

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Frenette, François

L'influence de la pratique quotidienne du notariat sur
l'évolution de la législation québécoise

(Conférences Roger-Comtois; 3, 2004)
Comprend des réf. bibliogr.

1. Notariat – Québec (Province). 2. Notariat – Pratique –
Québec (Province). 3. Législation – Québec (Province) – Histoire. 4.
Droit – Québec (Province) – Histoire. I. Titre. II. Collection.

KEQ169.F73 2005 347.714'016 C2005-941025-6

Composition : Marie-Lise Cummings
Graphisme : Lucie Roberge Design Graphique

Ouvrage publié grâce à l'aide financière du gouvernement du Canada
par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie
de l'édition.

On peut se procurer le présent ouvrage aux

ÉDITIONS THÉMIS

Faculté de droit
Université de Montréal
C.P. 6128, succ. Centre-ville
Montréal (Québec)
H3C 3J7

Téléphone : (514) 343-6627
Télécopieur : (514) 343-6779
Courriel : themis@droit.umontreal.ca
Internet : <http://www.themis.umontreal.ca>

Tous droits réservés
© 2005 – Les Éditions Thémis inc.
Dépôt légal : 2^e trimestre 2005
Bibliothèque nationale du Canada
Bibliothèque nationale du Québec

ISBN 2-89400-207-6

Table des matières

Avant-propos	ix
M ^e Brigitte Lefebvre	
Présentation de M^e François Frenette	1
M ^e Pierre Ciotola	
L'influence de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution de la législation québécoise	5
M ^e François Frenette	

AVANT-PROPOS

La Chaire du notariat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal recevait, le 23 novembre 2004, le notaire François Frenette, directeur de la *Revue du notariat*, dans le cadre de la troisième activité du cycle des conférences annuelles Roger-Comtois. Son allocution avait pour thème l'influence de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution de la législation québécoise.

Tout au long de son exposé, M^e Frenette a démontré, au moyen d'exemples précis, que les notaires, à travers leur pratique, jouent, souvent sans en être conscients, un rôle actif dans l'élaboration et la réforme des lois. Les notaires contribuent ainsi à l'évolution du droit, tout comme Monsieur Jourdain, personnage célèbre du *Bourgeois gentilhomme* de Molière, qui s'exprimait en prose sans le savoir.

M^e François Frenette a été étroitement associé, entre autres, à la préparation et à l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, à titre de conseiller juridique attitré auprès de l'opposition officielle. Tout au long de sa carrière, en tant qu'universitaire et praticien, il s'est intéressé à plusieurs facettes du droit sous un angle innovateur. Il a participé de façon significative au rayonnement du notariat par ses écrits et son enseignement.

Vous trouverez dans les pages qui suivent, le texte de la conférence prononcée par M^e François Frenette, reproduit en conservant le style oral de la communication.

Brigitte Lefebvre
Titulaire de la Chaire du notariat

Présentation de M^e François Frenette

C'est avec plaisir que, dans le cadre de cette troisième Conférence Roger-Comtois, nous accueillons un juriste qui a su au fil de sa carrière joindre non pas l'utile à l'agréable, peut-être le confiera-t-il lui-même, mais à tout le moins la pratique à l'enseignement, la rédaction d'opinions à celle d'écrits qui font autorité.

François Frenette s'est intéressé au droit dans toutes ses dimensions. Il s'est révélé un professeur exigeant, un praticien innovateur, un notaire-conseil réputé et un auteur respecté. Professeur de droit privé, il a poursuivi une carrière professorale d'abord à la Faculté de droit, section de droit civil de l'Université d'Ottawa mais pour l'essentiel à la Faculté de droit de l'Université Laval. Bien sûr, les diverses facultés de droit du Québec l'ont également invité à dispenser des enseignements. Il a enseigné le droit civil économique tant en regard de la propriété, biens et sûretés qu'à celui des personnes, régimes matrimoniaux et successions. Ces divers enseignements demandent une rigueur et une passion qui animent notre conférencier invité. Il s'y était fort bien préparé en poursuivant des études de maîtrise et de doctorat à l'Université d'Ottawa. Sa thèse de doctorat porte d'ailleurs sur l'emphytéose (*De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983). Praticien, il a été associé étroitement à la conception et à la réalisation de projets majeurs de la copropriété divisée à Montréal de

même qu'à la conversion en copropriété d'une grande partie du quartier Milton afin de le réserver à de l'habitation à caractère social. Notaire-conseil, il a été associé à la réforme du *Code civil du Québec*, tantôt dans la préparation de projets de loi dans les divers domaines du droit des personnes et des biens, tantôt comme conseiller juridique attitré auprès de l'opposition officielle pour l'adoption du nouveau Code civil et des mesures de droit transitoire. Et évidemment, il nous fait partager son approche juridique, étant l'auteur de près de soixante études, publiées dans les diverses revues juridiques du Québec, aux sujets les plus variés, aux titres révélateurs de ses intérêts de recherche et d'enseignement. Les modalités et les démembrements de la propriété suscitent sa curiosité intarissable.

François Frenette n'hésite pas à nous présenter même des concepts juridiques depuis longtemps établis sous un angle nouveau, sous une approche innovatrice. Qu'il me soit permis de citer au moins trois textes qui témoignent de cette pensée nouvelle : « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, « La propriété superposée : aspects nouveaux » (2000 – *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 143) et évidemment un mixte de ses sujets de prédilection, « Emphytéose et copropriété par déclaration : la démystification d'une impossible coexistence » (1987-1988), 90 *R. du N.* 145.

François Frenette, que j'ai plus particulièrement connu dans le cadre des travaux de comités à la Chambre des notaires du Québec, tout particulièrement à la Commission des examens et à la *Revue du Notariat*, est souvent perçu, pour qui ne le connaît pas, comme un juriste austère. Juriste austère, peut-être, juriste sous le signe de la rigueur intellectuelle, bien sûr, mais pour qui le connaît un tant soit

peu, il témoigne d'un esprit tout autant subtil que fin. Il sait manier l'humour, autant celui qui approuve que celui qui désavoue, mais toujours avec délicatesse et fermeté.

François Frenette n'a pas hésité à contribuer au rayonnement du notariat. Il l'a fait comme conférencier à de multiples reprises aux *Cours de perfectionnement du notariat*, comme collaborateur et directeur de la *Revue du Notariat* et nous avons eu le plaisir de diriger bénévolement la Revue pour en assurer sa survie pendant près de quatre ans, François et moi, et il assume seul maintenant la direction de la Revue qui connaît un essor remarquable. Cet intérêt pour la profession, il le manifeste également comme conférencier au Congrès du notariat latin d'Athènes en 2001 et sa conférence porte alors sur « La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale ». Voilà que continuant la tradition des Conférences Roger-Comtois, il poursuit cette réflexion mais cette fois sur « Le notariat et sa contribution à l'évolution de la législation québécoise ».

Mesdames et Messieurs, j'ai l'honneur de vous présenter François Frenette.

Pierre Ciotola
Professeur titulaire à la Faculté de droit de
l'Université de Montréal.

**L'INFLUENCE DE LA PRATIQUE
QUOTIDIENNE DU NOTARIAT
SUR L'ÉVOLUTION DE LA
LÉGISLATION QUÉBÉCOISE**

M^e François FRENETTE, LL. D.*

Introduction	7
1. L'influence exercée par le contenu des principaux actes réservés à la compétence du notaire	8
1.1 Le contrat de mariage.....	8
1.2 La déclaration de copropriété divisé d'un immeuble et ses modifications.....	14
1.3 La donation.....	20
1.4 L'hypothèque immobilière.....	23
2. L'influence exercée par le contenu des actes habituellement reçus en minute par le notaire	30
2.1 Certaines ventes et formes de vente.....	31
2.2 L'indivision conventionnelle.....	36
2.3 La propriété superficière.....	38
2.4 L'emphytéose et la déclaration d'emphytéose.....	40
Conclusion	43

* Professeur associé, notaire à Québec et directeur de la *Revue du Notariat*. Le texte de cette conférence reprend une partie des propos tenus par l'auteur dans (2001) 103 *R. du N.* 213.

1. La Chambre des notaires du Québec ainsi que certains membres éminents de la profession, et dont le notaire Roger Comtois est le plus parfait exemple, ont exercé une influence certaine sur le contenu de nos lois au Québec. Le poids de cette influence, qui mériterait d'être soupesé à sa juste valeur, n'est toutefois pas l'objet de notre exposé. Un autre jour, une autre année peut-être...! Le but poursuivi pour l'heure est plutôt de cerner, dans la mesure du possible, l'importance de la contribution de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution du processus législatif québécois. Cette contribution, facile à imaginer, est toutefois malaisée à bien démontrer.

2. En effet, les notaires n'ont généralement pas le sentiment qu'ils jouent, à travers leur pratique, un rôle quelconque dans l'élaboration des lois. Ils se perçoivent tout simplement comme des professionnels du droit rendant service à leur client comme officier public chargé de conférer l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent ou comme conseiller juridique. L'exercice de cette fonction de juriconsulte, à laquelle de nombreux praticiens se consacrent avec intensité, voire en exclusivité, a par ailleurs le désavantage de laisser peu de traces, de fournir peu d'indices quantifiables dans le cadre d'une enquête à mener. Force est donc, pour atteindre le résultat escompté, de nous en tenir à cette forme de pratique notariale spécifiquement axée sur l'acte authentique et qui s'est, pour le passé à tout le moins, exercée au détriment du rôle susceptible d'être joué par l'acte sous seing privé. Et un coup d'œil attentif à la façon dont les notaires ont dressé,

généralement et globalement, les actes authentiques relevant ou non de leur compétence exclusive, permet fort heureusement d'établir une adéquation entre certaines habitudes de pratique et de rédaction en la matière et les interventions successives du législateur dans le temps¹.

1. L'influence exercée par le contenu des principaux actes réservés à la compétence du notaire

L'approche privilégiée pour la démonstration du fait n'exige pas de passer en revue tous les actes réservés à la compétence exclusive du notaire au Québec. L'examen du contenu de quatre de ces actes, choisis parmi les plus importants et fréquents, suffiront.

1.1 Le contrat de mariage

3. Le formalisme auquel est astreint le contrat de mariage² avait à l'origine pour but d'empêcher les conjoints d'avoir, par l'entremise de l'acte sous seing privé susceptible d'être antidaté, un moyen facile d'éluder la loi leur interdisant de se faire aucun avantage durant le mariage³. Cette interdiction a disparu avec la réforme des régimes matrimoniaux en 1969⁴, mais la prescription relative à l'acte notarié est demeurée.

¹ Pierre CIOTOLA, « L'influence de la pratique notariale sur l'évolution des droits réels », (1989) *RDI* 6-13

² Art. 1264 C.c.B.C.; art. 440 C.c.Q.

³ C.C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. 9, Montréal, Eusèbe Senécal & Fils, 1883, p. 779 et 783.

⁴ Art. 1265 C.c.B.C., tel que modifié par L.Q. 1969, c. 77, art. 27.

4. De nos jours, au Québec, le contrat de mariage occupe une place sans cesse réduite parmi les nombreuses activités du notaire. Il faut dire, d'une part, que la clientèle pour pareil contrat s'est réduite comme peau de chagrin suite au déclin de l'autorité de l'Église, pour qui le mariage était d'abord et avant tout une institution religieuse. Entre 1971 et 1995 seulement, le nombre de mariages a diminué de plus de moitié et l'union libre a été banalisée. Il faut, d'autre part, souligner l'adoption de dispositions législatives importantes en droit des personnes et de la famille à partir de 1931⁵, dispositions qui rendent moins pressant le besoin d'un recours au contrat pour établir, par l'aménagement du régime légal ou le choix d'un autre régime, un rapport équilibré entre les conjoints. À vrai dire, la volonté de l'État s'est graduellement et pour une bonne part substituée à celle que pourrait vouloir exprimer les parties dans un contrat de mariage.

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

⁵ *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, L.Q. 1931, c. 101; *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

6. C'est en conseillant aux futurs époux de se marier sous le régime de la séparation conventionnelle de biens que le notaire a, pendant un siècle environ, permis à des générations de citoyens et de citoyennes, surtout, d'échapper en partie aux contraintes d'un régime légal (administration exclusive du mari) correspondant au contexte d'une société traditionnelle et réactionnaire. Cette pratique, considérée dans son ensemble, ne fut pas sans influence sur le remplacement du régime légal de la communauté des meubles et acquêts par celui de la société d'acquêts à compter du 1^{er} juillet 1970⁶, c'est-à-dire par un régime de type séparatiste « qui, tout à la fois, respectait l'autonomie, l'égalité et l'indépendance des deux époux et permettait à chacun de participer, lors de la dissolution du régime, aux bénéfices réalisés pendant sa durée »⁷. En la regardant de près cependant, cette pratique avait à la fois ses limites et ses faiblesses.

7. La principale entrave du notaire au moment de la rédaction du contrat de mariage en séparation de biens avait trait à l'incapacité juridique de la femme mariée. Le choix du régime ne changeait rien à cette incapacité de principe que le législateur allait lever par étapes en 1931 et en 1964⁸ seulement, mais il ouvrait largement la porte aux exceptions à la règle, aux tempéraments. Estimant sans doute que le choix même de la séparation de biens permettait déjà aux conjoints de se démarquer

⁶ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, avec mise en vigueur au 1^{er} juillet 1970.

⁷ Assemblée Nationale du Québec (4^e session, 28^e Législature), Bill 10 – L'éditeur officiel du Québec, 1969. Notes explicatives, n. 8 *in fine*.

⁸ Voir lois citées à la note 5.

suffisamment du régime légal et de ses vicissitudes sur le plan de l'incapacité de la femme mariée, la très grande majorité des notaires de l'époque n'ont pas de suite senti le besoin de suggérer et d'insérer, au contrat, des aménagements au sujet d'un mandat domestique ou de l'assentiment du mari pour la succession, la donation ou l'exécution testamentaire acceptée par son épouse ou pour la disposition qu'elle souhaiterait faire de ses immeubles, voire de ses meubles⁹. Conscients par ailleurs que la séparation conventionnelle de biens faisait automatiquement perdre à la femme le droit, inhérent au régime légal, de participer aux gains acquis pendant le mariage¹⁰, notamment par son travail au foyer, les notaires ont ajouté au contrat une série de mesures compensatoires sous forme de donations consenties par le futur époux. Le geste, bien pensé et bien intentionné, était trop timide malheureusement et, partant, le contrat manquait encore d'équité. En effet, le montant des donations entre vifs était généralement très faible et n'était jamais indexé. L'exécution de la donation était de plus reportée dans le temps, avec le décès du mari comme terme ultime. L'institution contractuelle, pour sa part, était presque toujours révocable lorsqu'elle était universelle et irrévocable seulement lorsqu'elle était à titre particulier. Ceci étant, la réforme des régimes matrimoniaux de 1969¹¹ viendra offrir une alternative aux conjoints qui, tout en rejetant et la communauté légale et la

⁹ Le consentement du mari ou du juge était requis pour l'aliénation de ses biens meubles avant 1931. Voir la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, L.Q. 1931, c. 101.

¹⁰ Par le partage des biens communs.

¹¹ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

séparation de biens traditionnelle, souhaitent établir entre eux une « véritable *association* pécuniaire »¹².

8. La loi de 1969 portant réforme des régimes matrimoniaux au Québec n'a pas immédiatement eu pour effet d'inciter les notaires à une pratique, en matière de contrat de mariage, plus adaptée aux mœurs et aux valeurs d'une société en pleine mutation. Ils ont continué, pendant un certain temps, à suggérer aux futurs époux la séparation conventionnelle de biens¹³ comprenant des donations entre vifs et à cause de mort toujours aussi imparfaites au regard des besoins fondamentaux des époux et des valeurs nouvelles en émergence sur le plan social¹⁴. Aussi, et sauf preuve du contraire, est-il difficile de soutenir que la fonction notariale, vécue au quotidien de la rédaction des contrats de mariage après l'instauration d'un nouveau régime légal, a contribué de façon très *positive* à l'avènement des interventions législatives de 1980 et de 1989 prévoyant, d'une part, un « régime primaire » d'ordre public relatif, *inter alia*, à la protection de certains biens¹⁵ et au droit à une prestation compensatoire¹⁶ et, d'autre part,

¹² Roderick A. MACDONALD, « Image du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 36 [nous soulignons].

¹³ Camille CHARRON, « La séparation de biens comme régime légal? Un essai de bilan », (1971-72) 74 *R. du N.* 307, 318.

¹⁴ Jacques AUGER, « Une formule pas comme les autres », (1973-74) 76 *R. du N.* 407. Voir aussi : René SAVATIER, « Le bon et le mauvais usage des formulaires notariaux », (1976-77) 79 *R. du N.* 57.

¹⁵ Résidence familiale et meubles garnissant la résidence principale de la famille et affectés à l'usage du ménage.

¹⁶ En raison de l'apport d'un des époux à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint.

la création d'un patrimoine familial favorisant l'égalité économique des époux¹⁷. Toutefois, la clause d'insaisissabilité, qui était de style dans toutes les donations entre vifs de « meubles meublant et autres effets de ménage » faites par le futur époux à la future épouse dans les contrats de mariage en séparation de biens rédigés par les notaires, a sans doute inspiré le législateur en ce qui a trait aux mesures portant sur la sauvegarde des meubles servant à l'usage du ménage. Par ailleurs, les « clauses de divorce », c'est-à-dire les dispositions imaginées par les notaires, à partir de l'introduction de l'article 208 C.c.B.C. en 1970, pour « régler conventionnellement le sort des donations »¹⁸ consenties entre vifs et à cause de mort advenant divorce, séparation de corps ou nullité du mariage, ont certes laissé leur marque dans le texte des articles 435-437, 531-532 et 557-558 C.c.Q., devenus 385-386, 509-510 et 519-520 C.c.Q. lors de la réforme de 1994, notamment en ce qui a trait à la nullité et la caducité des donations à cause de mort. Quant au reste, c'est-à-dire la protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire et le patrimoine familial, le législateur québécois a dû intervenir d'autorité pour instaurer des mécanismes de défense et d'égalité entre les époux¹⁹ sur l'un et l'autre de ces points.

¹⁷ Patrimoine composé des biens constituant habituellement le principal avoir des conjoints : résidences, meubles meublants, véhicules automobiles et droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite.

¹⁸ Jacques AUGER, « “La clause de divorce” dans les donations par contrat de mariage », (1976-77) 79 *R. du N.* 80, 81.

¹⁹ Sur l'évolution du droit afférent aux régimes matrimoniaux, lire : Roger COMTOIS, « Le rôle du praticien dans l'évolution des règles de droit », (1974-75) 77 *R. du N.* 151.

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

9. C'est en 1969 que le législateur, soucieux d'offrir à la population québécoise un cadre légal pour un mode d'accession à la propriété gagnant sans cesse en popularité sur le continent nord-américain, a introduit au *Code civil du Bas-Canada* les articles 441b à 442p consacrés à la copropriété des immeubles²⁰. Cette forme de copropriété ne pouvait, comme le titre coiffant lesdits articles l'indiquait²¹, être établie que par la publication d'une déclaration notariée portant minute²². La courte liste des actes authentiques réservés à la stricte compétence des notaires était ainsi, et pour la première fois, allongée depuis la mise en vigueur du Code civil en 1866.

10. L'adoption de l'article prescrivant la forme authentique en minute pour la déclaration de copropriété a été précédée d'un long et âpre débat en commission parlementaire²³. Cette forme était prévue dans la version originale du projet de loi, mais un amendement fut proposé pour à la fois écarter la nécessité d'un acte authentique et permettre, de ce fait, aux avocats de rédiger une déclaration de copropriété. Les membres de la commission parlementaire qui étaient notaires et avocats de leur état ainsi que les représentants de la Chambre des notaires du Québec et du Barreau du Québec se sont alors respectivement livrés à un

²⁰ *Loi concernant la copropriété des immeubles*, L.Q. 1969, c. 76, entrée en vigueur le 28 novembre 1969.

²¹ « De la copropriété des immeubles établie par déclaration ».

²² Art. 441m C.c.B.C.

²³ Journal des débats de l'Assemblée nationale, fascicule 1 (8 et 15 janvier 1969), fascicule 2 (3 juin 1969), fascicule 3 (14 août 1969), fascicule 4 (18 septembre 1969) et fascicule 5 (1^{er} octobre).

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

11. La législation sur la copropriété des immeubles est demeurée inchangée pendant plus de vingt ans, soit jusqu'à la révision du Code civil en 1994, à l'exception d'un amendement en 1988²⁴ qui n'avait pas trait à la prescription relative à l'acte notarié portant minute pour la déclaration visant à établir une copropriété. Cette exigence fut d'ailleurs retenue au moment de la révision du Code²⁵, et ce, sans qu'il y ait la moindre remise en cause du bien-fondé de la compétence exclusive des notaires en la matière. Un certain nombre de modifications furent cependant apportées au droit de la copropriété des immeubles en 1994. Ces modifications constituent l'évaluation du législateur sur le développement du marché et de la pratique dans le domaine de la copropriété au cours des années 1970 et 1980. Avant de nous y intéresser, il convient cependant de considérer une autre réaction du législateur qui est en lien direct avec la question à l'étude.

12. Quelques années seulement après l'introduction au Code des dispositions gouvernant la copropriété des immeubles, soit en 1973, le gouvernement québécois étendait à l'échelle de la province le contrôle des loyers exercé jusqu'alors sur certains immeubles seulement. Cherchant à se soustraire à ce contrôle, les propriétaires d'édifices à logements de toutes tailles entreprirent de les convertir en copropriété. La chose n'avait rien d'illégal en soi et le notaire prêta volontiers son concours à la poursuite d'intérêts qui devait conduire à l'éviction de nombreux

²⁴ *Infra*, n° 45.

²⁵ Art. 1059 C.c.Q. Il est à noter que l'article 441m C.c.B.C. imposait la forme notariée en minute pour la déclaration de copropriété ainsi que pour **toutes** modifications à celle-ci, y compris donc au règlement de la copropriété. L'article 1059, al. 1 C.c.Q. **n'exige plus** cette forme pour les modifications au règlement.

locataires incapables ou non désireux de se porter acquéreur de leur logement. Comme le mouvement prenait de l'ampleur, notamment dans la région de Montréal, la conversion d'immeubles à logements en copropriété fut assujettie à l'autorisation préalable d'une autorité administrative en 1974, pour être ensuite, en décembre 1975, carrément interdite du fait de l'imposition d'un moratoire d'un an, reconduit d'année en année jusqu'en 1988. La protection des locataires occupants était ainsi assurée²⁶. Il serait faux de prétendre que les notaires ne s'en soient pas également souciée, mais leurs clients ont de toute évidence requis et obtenu la rédaction des déclarations de copropriété et leur publication.

13. Revenons maintenant aux modifications apportées aux droits de la copropriété des immeubles par la recodification de 1994²⁷. Plusieurs d'entre elles officialisent ou condamnent des habitudes de pratique assez bien établies. Notons dès l'abord l'article 1052 C.c.Q. précisant que la déclaration de copropriété « comprend l'acte constitutif de copropriété, le règlement de l'immeuble et l'état descriptif des fractions ». Cette disposition doit, à notre avis, être interprétée comme une reconnaissance officielle quant à la manière de procéder

²⁶ Pour les détails afférents à cette période, voir : Louise THIBAUT-ROBERT, « Les contraintes imposées par le législateur à la libre utilisation et disposition d'un immeuble en location : le rôle de la Régie du logement », [1980] 2 *C.P. du N.* 293; Nicole ARCHAMBAULT et Jean-Yves CRÊTE, « Conversion d'un immeuble locatif en copropriété divise : droits et obligations des propriétaires et des locataires », (1988) 4 *C.P. du N.* 277; Serge ALLARD, *Copropriété divise*, coll. « L'essentiel immobilier », Montréal, Association de l'immeuble du Québec, 1988, p. 33-41.

²⁷ Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon le Code civil du Québec », (1993-94) 96 *R. du N.* 323, 337.

des notaires depuis 1970. En effet, les notaires du Québec avaient dû, dès l'introduction au Code des dispositions sur la copropriété des immeubles, construire de toutes pièces un schéma de déclaration conforme aux prescriptions de la loi en la matière. Ce schéma d'acte, couramment utilisé par la suite, comprenait à tout le moins les trois grandes divisions ou parties mentionnées par l'article 1052 C.c.Q., et ce, nonobstant l'absence de titres spécifiques à cet effet. Le législateur a donc retenu l'essentiel de ce que les notaires avaient conçu et il l'a formulé de manière à faciliter les distinctions et précisions applicables selon le cas²⁸. Une observation semblable doit être faite au sujet des articles 1071 et 1072 C.c.Q. traitant du fonds de prévoyance. Le *Code civil du Bas-Canada*, tel qu'amendé par la *Loi concernant la copropriété des immeubles*²⁹, était muet sur l'existence d'un tel fonds. Les notaires avaient toutefois déjà compris son utilité, voire sa nécessité, et avaient pris l'habitude de prévoir son établissement dans quasiment toutes les déclarations de copropriété qu'ils rédigeaient³⁰. Le poids d'une telle pratique ne peut être qu'à l'origine des articles 1071 et 1072 C.c.Q.

14. Reprenant à son compte bon nombre des recommandations formulées par un groupe d'experts dès 1982³¹, le législateur québécois a par ailleurs profité de

²⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 610-611.

²⁹ Précitée, note 20.

³⁰ R. COMTOIS, *loc. cit.*, note 27, 345.

³¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport du Groupe de travail sur la copropriété*, Québec, 1982.

l'occasion de la réforme du Code pour introduire un train de mesures qui mettent les copropriétaires à l'abri d'un contrôle de la copropriété par le promoteur. L'influence de ce dernier est en effet limité du fait de l'obligation d'indiquer à la déclaration « la méthode suivie »³² pour établir la valeur relative des fractions et par celle de prévoir une contribution aux charges communes en fonction uniquement de cette valeur relative³³. L'influence du promoteur est également atténuée par la réduction progressive et automatique du nombre de voix dont il peut disposer en assemblée³⁴ ainsi que par la durée prescrite du temps où il peut conserver l'administration de la copropriété³⁵. Enfin, la nouvelle administration le remplaçant peut mettre fin sans pénalité aux contrats d'entretien et de services de toutes sortes par lui accordés pour plus de 12 mois³⁶. Toutes ces nouvelles dispositions du Code civil peuvent bien avoir le promoteur comme cible apparente, nous avons le sentiment que le notaire est également visé par l'intervention législative. C'est par l'entremise du notaire et grâce à son expertise en la matière en effet que le promoteur arrivait à asseoir son autorité dans la déclaration et, partant, dans la vie de la copropriété. Si, et comme cela a sans doute dû se produire, le notaire a cherché à faire valoir et protéger les intérêts des copropriétaires éventuels face au promoteur, le législateur a estimé, au vu du contenu de trop nombreuses déclarations, qu'il ne pouvait compter uniquement sur lui pour faire

³² Art. 1053, al. 2 C.c.Q.

³³ Art. 1064 C.c.Q.

³⁴ Art. 1091-1092 C.c.Q.

³⁵ Art. 1104 C.c.Q.

³⁶ Art. 1107 C.c.Q.

prévaloir une situation d'équilibre entre eux au moment de la rédaction d'un acte ayant, en l'espèce, le promoteur comme seul comparant.

1.3 La donation

15. L'article 1824 C.c.Q. requérant, sous peine de nullité, l'acte notarié en minute pour toute donation de biens meubles ou immeubles, sauf le don manuel, reproduit la règle de l'article 776 C.c.B.C. introduite en 1866. Les codificateurs de l'époque n'ont alors pas précisé les raisons fondant la prescription. La littérature juridique qu'ils ont consultée et qui a servi de base à leur proposition en la matière, illustre assez bien toutefois les origines et les raisons d'être du formalisme prescrit.

16. L'article I de l'ordonnance de 1731 du chancelier Henri François d'Aguesseau a mis fin à une polémique entre juriconsultes sur la validité de la donation entre vifs sous seing privé en stipulant que « tous actes portant donation entre vifs seront passés pardevant notaire, et il en restera minute, à peine de nullité »³⁷. Le but poursuivi était alors de prévenir les fraudes en empêchant le donateur de faire des donations qu'il serait maître d'anéantir, de révoquer en retenant ou détruisant l'acte sous seing privé ou en brevet les constatant. La minute vient assurer l'irrévocabilité de l'acte ainsi que sa date, tout en augmentant les chances de sa conservation³⁸.

³⁷ C.C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Eusèbe Senécal, 1881, p. 389, voir aussi p. 390 et 400.

³⁸ *Id.*; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, C. Théoret, t. 4, 1899, p. 60-61.

17. Il faut ici se rappeler que la donation a, pendant très longtemps, suscité la méfiance parce qu'il s'agissait d'un acte tendant non pas à une simple modification de la composition du patrimoine du donateur comme le ferait un acte à titre onéreux, mais bien à une diminution de l'importance de ce patrimoine. Susceptible d'être préjudiciable au donateur lui-même, qui aurait agi avec désinvolture ou qui se serait exposé à des manœuvres de captation, la donation privait aussi ses parents et ses créanciers de biens qu'ils escomptaient, les premiers, recevoir par succession *ab intestat* et, les seconds, saisir-exécuter advenant le défaut de leur débiteur. Il était donc capital, pour assurer la protection de tous les intéressés, que la donation soit un acte encadré aux plans de la forme et du fond³⁹. Outre les avantages liés à l'acte notarié en minute déjà mentionnés à l'alinéa précédent, le formalisme propre à ce type d'acte fournit aux parties un précieux temps d'arrêt pour prendre la mesure de ce qu'ils font.

18. Ceci étant, les notaires du Québec ont-ils, par l'entremise de la rédaction des actes de donation qu'ils ont reçus, exercé une quelconque influence sur les changements législatifs qui sont intervenus en la matière depuis la codification de 1866? En réponse à la question, précisons, dans un premier temps, qu'il y a eu peu de modifications apportées aux articles 754 à 830 C.c.B.C. entre 1866 et 1994. Qui plus est, toutes ces modifications portaient, à une ou deux exceptions près, sur la capacité de donner et de recevoir et témoignaient principalement de l'évolution des mœurs dans notre société. Les actes dressés par notaires n'ont donc pu avoir et n'ont effectivement pas

³⁹ Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 6-13 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 1131-1132.

eu d'impact sur ces changements de texte au Code civil. La recodification de 1994 laisse entrevoir une autre réalité.

19. Lors de la révision du Code, le législateur québécois a choisi de simplifier l'ensemble du droit des libéralités en assouplissant les conditions plutôt strictes auxquelles il était assujéti⁴⁰. Le but poursuivi a d'abord été atteint en considérant la donation comme un contrat ordinaire, dorénavant gouverné par les règles générales applicables à tout contrat. Il a également été atteint par des changements de texte prenant acte des « réalités modernes »⁴¹ et des acquis du droit positif. Quatre de ces changements portent, selon nous, la trace indélébile d'habitudes de pratique bien établies en matière de rédaction. Il s'agit de la disposition concernant la validité de la donation à terme ainsi que celle dont l'exigibilité est retardée au décès du donateur⁴². Ces deux formes de donation entre vifs étaient fréquemment prévues en contrat de mariage. Le notaire y avait aussi recours en matière de planification successorale. Il s'agit également de l'article 1811 C.c.Q., de droit nouveau, confirmant la validité des donations indirectes et déguisées lorsqu'elles respectent les règles de fond propres aux donations et les règles de forme « correspondant à l'acte dont elles revêtent les traits »⁴³. Répondant à la demande de clients désireux, pour des motifs parfaitement légitimes, de ne pas faire étalage des

⁴⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *id.*

⁴¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1156.

⁴² Art. 1807, al. 2 C.c.Q.

⁴³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 1136.

largesses consenties, le notaire a maintes et maintes fois fait appel à ces techniques de simulation simples et efficaces. Il faut surtout mentionner l'article 1841 C.c.Q. qui, contrairement au *Code civil du Bas-Canada*, établit la révocabilité de principe pour la donation à cause de mort prévue au contrat de mariage. Ce renversement de règle est une tentative avouée du législateur d'adapter ce type de donation « aux réalités sociales contemporaines »⁴⁴, adaptation que les notaires avaient réussie il y a des décennies déjà en prévoyant de façon très généralisée la révocation en l'espèce, par tout mode de disposition autorisée en loi. Enfin, signalons l'article 2649 C.c.Q. qui, tout en étant situé au livre « Des priorités et des hypothèques », a trait aux donations. La stipulation d'insaisissabilité, qui était monnaie courante dans les actes rédigés par les notaires, doit être désormais « temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime »⁴⁵. L'insaisissabilité étant un avantage appréciable, le législateur ne veut justement pas qu'elle résulte d'une clause de style, ce qu'elle était peut-être devenue chez trop de praticiens.

1.4 L'hypothèque immobilière

20. L'honorable Sir François Langelier⁴⁶ doutait de l'opportunité de la règle du Code civil de 1866 prescrivant la forme authentique pour l'acte d'hypothèque⁴⁷, forme authentique devant porter minute à compter d'un

⁴⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 1132.

⁴⁵ Art. 2649 C.c.Q.

⁴⁶ François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Wilson & Lafleur, 1911, p. 277.

⁴⁷ Art. 2040 C.c.B.C.

amendement en date de 1938⁴⁸. P. B. Mignault estimait pour sa part que « [l]a rigueur de la loi s'explique par le désir de se conformer à la tradition plutôt que par des raisons d'un grand poids »⁴⁹. En réalité, le poids de la tradition y est pour beaucoup. La forme prescrite avait à l'origine pour but d'éviter les fraudes dans la date de l'acte constitutif de l'hypothèque, date qui déterminerait le rang hypothécaire. Cet argument ne tenait déjà toutefois plus lors de la promulgation du *Code civil du Bas-Canada*, puisque les articles 2047 et 2130 C.c.B.C. attribuaient à l'enregistrement, c'est-à-dire à la publicité, le rôle de fixer le rang d'une hypothèque. Il en est de même sous le *Code civil du Québec* en vertu des articles 2941 et 2945 C.c.Q. Et pourtant, l'article 2693 C.c.Q. maintient l'exigence de l'acte notarié en minute pour l'hypothèque immobilière. La tradition, il faut croire, a ses mérites.

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

22. Suite et préférence sont les principaux avantages des créanciers hypothécaires contraints à l'exécution forcée pour toucher leur dû⁵⁰. Vint un temps cependant, au cours des décennies qui suivirent la Grande Guerre, où ces avantages ne suffirent plus aux créanciers prêteurs d'argent.

⁴⁸ *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1938, c. 98, art. 2.

⁴⁹ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, C. Théoret, t. 9, 1916, p. 120.

⁵⁰ Art. 2016 C.c.B.C.; art 2660 C.c.Q.

À la demande de ces derniers, les notaires, s'inspirant, d'une part, de pratiques connues dans les provinces de common law et exploitant, d'autre part, les possibilités offertes par les articles 1085 et 1592 C.c.B.C., introduisirent à l'acte d'obligation hypothécaire la clause par après dénommée « dation en paiement ». Cette clause, qui fut standardisée, offrait aux créanciers, advenant le défaut du débiteur, de devenir le propriétaire incommutable de l'immeuble donné en garantie rétroactivement à la date de publication de l'acte d'obligation hypothécaire. Les créanciers pouvaient s'en prévaloir sans préavis, sans égard à l'importance des sommes déjà versées à titre de remboursement en capital et intérêts par le débiteur et sans obligation aucune de restituer pareille somme à ce dernier. Il était difficile d'imaginer situation plus enviable pour les créanciers⁵¹. À cette époque, ceux-ci ne laissaient jamais le choix du notaire au débiteur et on peut douter que les consommateurs de crédit, notamment, les plus petits et, partant, les plus vulnérables, aient été traités avec toute l'impartialité requise en la circonstance.

23. Ce qui était à craindre et était prévisible avec la clause de dation en paiement, finit par se produire : il y eut de nombreux abus de la part des créanciers; suffisamment pour inciter le législateur non pas à l'interdire, mais plutôt à en tempérer la procédure de mise en œuvre. Jugeant la clause léonine, le législateur, à l'instar de ce qu'il avait déjà fait pour la vente d'immeuble avec stipulation expresse de résolution et pour la vente à réméré en 1938⁵², amenda le

⁵¹ Paul-Yvan MARQUIS, « Les effets des privilèges de l'article 2013 C.c. », [1975] 1 *C.P. du N.* 131, 144-151.

⁵² *Infra*, n° 33-34.

Code civil par une loi du 19 mars 1964⁵³ en ajoutant une section au chapitre des contrats, section intitulée « De l'équité dans certains contrats », comprenant les articles 1040a à 1040e C.c.B.C. Dès lors, les créanciers bénéficiant d'une clause de dation en paiement stipulée à l'acte d'obligation hypothécaire ne pouvaient s'en prévaloir sans donner, publier et signifier un avis de 60 jours précisant le défaut donnant ouverture à l'exercice de leur droit de devenir propriétaires irrévocables de l'immeuble grevé ou d'en disposer⁵⁴. Pendant ce délai, et même par la suite, tant que les choses n'avaient pas pris un cours définitif, le débiteur ou toute personne intéressée pouvait, en payant les frais, remédier au défaut signalé et à tout autre subséquent⁵⁵. L'amendement au Code accorda même au tribunal la faculté de réduire ou d'annuler les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent si, suivant sa discrétion et « eu égard au risque et à toutes les circonstances, [...] elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante »⁵⁶. L'intervention législative a ainsi forcé les notaires à modifier la formulation de la clause de dation en paiement, tout en leur fournissant l'opportunité de signaler au débiteur hypothécaire comment telle formulation assurait un équilibre des prestations entre les parties dans le cadre de la disposition.

⁵³ *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67. Voir, par ailleurs : Albert MAYRAND, « De l'équité dans certains contrats » dans Germain BRIÈRE, Roger COMTOIS, Guy DESAULNIERS et Albert MAYRAND (dir.), *Lois nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965 p. 51.

⁵⁴ Art. 1040a C.c.B.C.

⁵⁵ Art. 1040b C.c.B.C.

⁵⁶ Art. 1040c C.c.B.C.

24. L'amendement au Code civil en 1964 ne fut pas la seule occasion donnée au législateur québécois d'exprimer son intérêt pour la clause de dation en paiement et ses effets. Lors de la réforme générale du droit des sûretés en 1994, réforme marquée au coin de la simplification et de l'uniformisation desdites sûretés quant à leur nombre, leur objet, leur mode d'établissement et leur réalisation⁵⁷, le législateur a en effet choisi, considérant la fréquence et la constance de son utilisation, d'élever la clause de dation en paiement au rang des recours légaux mis à la disposition de tout créancier hypothécaire⁵⁸, recours limités au nombre de quatre dans le nouveau Code⁵⁹. La disposition contractuelle originellement conçue par le notaire a ainsi été transformée en prise en paiement assujettie à des conditions d'exercice semblables à celles prescrites par les anciens articles 1040a et 1040b C.c.B.C. (signification et publication d'un préavis de 60 jours, précision de la nature et de l'importance du défaut, désignation de l'immeuble visé). La prise en paiement ne peut d'ailleurs être recherchée par le créancier sans autorisation du tribunal « lorsque le débiteur a déjà acquitté, au moment de l'inscription du préavis du créancier, la moitié, ou plus, de l'obligation garantie par hypothèque »⁶⁰. Qui plus est, le débiteur ou les créanciers

⁵⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 1653.

⁵⁸ Art. 2660 et 2748, al. 2 C.c.Q. Il faut signaler que le nouveau Code interdit, à l'article 1801 C.c.Q., toute clause de dation en paiement à l'ancienne, c'est-à-dire celle où le créancier se réserverait, à titre de garantie, le droit de devenir propriétaire irrévocable des biens de son débiteur ou le droit d'en disposer.

⁵⁹ Les **autres** recours hypothécaires sont la prise en possession aux fins d'administration, la vente par le créancier et la vente sous contrôle de justice.

⁶⁰ Art. 2778 C.c.Q.

hypothécaires subséquents peuvent, dans le respect de certaines conditions et délais, exiger que le créancier poursuivant « abandonne la prise en paiement et procède lui-même à la vente du bien ou le fasse vendre sous contrôle de justice »⁶¹, c'est-à-dire opte pour un autre recours autorisé en vertu de la liste fermée prévue aux articles 2660 et 2748, al. 2 C.c.Q. En conclusion, l'élaboration et l'évolution de la clause de dation en paiement dans les actes portant hypothèque immobilière illustrent on ne peut mieux la fonction créatrice de droit du notaire au Québec.

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

26. La clause d'assurance⁶² imposait d'abord au débiteur l'obligation d'assurer et de maintenir assuré l'immeuble hypothéqué pour un montant à tout le moins égal à celui de la dette. Elle contraignait également le débiteur à céder en garantie l'indemnité de l'assurance au créancier qui, advenant un sinistre, avait la faculté de l'imputer au remboursement de la dette ou à la reconstruction ou réfection de l'immeuble. La clause

⁶¹ Art. 2779, al. 1 C.c.Q.

⁶² Sur le sujet, voir : Louise THISDALE, « Quelques innovations législatives en assurance de dommages », [1978] 1 *C.P. du N.* 1.

d'assurance était à ce point devenue partie intégrante des actes d'obligation hypothécaire dressés par notaire, que le législateur introduisit au Code civil en 1974, lors d'une réforme du droit des assurances⁶³, l'article 2586 C.c.B.C. aux termes duquel les indemnités d'assurance exigibles étaient « attribuées aux créanciers ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation expresse, moyennant simple dénonciation et justification de leur part ». L'article 2568, adopté à la même occasion, venait par ailleurs protéger le créancier bénéficiant d'un transport en garantie de l'indemnité qui avait été signifié à l'assureur. Ce dernier ne pouvait résilier ou modifier le contrat d'assurance au détriment du créancier sans avis préalable d'au moins 15 jours⁶⁴. La recodification de 1994 a retenu, à l'article 2497 C.c.Q., le principe de l'attribution légale de l'indemnité d'assurance aux créanciers prioritaires et hypothécaires. La protection particulière accordée aux créanciers bénéficiant d'un transport en garantie d'indemnité d'assurance est également reprise au Code civil en 1994. L'article 2478 C.c.Q. est toutefois libellé en des termes démontrant que tel transport est devenu une hypothèque et, plus précisément, une hypothèque mobilière sur créance individualisée. Il appert ainsi que le transport en garantie de l'indemnité de l'assurance dans la clause d'assurance a indubitablement servi, avec d'autres facteurs, nous en convenons, à ouvrir la voie à la reconnaissance de l'hypothèque mobilière sur toute espèce de biens meubles au *Code civil du Québec*.

⁶³ *Loi sur les assurances*, L. Q. 1974, c. 70, entrée en vigueur le 20 octobre 1976.

⁶⁴ Le transport en garantie du droit à l'indemnité d'assurance en vertu de l'article 2568 C.c.B.C. venait bonifier la position du créancier suivant l'article 2586 C.c.B.C. Voir: L. THISDALE, *loc. cit.*, note 62, 34-35.

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

28. Bien d'autres dispositions de l'acte portant hypothèque d'immeuble sont du cru du notaire. Mentionnons, à titre d'exemple, les stipulations de solidarité entre débiteurs, d'indivisibilité de la dette, de déchéance du terme pour causes diverses non prévues au Code et, enfin, de paiements d'une indemnité forfaitaire pour remboursement anticipé de la dette garantie. Toutes ces stipulations, encore une fois favorables au créancier, sont conformes au droit général sur les obligations. Elles font évidemment la loi des parties au contrat (*pacta sunt servanda*), mais ne paraissent pas avoir eu de répercussions sur le plan législatif, si ce n'est celle de la multiplication conventionnelle des cas de perte du bénéfice du terme spécifiquement envisagée par le deuxième alinéa de l'article 1514 C.c.Q., qui est de droit nouveau⁶⁵.

⁶⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 931.

2. L'influence exercée par le contenu des actes habituellement reçus en minute par le notaire

29. Il est relativement facile, dans la mesure où le notaire est le seul habilité à recevoir certains actes, d'établir une relation de cause à effet entre la teneur des actes rédigés et une intervention législative venant confirmer, infirmer ou réglementer l'effet recherché par les dispositions prévues à ces actes. Même dans ce cas cependant, il n'est pas dit que le législateur réagit uniquement aux manières de faire du notaire. D'autres personnes, d'autres circonstances, d'autres événements ont également pu jouer un rôle déterminant, ainsi que nous l'avons vu lors de notre étude sur le contrat de mariage, de la déclaration de copropriété et de l'hypothèque. Cette éventualité est plus grande dans le domaine des actes que nous nous apprêtons à considérer en raison même du simple fait que le notaire n'est pas le seul rédacteur possible. Tout en cherchant à rendre à César ce qui est à César, il sera donc plus difficile de cerner l'importance ou l'exclusivité de sa contribution à l'évolution de la règle de droit au Québec en qualité de rédacteur d'actes. Pour y arriver, nous nous en tiendrons, cette fois encore, à quatre exemples d'actes couramment reçus en minute par le praticien.

2.1 Certaines ventes et formes de vente

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

31. À compter de la mise en vigueur du *Code civil du Bas-Canada* en 1866, la vente à crédit d'un immeuble pouvait, par voie de stipulations spéciales à cet effet, être assujettie à une condition résolutoire pour défaut de paiement de prix. La stipulation avait une durée de vie de dix ans⁶⁶. Prévus à titre de garantie au contrat de vente en sus de l'hypothèque, la clause conférait au vendeur, pendant cette période de dix ans, les avantages de la rétroactivité suite à l'exercice d'un recours ne nécessitant aucun préavis. La vente à réméré, également envisagée au Code en 1866, n'était qu'une forme particulière de vente sous condition résolutoire stipulée pour un terme ne pouvant excéder dix ans⁶⁷. Servant carrément à déguiser un prêt, elle accordait à l'acheteur les mêmes avantages qu'au vendeur dans la vente d'immeuble avec solde de prix de vente garanti par clause résolutoire.

32. Le vendeur à crédit avec clause résolutoire et l'acheteur à réméré s'étant trop souvent montrés âpres au gain, le législateur les astreignit, à compter de 1938⁶⁸, aux prescriptions des articles 1550a à 1550c C.c.B.C. permettant à l'acheteur d'immeuble et au vendeur à réméré de bénéficier d'un avis et délai de 60 jours pour satisfaire à leurs obligations. Ces amendements au Code ainsi que la popularité montante de la clause de dation en paiement devaient sonner le glas de la vente à réméré comme forme de prêt occulte. Ils ont aussi servi de modèles et d'inspiration, comme nous l'avons signalé, à l'introduction, en 1964, des articles 1040a à 1040e C.c.B.C. portant sur

⁶⁶ Art. 1536-1537 C.c.B.C.

⁶⁷ Art. 1546, 1548 C.c.B.C.

⁶⁸ L.Q. 1938, c. 99.

l'équité dans certains contrats⁶⁹, à savoir, plus précisément, tous ceux consentis pour la garantie d'une obligation avec faculté pour le créancier de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble ou d'en disposer. Depuis la réforme du Code en 1994, la faculté de réméré et la vente d'immeuble sous condition résolutoire ne peuvent être stipulées pour plus de cinq ans⁷⁰. Dans l'un et l'autre cas, le créancier doit également, lors de l'exercice de ses droits, suivre « les règles relatives à la prise en paiement énoncées au livre Des priorités et des hypothèques », mesures préalables des articles 2757 à 2772 C.c.Q. y compris⁷¹.

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

34. Le droit de la vente comprend, ce qui est nouveau depuis 1994, des dispositions particulières afférentes aux ventes d'immeubles à usage d'habitation, bâtis ou à bâtir, entre le constructeur de l'immeuble ou un promoteur et une

⁶⁹ *Supra*, n° 24.

⁷⁰ Art. 1742, 1753 C.c.Q.

⁷¹ Art. 1743, 1756 C.c.Q.

personne physique qui acquiert pour occupation personnelle. Il s'agit des articles 1785 à 1794 C.c.Q., qui s'appliquent notamment à la vente de fractions de copropriété divise. Toutes les ventes du genre doivent être obligatoirement précédées d'un contrat préliminaire sous forme de promesse d'achat⁷². Cette promesse d'achat, avec faculté de dédit de 10 jours en faveur du promettant acquéreur, doit de plus contenir toutes les informations utiles aux fins de prise de décision éclairée par ce dernier⁷³. La quantité de pareilles informations croît de façon considérable si la vente projetée porte, soit sur une fraction de copropriété divise située dans un immeuble comportant ou faisant partie d'un ensemble d'au moins 10 unités de logement, soit sur une fraction de copropriété devant faire l'objet d'un droit de jouissance périodique et successif par plusieurs personnes⁷⁴. Une note doit alors accompagner le contrat préliminaire, note éclairant le promettant acquéreur sur tous les points et sur toutes les questions qui jouent habituellement un rôle déterminant dans sa décision d'acheter en copropriété⁷⁵. Une copie ou un résumé de la déclaration de copropriété doit de plus être annexé à la note d'information, et ce, même si la version produite n'est pas définitive⁷⁶. Enfin, le respect de ces nouvelles dispositions de la loi en la matière est garanti par des recours en

⁷² Art. 1785 C.c.Q.

⁷³ Art. 1786 C.c.Q.

⁷⁴ Art. 1787 C.c.Q.

⁷⁵ Art. 1788-1791 C.c.Q.

⁷⁶ Art. 1788, al. 2 C.c.Q.

annulation et en résiliation en faveur du promettant acheteur⁷⁷.

35. Les articles 1785 à 1794 C.c.Q. n'ont qu'un but : protéger l'acheteur face au constructeur ou promoteur, protéger l'acheteur⁷⁸ qui, contrairement au constructeur et au promoteur, n'est pas familier avec toutes les étapes allant de la conception à la réalisation définitive d'un projet de copropriété divise et ignore, dès lors, les difficultés, voire les dangers associés à chacune d'elles. Cette protection n'est pas sans lien avec les mesures édictées pour réduire les risques de contrôle de la copropriété par le promoteur, mesures qui ont déjà été examinées en première partie de notre exposé⁷⁹. Elle appelle de ce fait un commentaire qui n'est pas étranger aux propos que nous avons alors tenus. Comme le notaire chargé de la déclaration de copropriété a généralement la responsabilité de toute la documentation juridique relative à la copropriété, y compris son financement, et qu'il a, pendant toute la durée du projet le constructeur ou promoteur comme principal interlocuteur, le législateur a apparemment jugé qu'il n'était pas suffisamment proactif au chapitre de la prévention. Ou peut-être le législateur a-t-il simplement voulu, considérant la position privilégiée du notaire dans tout le processus de réalisation d'une copropriété divise, se l'associer dans la mise en œuvre des mesures protectrices nouvellement introduites! N'est-ce pas le notaire, en effet, qui rédigera la promesse d'achat, la note et l'annexe à la note qui

⁷⁷ Art. 1792-1793 C.c.Q.

⁷⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 28, p. 1118-1120.

⁷⁹ *Supra*, n° 15.

procureront, au promettant acheteur, l'information à partir de laquelle il pourra se gouverner avec plus de sûreté!

2.2 L'indivision conventionnelle

36. Victime d'un préjugé défavorable de la part du législateur en 1866 et, « dès lors, réglementé uniquement sous l'angle d'une disparition escomptée, voire souhaitée »⁸⁰, la copropriété ordinaire ou, suivant sa nouvelle appellation, la copropriété par indivision reçoit un traitement à la fois plus équitable et plus complet dans le *Code civil du Québec* en 1994. Cette modalité de la propriété a obtenu *plein* droit de cité au Code notamment parce que la fréquence de son emploi avait démontré son utilité en matière de détention et de jouissance des biens. Parmi les cas d'application les plus courants, il en est deux qui ont contribué assez fortement à l'émergence de la nouvelle législation. Il s'agit, d'une part, de la résidence de famille appartenant aux conjoints et, d'autre part, de l'immeuble à logements appartenant aux propriétaires occupants. Dans ces cas, l'indivision était un état volontairement recherché par les parties concernées, un état qu'il importait cependant d'organiser. Ce travail fut l'œuvre du notaire. Il l'accomplit par la voie d'une convention : la « convention d'indivision ». Les articles 1013 et 1014 C.c.Q. consacrent aujourd'hui la pertinence d'une telle convention portant sur un immeuble et la rendent désormais opposable aux tiers pour ce qui y est contenu au moment de sa publication.

⁸⁰ François FRENETTE, « La copropriété par indivision : souplesse et déficience de la réglementation d'un état désormais durable », (1998) 77 *R. du B. can.* 428.

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

38. L'indivision portant sur un immeuble à logements occupé par ses propriétaires a connu un développement significatif à compter de 1975, année de l'imposition par le gouvernement du moratoire sur la conversion en copropriété divise des immeubles bâtis et occupés⁸¹. Elle est alors apparue comme un mode d'accession à la propriété plus simple et plus économique que la copropriété divise dans le cas des petits immeubles déjà construits ou à construire. Il s'agissait toutefois d'une formule viable dans la mesure seulement où l'indivision était réglementée. Aussi, le fut-elle par l'entremise des conventions d'indivision préparées presque exclusivement par les notaires. Ces conventions prenaient appui sur leur connaissance générale en droit dans le domaine de l'indivision et étaient construites, *mutatis mutandis*, suivant les grandes lignes tracées dans les déclarations de copropriété divise qu'ils avaient l'habitude de rédiger. Le législateur a retenu l'essentiel de leur approche non seulement pour ce qui est de la teneur normale d'une convention d'indivision⁸², mais aussi pour ce

⁸¹ *Supra*, n° 12.

⁸² Art. 1013-1014 C.c.Q.

qui a trait au détail de la réglementation de l'état d'indivision⁸³. La règle de l'unanimité, stipulée d'emblée par les notaires pour toute décision afférente au bien tenu en indivision, a cependant été écartée pour les questions d'administration courante⁸⁴. La technique de l'usage et de la jouissance exclusive⁸⁵ a par ailleurs été retenue au détriment de celle de la superposition inutile d'un droit réel d'habitation pour assurer à un copropriétaire l'occupation d'un logement⁸⁶.

2.3 La propriété superficière

39. « L'avènement de la propriété superficière en droit moderne québécois est, comme en France, principalement l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 ignore, de nom à tout le moins, la superficie. Il contient bien à l'article 415 C.c.B.C. [...] des mots propices à la reconnaissance de l'institution, mais les codificateurs de l'époque se sont montrés plutôt avares de commentaires sur le point. [...] Aussi fallut-il attendre les décisions de nos tribunaux pour qu'émerge clairement l'idée d'une propriété des plantations et constructions distinctes de celle du sol sur lequel ces immeubles reposent. Cette propriété *superficière* fut reconnue cas par cas, les juges prenant plus souvent qu'autrement appui sur le renversement des présomptions autorisé par l'article 415 C.c.B.C. L'effort de la

⁸³ Art. 1015-1029 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 1026, al. 1 C.c.Q.

⁸⁵ Art. 1016, al. 2 C.c.Q.

⁸⁶ Étant propriétaire, il n'avait pas à obtenir un droit réel d'habitation sur son propre bien. Voir pourtant la pratique recommandée par Gérard DUCHARME, « Copropriété et indivision », [1979] 1 *C.P. du N.* 29.

magistrature fut complété par le travail structurant des auteurs et dont l'expression la plus achevée est l'œuvre de feu Jean-Guy Cardinal ayant pour titre *Le droit de superficie*⁸⁷. Il ne restait plus qu'au processus de réforme du Code de prendre acte de la situation et d'accorder officiellement droit de cité à la propriété superficière, ce qui advint finalement par l'insertion des articles 1009, 1011 et 1110 à 1118 au nouveau Code civil en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994. »⁸⁸

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

⁸⁷ Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1957.

⁸⁸ François FRENETTE, *La propriété superficière*, dans *Chambre des Notaires du Québec, R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 5, Montréal, 1997, n° 6, p. 7.

partie contractante. De plus, rien ne permet de déceler une constance suffisante dans le choix des mots et de formules de rédaction pour avoir eu un impact sur le plan législatif en ce domaine.

2.4 L'emphytéose et la déclaration d'emphytéose

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

42. L'arrêt *Weissbourd*, rendu par la Cour d'appel du Québec en février 1984⁸⁹, s'inscrivait dans la liste, déjà longue, des décisions considérant certaines restrictions et obligations imposées par contrat à l'emphytéote (en l'espèce le versement d'un dépôt préalable à toute contestation d'avis de cotisation, l'assurance des améliorations au bénéfice conjoint du nu-propiétaire et de l'emphytéote et le libre accès du nu-propiétaire aux lieux pour inspecter l'état desdites améliorations) comme contraires à l'essence de l'emphytéose; ce qui, par voie de conséquence, transformait le contrat en bail ordinaire. Le jugement opérait cette fois « un tel détournement dans le rôle d'emploi consacré de l'emphytéose et compromettait à

⁸⁹ *Weissbourd c. Protestant School Board of Greater Montreal*, [1984] C.A. 218.

ce point la sécurité des titres dans d'immenses ensembles immobiliers en milieux urbains au Québec, que le législateur »⁹⁰ est intervenu dès le mois de juin 1984⁹¹ pour introduire l'article 569.1 C.c.B.C. Le texte était le suivant : « Il est et a toujours été permis de stipuler au bail des clauses qui limitent les droits des parties, entre autres pour accorder au bailleur des droits ou des garanties qui protègent la valeur du bien, assurent sa conservation, son rendement ou son utilité ou qui autrement préservent les droits éventuels du bailleur ou du preneur ou règlent l'exécution du contrat ». L'article 569.1 C.c.B.C. est devenu l'article 1200, al. 2 du *Code civil du Québec*, avec le correctif approprié sur les limites, non pas aux droits, mais bien à « **l'exercice** des droits des parties ». Ce rectificatif démontre que la loi n'autorisait et n'autorise toujours pas n'importe quelle mesure conservatoire en faveur du nu-propiétaire. Celles qui réduisent la sphère des prérogatives composant le démembrement emphytéotique demeurent prohibées, dont celle, à titre d'exemple, qui, d'une manière ou d'une autre, empêche l'emphytéote de disposer de ses droits.

43. Pendant que les auteurs débattaient la question de la coexistence possible de la copropriété et de l'emphytéose⁹², des praticiens choisirent de passer à l'action et de publier une déclaration de copropriété contre

⁹⁰ François FRENETTE, « L'affaire *Weissbourd* : une interprétation des intentions du législateur qui suscite sa réaction », (1984-85) 87 *R. du N.* 580, 580.

⁹¹ *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 26, art. 29.

⁹² François FRENETTE, « Emphytéose et copropriété par déclaration : la démystification d'une impossible coexistence », (1987-88) 90 *R. du N.* 145.

l'immeuble tenu en emphytéose. L'incident ne fut pas isolé. Par une loi de réforme sanctionnée le 15 avril 1987, mais dont la mise en vigueur avait été reportée *sine die*, le législateur confirmait l'absence d'incompatibilité absolue entre les deux institutions⁹³. L'arrêt *Cours Le Royer* rendu par la Cour supérieure du district de Montréal en mai 1988⁹⁴ refusait toutefois cette compatibilité sur la base du droit existant; ce qui compromettait la mise en chantier d'importants projets immobiliers. Aussi, l'Assemblée nationale décida-t-elle, par une loi du 17 juin 1988⁹⁵, de faire une mise en vigueur anticipée des principales dispositions de ladite loi de réforme du mois d'avril 1987. L'article 442q ajouté au *Code civil du Bas-Canada* était libellé en ces termes : « Il a toujours été permis d'enregistrer une déclaration de copropriété sur un immeuble déjà construit faisant l'objet d'un bail emphytéotique, sur un immeuble construit par un emphytéote, ou sur un immeuble faisant l'objet d'une propriété superficière ». L'article 1040 C.c.Q. dispose de la question à partir de 1994.

44. Il est intéressant de noter que le fait pour certains notaires d'avoir tenté d'assujettir la construction qui existait déjà lors de la cession de l'immeuble en emphytéose à des règles similaires à celles de la copropriété divise, a donné naissance à la « **déclaration de**

⁹³ *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, art. 1079, al. 1.

⁹⁴ *Roy c. Société immobilière du Cours Le Royer*, [1987] R.D.I. 392 (C.S.).

⁹⁵ *Loi modifiant le Code civil en matière de copropriété et d'emphytéose*, L.Q. 1988, c. 16.

la coemphytéose ». L'article 567.1 C.c.B.C., introduit à l'occasion des amendements de 1988 bien que non prévu dans la loi de réforme de 1987, en traite spécifiquement. Le *Code civil du Québec* fait de même à l'article 1196 C.c.Q. Si l'emphytéote n'a pas lui-même érigé la construction sur l'immeuble lui ayant été cédé en emphytéose, il n'est pas propriétaire de cette construction et ne peut donc établir sur celle-ci une copropriété divise. Tout ce qui est alors possible, c'est une déclaration de coemphytéose en vertu de laquelle, non pas la propriété, mais seulement le droit d'emphytéose dans l'immeuble et la construction y dessus sont répartis en fractions détenues par une ou plusieurs personnes. Cette déclaration obéit, *mutatis mutandis*, aux mêmes règles que celles prévues pour la déclaration de copropriété et, plus spécifiquement, la déclaration de copropriété publiée par l'emphytéote contre la construction qu'il a lui-même érigée et qui lui appartient, contrairement au fonds sur lequel elle repose⁹⁶.

Conclusion

45. Bien que bref, notre parcours au cœur des habitudes de pratique notariale en matière de rédaction d'acte s'achève sur un constat aussi révélateur que certain. Ce constat est que les actes et le contenu des actes notariés au Québec ont indéniablement servi de ferment législatif dans d'importants secteurs du droit patrimonial entendu au sens large. L'analyse faite a par ailleurs permis d'observer que les interventions du législateur en rapport avec lesdits actes et leur teneur cherchaient tout autant à « récupérer » certaines formules de rédaction relevant de la prescience qu'à encadrer ou condamner celles témoignant d'égarements

⁹⁶ François FRENETTE, « Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété » (1988) 5 *C.P. du N.* 469.

temporaires dans l'exercice de la profession. C'est dire qu'il existe une association durable et réciproquement profitable entre les notaires et le législateur au Québec. Elle se poursuivra.