Cour d'appel, d'entrée de jeu, écarte cet argument. S'inspirant des commentaires du ministre de la Justice en marge de l'article 1729 C.c.Q.²⁸ et s'appuyant sur un arrêt antérieur de la même cour²⁹, le tribunal déclare qu'un vendeur professionnel doit s'entendre de la personne qui a pour occupation habituelle la vente des biens. Une institution bancaire œuvre dans le domaine des services financiers et elle ne fait pas profession de vendre des immeubles. Lorsqu'elle le fait, il ne s'agit que d'un accessoire à la réalisation de ses garanties.

Un vendeur professionnel, c'est en quelque sorte le *commerçant trafiquant en semblables matières* dont parlait le *Code civil du Bas Canada*³⁰ et c'est à cette catégorie de vendeurs que l'article 1733 C.c.Q. interdit de recourir à la clause de vente *aux risques et périls de l'acheteur*. Dans un arrêt antérieur, un juge de la Cour d'appel est même allé un peu plus loin dans l'interprétation de cet article en affirmant que cette clause serait valide entre deux vendeurs professionnels spécialisés dans le domaine du bien vendu³¹. Ce qui

25. *Roussel c. Caisse Desjardins de Ste-Foy*, AZ-50275399 ; J.E. 2004-2010.

26. Art 1733 C.c.Q.

27. Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 167, n^o 140.

28. Commentaires du ministre de la Justice, *Code civil du Québec*, Québec, 1993, Tome 1, p. 1079.

29. *Petro Canada c. Maltais Construction Inc.*, J.E. 2003-437.

30. Voir articles 1489 et 2268 C.c.B.C.

31. Le juge Fish dans *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto Inc.*, [2001] R.J.Q. 860. Il s'agissait de ventes entre deux vendeurs d'automobiles.

a fait dire que l'interdiction de cette clause lorsque le vendeur est un professionnel ne vise que les cas où l'acheteur est un profane ou un professionnel d'un autre domaine que celui du bien vendu³².

LE BAIL COMMERCIAL IMMOBILIER

Le bail par lequel une entreprise loue les locaux servant à la poursuite de ses activités constitue un actif très important. C'est dans le but de protéger cet actif que la loi en permet la publication au registre foncier. En effet, même si les droits résultant du bail commercial immobilier ne sont que personnels, leur publication est admise³³.

Le bail commercial publié est beaucoup mieux protégé que celui qui ne l'est pas. Ce sont les dispositions des articles 1886 et 1887 C.c.Q. qui explicitent la nature de cette protection. En bref, un bail non publié peut toujours être résilié par le nouveau propriétaire lors de l'aliénation volontaire ou forcée de l'immeuble sauf si, étant à durée fixe, il reste douze mois ou moins à courir au bail depuis la date de l'aliénation. Si le bail a été publié, les possibilités de résiliation sont beaucoup plus restreintes. Cette protection accrue découle des termes de la dernière partie de l'article 1887 C.c.Q. qu'il importe ici de reproduire :

[...] Si le bail a été inscrit au bureau de la publicité des droits avant que l'ait été l'acte d'aliénation ou l'acte à l'origine de l'extinction du titre, il ne peut résilier le bail.

L'interprétation jurisprudentielle de cette règle vient de subir un virage majeur à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel³⁴, ce qui a eu pour effet d'accroître encore davantage la protection du bail commercial publié.

Jusqu'à cet arrêt, il était de jurisprudence constante que les recours hypothécaires de prise en paiement, de vente sous contrôle de justice ou de vente par le créancier permettaient au nouveau propriétaire de résilier le bail commercial immobilier publié après l'inscription de l'acte d'hypothèque³⁵. Cette interprétation reposait sur le syllogisme suivant : le bail publié après l'inscription de l'acte à l'origine de l'extinction du titre du locateur peut être résilié. Or,

32. P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 32, p. 199, n° 158.

33. Art. 1852, al. 1 C.c.Q.

34. *Compagnie Trust Royal c. Pinkerton Flowers Ltd.*, [2004] R.J.Q. 1148.

35. Voir les arrêts rapportés à la note 1, de l'arrêt de la Cour d'appel cité à la note qui précède.

l'acte à l'origine de l'extinction du titre du locateur lors de l'exercice d'un recours hypothécaire, c'est l'acte d'hypothèque. Donc, le bail publié après l'inscription de l'acte d'hypothèque peut être résilié. Ce syllogisme s'est transformé en sophisme parce que la prémisse sur laquelle il repose est fautive selon la Cour d'appel.

Ce tribunal, après avoir procédé à une analyse historique des textes législatifs concernant la protection des locataires, affirme que ce courant jurisprudentiel n'est pas conforme au droit parce qu'il favorise la protection des droits des créanciers hypothécaires, alors que les modifications législatives apportées au cours des trente dernières années visent à accroître la protection des locataires et à affermir la stabilité des baux commerciaux. Cela étant dit, le tribunal en arrive à la conclusion que tous les recours hypothécaires, sauf la prise de possession à des fins d'administration, constituent un transfert du droit de propriété et correspondent à la définition d'une *aliénation forcée* au sens de l'article 1886 C.c.Q. C'est donc l'acte qui constate cette aliénation qui devient l'élément déterminant dans l'interprétation de l'article 1887 C.c.Q. et non plus l'acte d'hypothèque.

Cela change profondément la portée de l'article 1887 C.c.Q. puisque la date à partir de laquelle il faut maintenant se placer pour déterminer si le bail publié peut être résilié, c'est celle de la publication de l'acte constatant l'aliénation forcée et non plus celle de la publication de l'hypothèque. Ainsi, dans la présente affaire, le créancier hypothécaire a exercé le droit de vendre lui-même l'immeuble, ce qui s'est concrétisé par une vente de gré à gré intervenue le 21 décembre 2000. Le bail en cause avait été publié le 21 décembre 1998 et l'acte d'hypothèque le 11 octobre 1991. Selon la jurisprudence antérieure, ce bail pouvait être résilié par le créancier hypothécaire puisqu'il avait été publié après la publication de l'hypothèque. Pour la Cour d'appel, ce bail ne peut être résilié parce qu'il a été publié avant la vente de gré à gré.

La Cour d'appel est bien consciente que son interprétation risque d'être considérée comme désavantageuse pour les créanciers dont l'hypothèque est publiée avant le bail. Elle répond d'avance à cette critique en soulignant qu'il n'est pas désavantageux, au contraire, qu'un immeuble soit occupé. Cela permet de percevoir les loyers et de le vendre plus facilement. Si, par contre, le bail a été conclu pour un loyer dérisoire, le tribunal rappelle que le créancier dispose de recours pour faire déclarer inopposables les actes faits en fraude de ses droits.

LA SAISIE IMMOBILIÈRE

Le shérif qui procède à une saisie immobilière est tenu de signifier à l'officier de la publicité des droits une copie du bref d'exécution et d'un exemplaire du procès-verbal de saisie³⁶. De son côté, l'officier de la publicité est tenu d'inscrire sans délai le procès-verbal de saisie au registre foncier et de notifier cette inscription aux personnes qui ont publié un avis de leur adresse³⁷.

L'inscription du procès-verbal de saisie confère au créancier saisissant une protection que l'article 2958 C.c.Q. explicite en ces termes :

Le créancier qui saisit un immeuble ne peut se voir opposer les droits publiés après l'inscription du procès-verbal de saisie, pourvu que celui-ci soit suivi d'une vente en justice.

Cette protection vaut même à l'encontre des droits acquis antérieurement à la saisie si ceux-ci n'ont pas encore été publiés lors de l'inscription du procès-verbal. Un arrêt de la Cour d'appel permet d'illustrer clairement ce dernier point.

Les faits pertinents de cette affaire se sont déroulés sur une période de cinq mois. Un mari dont le titre de propriété est publié depuis mai 2000 vend à son épouse en décembre 2003 un immeuble en contrepartie de l'assumption par celle-ci de l'hypothèque grevant l'immeuble en faveur de la Banque Royale. Pour des raisons inexplicables, cette vente n'est pas immédiatement publiée. En janvier 2004, l'épouse obtient un prêt hypothécaire auprès de la Banque Nationale à même lequel elle rembourse ce qui est dû à la Banque Royale dont l'hypothèque est alors radiée. Le même jour, la Banque Nationale publie son hypothèque. En avril 2004, la Banque Royale obtient un jugement contre le mari pour d'autres dettes et le 7 mai elle publie contre l'immeuble en cause une hypothèque légale pour garantir la créance résultant de ce jugement. Le 11 mai 2004, la Banque Royale saisit l'immeuble en exécution du jugement et le lendemain, le 12 mai, l'épouse publie l'acte de vente intervenu cinq mois plus tôt.

Par requête, l'épouse demande l'annulation de la saisie immobilière invoquant que la Banque Royale ne peut saisir un bien qui n'appartient pas à son débiteur. Elle ajoute que la banque connais-

36. Art. 663 C.p.c.

37. Art. 665 C.p.c.

sait ou devait connaître son droit de propriété parce que l'acte d'hypothèque intervenu entre elle et la Banque Nationale constitue une dénonciation suffisante de ce droit pour ceux qui consultent le registre foncier. La Banque Royale prétend que l'acte de vente qu'invoque l'épouse pour établir son droit de propriété ne lui est pas opposable parce qu'il a été publié après l'inscription du procès-verbal de saisie.

La Cour d'appel rejette l'opposition à la saisie. Le tribunal déclare que les tiers sont en droit de se fier à l'inscription de mai 2000 indiquant que le propriétaire est le mari. Il ajoute que l'inscription de l'hypothèque en faveur de la Banque Nationale ne constitue pas pour ces tiers une dénonciation suffisante du droit de propriété de l'épouse, précisant que de toute façon l'article 2963 C.c.Q. prévoit que la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité. Il affirme finalement que le créancier qui saisit un immeuble ne peut, selon l'article 2958 C.c.Q., se voir opposer les droits publiés après l'inscription du procès-verbal de saisie si celle-ci est suivie d'une vente en justice. Sur ce dernier point, le tribunal précise que la vente en justice n'est pas une condition aux fins de l'opposabilité au créancier saisissant des droits publiés après la saisie, mais plutôt une condition qui doit se réaliser éventuellement. Ainsi, advenant mainlevée de la saisie, la publication de l'acte de vente produirait ses effets. Faut-il ajouter que pour y parvenir, il faut désintéresser le créancier saisissant.

Cet arrêt qui est tout à fait en conformité avec les principes du droit de la publicité rappelle l'importance d'inscrire sans délai les droits qui y sont soumis.

LA VENTE *SUPER NON DOMINO*

La vente en justice confère à l'adjudicataire un titre qui jouit d'une autorité considérable. Cela n'a jamais voulu dire qu'un tel titre est inattaquable bien qu'il faille des arguments solides pour convaincre un tribunal d'annuler un décret. La vente *super non domino* a toujours été le plus solide de ces arguments. Récemment, un argument nouveau a été invoqué pour remettre en cause la possibilité d'attaquer une vente en justice qui avait été faite *super non domino*.

Cet argument a été tiré de la comparaison de deux textes de loi, l'un du *Code civil du Bas Canada* et l'autre du *Code civil du Québec*. Il importe d'en reproduire les extraits pertinents :

1490 C.c.B.C. Si la chose perdue ou volée a été vendue sous l'autorité de la loi, elle ne peut être revendiquée.

1714 C.c.Q. Le véritable propriétaire peut demander la nullité de la vente et revendiquer contre l'acheteur le bien vendu, à moins que la vente n'ait eu lieu sous l'autorité de la justice.

Il résulterait de cette comparaison que l'article 1714 C.c.Q. aurait une portée beaucoup plus large que l'ancien article 1490 C.c.B.C. et empêcherait dorénavant l'annulation d'une vente en justice. Il pourrait être intéressant, vu sous l'angle de l'examineur de titres, qu'un décret ne puisse être annulé, mais est-ce bien là l'effet du droit nouveau ? L'argument ci-dessus ayant été soumis à l'attention de la Cour d'appel³⁸, voyons comment elle y a réagi.

Le tribunal affirme que l'article 1714 C.c.Q. n'a pas eu pour effet d'abroger la procédure en annulation de décret qui est toujours prévue à l'article 698 C.p.c. Pour dissiper l'apparente contradiction entre ces deux derniers articles, il explique simplement que si le décret est annulé, il n'y a plus de vente sous l'autorité de la justice et qu'en conséquence l'article 1714 C.c.Q. ne peut plus être invoqué. Autrement dit, cet article vise une vente valide et non une vente nulle.

Il faut donc continuer de reconnaître que le décret peut être annulé lorsque la vente est faite *super non domino*. Qui plus est, le court délai de prescription de l'article 700 C.p.c. ne s'applique pas en pareilles circonstances parce qu'il s'agit d'une nullité absolue et non d'une nullité relative. C'est ce qu'avait décidé la Cour supérieure en 1992 dans *Peiffer c. Lafrance*³⁹, décision citée avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*⁴⁰.

LA TRANSMISSION ET LA SAISINE

La transmission successorale et la saisine sont deux phénomènes parents et concomitants du droit des successions qu'il importe toutefois de bien distinguer. Une affaire récente nous le rappelle⁴¹.

38. *Rémillard c. Haineault-Boucher*, [2004] R.D.I. 1.

39. *Peiffer c. Lafrance*, [1992] R.J.Q. 1556.

40. *Garcia Transport ltée c. Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499.

41. *Roger c. Protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 2004-2123 (C.S.).

En vertu d'une institution contractuelle, un conjoint hérite de son épouse d'un lot situé en zone agricole contigu à un autre lot lui appartenant. Agissant à titre de liquidateur de la succession, il signe successivement deux actes devant le même notaire : une déclaration de transmission concernant le lot faisant partie de la succession de son épouse et un acte de vente par lequel il cède la propriété de ce lot à deux acquéreurs. L'acte de vente contient la clause suivante :

Protection du territoire et des activités agricoles

Le vendeur déclare que l'immeuble présentement vendu est situé dans une zone agricole et le vendeur ne conserve aucun droit d'aliénation sur un lot contigu au sens de ladite Loi ; en conséquence, la présente vente ne constitue pas une dérogation à l'article 29 de ladite Loi.

Ayant reçu subséquemment une offre d'achat concernant l'autre lot, un autre notaire l'avise que cette transaction pourrait nécessiter l'autorisation préalable de la Commission de protection du territoire agricole du Québec. Prétendant qu'une telle autorisation n'est pas requise puisqu'il n'a jamais été propriétaire du lot contigu et qu'il n'a agi au regard de ce lot que comme liquidateur de la succession de son épouse, il demande au tribunal par requête de trancher la question.

Ce sont les articles 29 et 30 de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*⁴² qui sont à l'origine de cette difficulté. Il importe d'en rappeler la teneur :

29. Sauf dans les cas et conditions déterminés par règlement pris en vertu de l'article 80, dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l'autorisation de la commission, procéder à l'aliénation d'un lot si elle conserve un droit sur un lot contigu ou qui serait par ailleurs contigu, s'il n'était pas séparé du premier lot par un chemin public, un chemin de fer, une emprise d'utilité publique, ou la superficie d'un lot sur laquelle porte un droit reconnu en vertu du chapitre VII.

La superficie d'un lot à l'égard de laquelle un droit est reconnu en vertu du chapitre VII n'est pas réputée contiguë.

30. Un lotissement ou une aliénation fait en contravention des articles 28 et 29 est annulable à moins que ce lotissement ou cette aliénation n'ait été subséquemment autorisé par la commission.

42. L.R.Q., c. P-41.1.

Tout intéressé, dont le procureur général, la commission ou la municipalité locale sur le territoire de laquelle le lot est situé, peut par requête s'adresser à la Cour supérieure pour faire prononcer cette nullité.

Lorsque la commission n'initie pas la requête, elle doit être mise en cause.

Le sort de la requête repose essentiellement sur la question de savoir si le conjoint était propriétaire du lot provenant de la succession de son épouse au moment où il l'a vendu. Le cas échéant, l'autorisation de la commission était nécessaire et la vente est annulable. Dans le cas contraire, aucune autorisation n'était requise. Comme on l'a souligné, le requérant prétend qu'il n'a agi qu'en qualité de liquidateur sur la base de la saisine que la loi lui accorde et que le lot n'a jamais fait partie de son patrimoine.

Le tribunal n'hésite pas à rejeter cette façon de voir qui repose sur une mauvaise compréhension des concepts de « transmission » et de « saisine » en droit successoral. Il rappelle que les héritiers sont de plein droit investis de la propriété des biens du défunt dès l'instant de l'ouverture de la succession. C'est ce qu'on appelle la transmission successorale dont l'article 645 C.c.Q. confirme expressément qu'elle survient dès le moment du décès. Elle se distingue de la saisine qui ne concerne pas la propriété, mais plutôt la possession légale des biens de la succession. Le fait que le liquidateur exerce à compter de l'ouverture de la succession et jusqu'à la fin de la liquidation la saisine des héritiers ne change rien à la situation et n'empêche surtout pas la transmission de se produire. Pas plus d'ailleurs que la déclaration de transmission exigée par l'article 2998 C.c.Q. qui n'a aucun effet sur le moment où la propriété est transmise. Il ne s'agit que d'un constat visant à rendre opposables aux tiers les droits de l'héritier.

Il faut donc se garder de confondre ces deux opérations qui surviennent simultanément dès l'ouverture de la succession mais qui demeurent distinctes. L'une concerne la propriété et l'autre la possession légale.

LA DATION EN PAIEMENT OU LA PRISE EN PAIEMENT D'UN IMMEUBLE

La dation en paiement de l'article 1799 C.c.Q. et la prise en paiement de l'article 2778 C.c.Q. sont deux moyens à la disposition d'un créancier pour prendre un immeuble en paiement de sa créance.

Même s'ils reposent tous deux sur le même procédé, celui du transfert du droit de propriété, ces moyens sont différents dans leurs effets. Cette différence est importante et c'est elle qui souvent va dicter au créancier la décision de recourir à l'un plutôt qu'à l'autre. Une affaire récente contient tous les éléments permettant d'illustrer ce dernier point.

Un immeuble est grevé de deux hypothèques. Une hypothèque conventionnelle de premier rang en faveur d'une caisse populaire et une hypothèque légale de second rang résultant d'un jugement en faveur d'un autre créancier. Par suite de la faillite du débiteur, la caisse devient propriétaire de l'immeuble par dation en paiement au sens de l'article 1799 C.c.Q. L'acte de dation ne fait état ni de la seconde hypothèque ni de la faillite. La caisse accepte subséquemment de vendre l'immeuble. Le notaire chargé de préparer l'acte de vente communique avec le créancier titulaire de l'hypothèque légale pour connaître le solde dû. Il lui fait alors parvenir le montant indiqué afin d'obtenir la radiation de cette hypothèque et de permettre au nouveau prêteur d'avoir une hypothèque de premier rang. Après la vente, la caisse populaire s'adresse au tribunal pour réclamer au détenteur de l'hypothèque légale le montant en question invoquant que le paiement a été fait sans droit.

Le tribunal ordonne la remise à la caisse de la somme perçue par le créancier. Il déclare que ce dernier savait ou aurait dû savoir qu'il n'avait plus, au moment du paiement, aucun droit sur l'immeuble parce que la faillite avait priorité sur son hypothèque légale en vertu de l'article 70(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴³. Le paiement visant à obtenir la radiation de cette hypothèque a donc été fait par erreur, d'où l'ordonnance de restituer la somme.

C'est la décision de la caisse de recourir à la dation en paiement plutôt qu'à la prise en paiement qui est à l'origine du problème. La dation en paiement de l'article 1799 C.c.Q. n'ayant aucun effet sur les droits réels grevant l'immeuble, elle laissait subsister l'hypothèque légale, même si celle-ci était de rang inférieur à celle de la caisse. Une prise en paiement par la caisse aurait entraîné l'extinction de cette hypothèque et sa radiation de plein droit⁴⁴. C'est grâce aux effets de la faillite si la caisse a pu finalement s'en tirer indemne, mais le tout au prix d'un litige. Quant au notaire qui a effectué le paiement

43. L.R.C. (1985), c. B-3.

44. Art. 2783 et 2801 C.c.Q.

par erreur, aucun reproche ne peut lui être adressé parce ce qu'il ignorait la faillite. L'acte de prise en paiement, comme on l'a dit, n'en faisait pas état et le syndic n'avait pas non plus publié ses droits contre l'immeuble.

LA RÉSERVE DES TROIS CHÂÎNES

Il peut sembler paradoxal de terminer cette revue de l'actualité jurisprudentielle en matière de droit immobilier en ramenant sur le tapis une institution du passé : la réserve des trois chaînes. On verra que même si on l'a abolie, cette institution demeure utile et que le fait d'en parler aujourd'hui n'est pas qu'affaire de nostalgie.

Lorsque l'on entend l'expression « réserve des trois chaînes », on est porté à se dire qu'il s'agit là d'une institution révolue qui n'a plus d'incidence pratique aujourd'hui. C'est le souvenir qu'ont laissé à plusieurs les dernières interventions législatives abolissant rétroactivement la réserve afin de régulariser les titres de propriété de ceux qui avaient érigé des constructions sur les terres de la Couronne le long de certains cours d'eau. Il a toutefois été démontré, dans une magistrale étude publiée dans les pages de cette revue, que la réserve conserve encore toute son importance en droit de l'eau⁴⁵. Cela est confirmé par un arrêt récent de la Cour d'appel concernant un litige au sujet d'un droit de pêche qui trouve sa solution grâce à la réserve⁴⁶.

Dans cette affaire, le tribunal présente d'abord un intéressant résumé des étapes marquantes de l'histoire de la réserve des trois chaînes qui fournit une belle occasion de rafraîchir nos souvenirs. Voici les grandes lignes de ce résumé.

La longue histoire de la réserve des trois chaînes a débuté le 25 avril 1882 lorsque la Cour suprême décida que la compétence du Parlement du Canada de légiférer sur « Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur » en vertu de la Constitution ne s'étendait pas au droit de pêche dans les rivières, un droit appartenant aux propriétaires riverains⁴⁷. C'est après cet arrêt que le Québec s'est préoccupé de la protection de ses droits de pêche dont il risquait d'être privé en concédant des lots longeant certaines rivières.

45. Yvette Marie KIERAN, « Histoire d'eau », (1995-1996) 98 *R. du N.* 145.

46. *Dufour c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.D.I. 256.

47. *La Reine c. Robertson*, (1882) 6 R.C.S. 52.

Les premières mesures de protection prirent la forme de simples directives. Ainsi, en juillet 1882, le Commissaire des terres de la Couronne donnait une directive visant à ne pas vendre les lots sur les bords des rivières où ce droit de pêche existait en faveur du gouvernement du Québec. Cette interdiction étant contraire aux besoins de la colonisation, elle fut remplacée dès juin 1884 par de nouvelles instructions envoyées aux agents des terres dans lesquelles apparaissent les premiers jalons de la réserve :

J'ai l'honneur de vous informer que l'honorable commissaire des terres de la Couronne a finalement décidé que la réserve des droits de pêche sur les lots bordant ou longeant les rivières devra être de trois chaînes⁴⁸ en profondeur sur toute la partie du lot bordé par la rivière.⁴⁹

Viennent ensuite les trois étapes cruciales de la réserve. D'abord une loi de 1888⁵⁰ qui consacrait législativement la réserve « pour fin de pêche » pour tout terrain concédé après le 1^{er} juin 1884. Ensuite, un amendement adopté en 1919⁵¹ afin de conférer à l'État un droit de propriété sur la partie réservée. Enfin, l'arrêt *Healey*⁵² en 1987 dans lequel la Cour suprême décide que l'amendement de 1919 a un effet rétroactif au 1^{er} juin 1884.

C'est à la suite de cet arrêt qu'il fut décidé d'abolir rétroactivement la réserve des trois chaînes pour régulariser de nombreux titres de propriété⁵³. Dans cette législation, on a pris bien soin toutefois de préserver les droits de l'État sur le lit des cours d'eau concernés afin de conserver les droits de pêche qui s'y rattachent et en conséquence le contrôle sur la pêche. C'est ce qui explique que l'ancienne réserve a encore des incidences de nos jours.

Pour en venir au litige lui-même, il s'agissait d'un propriétaire de lots bordant une rivière non navigable qui prétendait être propriétaire d'une partie du lit de la rivière et détenir de ce fait le droit de pêche. Il fonde sa prétention sur le fait que ces lots ont été concédés à son auteur en 1883 et qu'ils n'étaient pas en conséquence affectés par la

48. L'équivalent de 198 pieds ou 60 mètres.

49. Jean BOUFFARD, *Traité du domaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1977, p. 110.

50. *Acte pour amender et refondre les lois de la pêche*, S.Q. 1888, c. 17.

51. *Loi amendant la Loi de la pêche du Québec et la Loi de la chasse du Québec*, S.Q. 1919, c. 31.

52. *Procureur général du Québec c. Healey*, [1987] 1 R.C.S. 158.

53. Voir la *Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q., c. T-8.1, art. 45 à 45.6.

réserve des trois chaînes. En effet, la propriété du fonds entraînait en principe à cette époque la concession au propriétaire riverain du lit de la rivière et la propriété du lit lui conférait le droit de pêche. Ce propriétaire aurait donc eu raison n'eût été de documents démontrant qu'en 1885 son auteur a accepté que la réserve des trois chaînes soit ajoutée à titre de condition additionnelle à la transaction de 1883. La Cour d'appel en conclut qu'il ne détenait aucun droit de pêche et qu'il était soumis à la réglementation applicable.

Cette affaire démontre l'importance de connaître l'histoire législative de la réserve des trois chaînes et la nécessité de toujours consulter l'acte de concession et toutes ses modifications avant de tirer une conclusion sur la nature des droits d'un propriétaire riverain sur le lit du cours d'eau bordant son lot. C'est aussi le message clair qui découle du dernier alinéa de l'article 919 C.c.Q. :

Le lit des lacs et des cours d'eau navigables et flottables est, jusqu'à la ligne des hautes eaux, la propriété de l'État.

Il en est de même du lit des cours d'eau non navigables ni flottables bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février 1918 ; avant cette date, la propriété du fonds riverain emportait, dès l'aliénation, la propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables.

Dans tous les cas la loi ou l'acte de concession peuvent disposer autrement.