

Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation

Jacques Beaulne and Danielle Codère

Volume 30, Number 4, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042984ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042984ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaulne, J. & Codère, D. (1989). Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation. *Les Cahiers de droit*, 30(4), 843–865.
<https://doi.org/10.7202/042984ar>

Article abstract

By their critical analysis of the Draft Bill, the authors express in the first part of this paper their concern for an increased trend towards litigious proceedings as sensed in the Bill, while they seek to favour enhanced contractual justice.

As such, they compare the approach presently in use by the legislator for attaining greater contractual justice with that contained in the Draft Bill. Then, they emphasize the primary difficulties likely to result from the proposed approach. Lastly, they present and illustrate by means of various recommendations the approach that the Québec Chambre des notaires favours : the seeking of greater contractual justice, not through increased judiciary activism in contractual relations, but by the implementation of preventive measures adapted to the needs and expectations of Québec society in the twenty-first century.

The second part of this paper provides a critical analysis of protective measures proposed in the Draft Bill, specifically with regard to the selling of business firms or residential works. In the first instance, the authors raise the question of whether or not it is appropriate to support formalities which appear heavier and more complicated than the ones presently applicable to bulk sales ; they also question the relevancy of this measure. In the second case, they debate the merits of the solution proposed in the Draft Bill for insuring the protection of a purchaser and other participants in the area of residential works. Lastly, they present a simple and efficient alternative solution, neatly in line with the philosophy underlying diversion.

Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation

Jacques BEAULNE *
Danielle CODÈRE *

Préoccupés par la forte tendance à la judiciarisation qui se dégage de l'Avant-projet de Loi, et dans le but de favoriser une plus grande justice contractuelle, les auteurs, dans une première partie, critiquent l'approche préconisée par l'Avant-projet.

À cette fin, ils comparent l'approche actuelle avec celle de l'Avant-projet de Loi. Par la suite, ils soulèvent les principaux inconvénients susceptibles de découler de l'approche préconisée. Enfin, ils exposent et illustrent par différentes recommandations l'approche que privilégie la Chambre des notaires du Québec, soit la recherche d'une plus grande justice contractuelle par la mise en œuvre de mesures préventives adaptées aux besoins et aux attentes de la société québécoise du XXI^e siècle.

Dans une seconde partie, les auteurs critiquent deux mécanismes de protection préconisés par l'Avant-projet dans le cadre de la vente d'une entreprise et dans celui des ouvrages résidentiels. Dans le premier cas, ils s'interrogent sur l'opportunité de maintenir des formalités qui apparaissent plus lourdes et plus complexes que celles actuellement applicables lors d'une vente en bloc et dont ils mettent d'ailleurs en question la pertinence. Dans le second cas, ils discutent de la solution préconisée dans l'Avant-projet pour assurer la protection de l'acheteur et des différents intervenants dans le contexte d'ouvrages résidentiels. Ils présentent ensuite une solution alternative conforme à la philosophie de déjudiciarisation.

* Jacques Beaulne, notaire, professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa ;
Danielle Codère, notaire, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de
Sherbrooke.

By their critical analysis of the Draft Bill, the authors express in the first part of this paper their concern for an increased trend towards litigious proceedings as sensed in the Bill, while they seek to favour enhanced contractual justice.

As such, they compare the approach presently in use by the legislator for attaining greater contractual justice with that contained in the Draft Bill. Then, they emphasize the primary difficulties likely to result from the proposed approach. Lastly, they present and illustrate by means of various recommendations the approach that the Québec Chambre des notaires favours: the seeking of greater contractual justice, not through increased judiciary activism in contractual relations, but by the implementation of preventive measures adapted to the needs and expectations of Québec society in the twenty-first century.

The second part of this paper provides a critical analysis of protective measures proposed in the Draft Bill, specifically with regard to the selling of business firms or residential works. In the first instance, the authors raise the question of whether or not it is appropriate to support formalities which appear heavier and more complicated than the ones presently applicable to bulk sales; they also question the relevancy of this measure. In the second case, they debate the merits of the solution proposed in the Draft Bill for insuring the protection of a purchaser and other participants in the area of residential works. Lastly, they present a simple and efficient alternative solution, neatly in line with the philosophy underlying diversion.

	<i>Pages</i>
1. Critique de la solution adoptée dans l'Avant-projet pour atteindre une plus grande justice contractuelle	846
1.1. La problématique	846
1.2. Discussion de la solution adoptée dans l'Avant-projet	847
1.2.1. Exposé de la solution adoptée dans l'Avant-projet	847
1.2.2. Caractéristiques de l'approche actuellement suivie pour atteindre une certaine justice contractuelle	848
1.2.3. Caractéristiques de la solution adoptée dans l'Avant-projet	849
1.2.4. Inconvénients de la solution adoptée dans l'Avant-projet	851
1.3. Position de la Chambre des notaires	851
2. Critique de certains mécanismes de protection préconisés par l'Avant-projet de Loi	855
2.1. La vente d'entreprise	855
2.1.1. L'orientation du <i>Code civil du Québec</i>	855
2.1.2. L'orientation de la Chambre des notaires du Québec	856

	<i>Pages</i>
2.2. Des ouvrages résidentiels	861
2.2.1. L'orientation du Code civil	861
2.2.2. L'orientation de la Chambre des notaires du Québec	862
Conclusion	865

La Chambre des notaires du Québec a confié à son Comité de législation¹ la tâche de critiquer l'Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*².

À partir de sa propre analyse de l'Avant-projet et de rapports fournis par plusieurs personnes ressources³, le Comité a produit un mémoire comportant près de quatre cents recommandations⁴. Ce mémoire a été présenté par la Chambre des notaires à la Sous-commission des institutions de l'Assemblée nationale le 8 novembre 1988.

C'est à titre de membres de ce Comité que nous avons accepté de présenter ici ce que nous estimons être les principales recommandations de ce mémoire.

Compte tenu du peu d'espace alloué à cette fin, nous avons choisi de nous limiter aux deux objectifs suivants :

- 1) expliquer la philosophie de déjudiciarisation avec laquelle la Chambre estime que le législateur devrait revoir l'Avant-projet ;
- 2) illustrer cette philosophie à l'aide de différentes recommandations formulées dans ce domaine.

1. La liste des membres du Comité est donnée dans l'avant-propos du *Mémoire de la Chambre des notaires du Québec sur l'Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Montréal, octobre 1988. Le Mémoire du Comité comporte deux parties. La première partie comprend des commentaires généraux sur l'Avant-projet de Loi alors que la deuxième partie constitue une étude de l'Avant-projet de loi article par article. Pour simplifier les références, le Mémoire de la Chambre est parfois désigné ci-après par les expressions : *Mémoire*, Partie I et *Mémoire*, Partie II.

2. Aussi désigné ci-après par « Avant-projet de Loi ».

3. La liste des personnes ayant soumis des commentaires apparaît à la page 2 du Mémoire de la Chambre des notaires du Québec, Partie I.

4. *Mémoire*, Partie I et Partie II. Il convient de signaler ici que c'est M^e Laurence Charest qui, à titre de secrétaire du Comité, a assumé la rédaction du Mémoire.

Pour rencontrer ces objectifs, nous avons choisi d'analyser, dans une première partie, la solution adoptée dans l'Avant-projet pour atteindre une plus grande justice contractuelle et, dans une seconde partie, de critiquer les mécanismes de protection proposés dans le contexte de la vente d'une entreprise et dans celui d'ouvrages résidentiels.

1. Critique de la solution adoptée dans l'Avant-projet pour atteindre une plus grande justice contractuelle

1.1. La problématique

Depuis l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866, notre Code civil reflète les principes dérivés de la doctrine de l'autonomie de la volonté, soient : le principe de la liberté contractuelle, le principe de la force obligatoire du contrat et celui de l'effet relatif des contrats, sous réserve toutefois des lois, de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Ces principes sont fondamentaux car de leur application dépendent notamment la sécurité et la stabilité des contrats ; deux éléments essentiels au bon fonctionnement de notre société. On sait par ailleurs qu'une application sans réserve de ces principes peut conduire à des injustices en raison de l'inégalité des forces qui peut exister entre certains groupes de personnes. L'histoire l'a prouvé ; le législateur a dû intervenir en certaines matières telles les contrats de consommation, de travail, de bail, d'assurance,... pour faire exception à ces principes et rétablir l'égalité rompue entre certains groupes de personnes. Les tribunaux l'ont aussi fait à l'occasion. L'arrêt *Kravitz*⁵ constitue un bon exemple de cas où les tribunaux ont fait exception au principe de l'effet relatif des contrats pour rétablir une certaine justice contractuelle.

Le Code civil ne reflète pas l'actuelle philosophie de justice contractuelle qui se dégage plus particulièrement de l'ensemble des interventions spécifiques que le législateur et les tribunaux ont faites pour rétablir l'égalité entre certains groupes de personnes.

Dans l'Avant-projet de Loi, le législateur se propose d'instaurer dans le *Code civil du Québec* une philosophie nouvelle des contrats qui reflète non seulement les principes dérivés de l'autonomie de la volonté sous réserve des lois, de l'ordre public et des bonnes mœurs, mais aussi, et c'est ce qui est nouveau, un principe général de justice contractuelle et de loyauté pour

5. *General Motor c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

permettre l'établissement d'un équilibre nouveau entre les parties⁶. Cette approche s'apparente à celle que le professeur Jacques Ghestin propose dans son ouvrage sur « Le contrat » :

Il faut, à notre sens, affirmer la primauté du droit objectif, qui n'est pas incompatible avec la reconnaissance de l'accord des volontés comme critères du contrat...

De la primauté du droit objectif il résulte que le contrat est essentiellement un instrument au service de celui-ci. La volonté n'en conserve pas moins un rôle important. Mais l'initiative individuelle, dont il est l'expression, reste subordonnée à la recherche fondamentale de la justice.⁷

1.2. Discussion de la solution adoptée dans l'Avant-projet

1.2.1. Exposé de la solution adoptée dans l'Avant-projet

Pour introduire dans le nouveau code, le principe général de justice contractuelle que l'on dégage de l'ensemble des lois sectorielles, la solution suggérée par plusieurs auteurs⁸ et que le législateur semble avoir retenue est notamment,

- d'imprégner le nouveau code de l'esprit de la *Loi sur la protection du consommateur*⁹ et,
- d'y intégrer cette dernière autant que possible.

Intégrer l'esprit de la *Loi sur la protection du consommateur*, cela signifie notamment que dans tous les contrats conclus pour fins personnelles entre particuliers, le législateur présume que l'une des parties est un faible qu'il assimile en quelque sorte à un consommateur pour supprimer les conséquences de son inégalité avec l'autre partie.

L'intégration de la *Loi sur la protection du consommateur* au nouveau Code est faite également en introduisant dans le droit des obligations et des contrats nommés certaines des techniques de protection utilisées dans cette loi et en y insérant toutes les dispositions de cette loi auxquelles le législateur a pu donner une portée générale¹⁰.

6. Herbert MARX, alors ministre de la Justice, *Mémoire au Conseil des ministres*, document de présentation au *Projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, partie accessible au public, 13 octobre 1987, p. 1.

7. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, Tome II, *Les Obligations, Le contrat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p. 131 et 132.

8. Louis PERRET, *L'incidence de la nouvelle Loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil*, (1985) 15 *R.D.U.S.* 251.

9. L.R.Q., c. P-40.1.

10. Un exemple d'intégration et de généralisation coûte que coûte des règles de la *Loi sur la protection du consommateur* peut être tiré de l'article 1443. Cet article est à l'effet que le

Enfin l'intégration de la *Loi sur la protection du consommateur* est aussi faite par l'introduction au Code de la majeure partie des règles résiduelles dans le titre 3, « Règles particulières au contrat de consommation ».

L'étude faite par le comité révèle que la solution adoptée dans l'Avant-projet risque de remettre en cause l'objectif même de justice contractuelle poursuivi car elle conduit à une judiciarisation excessive des rapports contractuels.

Pour mettre en lumière certaines déficiences de la solution adoptée dans l'Avant-projet de loi, il convient d'abord de dégager les principales caractéristiques de l'approche actuellement suivie pour faire régner la justice contractuelle de façon à pouvoir ensuite comparer cette dernière avec la solution adoptée dans l'Avant-projet.

1.2.2. Caractéristiques de l'approche actuellement suivie pour atteindre une certaine justice contractuelle

Pour supprimer les injustices découlant, d'une part, de l'application des principes dérivés de la doctrine de l'autonomie de la volonté et, d'autre part, de l'inégalité de force entre certaines parties contractantes, le législateur s'est jusqu'ici employé à réprimer les abus par des lois spéciales.

De façon générale, on remarque que les interventions du législateur ont les deux caractéristiques suivantes. Premièrement, elles ont la caractéristique d'être sectorielles en ce sens qu'elles visent des catégories bien particulières de personnes (e.g. : employeurs/employés, commerçants/consommateurs, locateur de logement/locataires, assureurs/assurés...). Deuxièmement, elles ont la caractéristique de réprimer ou de prévenir des abus bien identifiés (abus commis dans la vente itinérante, la vente de voitures usagées, la fixation des loyers de logements résidentiels,...).

Ces caractéristiques impliquent que les interventions du législateur peuvent se traduire par des ensembles de mesures variées qui sont bien adaptées aux situations, qui sont efficaces pour réprimer ou prévenir les abus identifiés, et qui permettent un certain dirigisme social et économique.

consentement doit non seulement être libre et éclairé comme le proposait l'Office de révision du Code civil (article... projet du Code civil) mais aussi, qu'il doit être réfléchi. L'addition du terme « réfléchi » provient d'une généralisation d'articles de la *Loi sur la protection du consommateur* suivant lesquels on accorde dans certains cas au consommateur une faculté de dédit pour favoriser sa réflexion. De ces cas bien particuliers où l'on reconnaît au consommateur une faculté de dédit, on dégage la règle que le consentement à tout contrat doit être réfléchi.

Ainsi, pour rétablir une certaine égalité entre consommateurs et commerçants, le législateur a adopté de nombreuses mesures qui débordent le cadre strict de la *Loi sur la protection du consommateur*¹¹. Dans le cadre même de cette loi, les mesures sont également très nombreuses et variées. Ainsi en est-il par exemple du formalisme de certains contrats favorisant l'information précontractuelle du consommateur, des facultés de dédit favorisant sa réflexion, de la réglementation de la publicité, du rôle de surveillance exercé par l'Office de la protection du consommateur, des recours judiciaires exceptionnellement accordés au consommateur,...

De façon générale, on peut remarquer qu'actuellement le législateur ne s'en remet pas uniquement aux tribunaux pour rétablir l'égalité parfois rompue entre certains groupes de personnes. Il utilise plutôt un ensemble de mesures variées et adaptées parmi lesquelles les recours judiciaires accordés ne constituent qu'un élément parmi d'autres.

1.2.3. Caractéristiques de la solution adoptée dans l'Avant-projet

Tel qu'exposé précédemment, le législateur propose dans l'Avant-projet d'établir l'équilibre entre les parties contractantes en introduisant l'esprit de la *Loi sur la protection du consommateur* et en intégrant dans le Code des règles et techniques de protection issues de cette même Loi.

Cette solution a les caractéristiques suivantes. Il s'agit premièrement d'une approche qui est générale et non sectorielle, en ce sens qu'elle vise à régler toutes les situations. Deuxièmement, la solution adoptée s'inspire presque exclusivement de la *Loi sur la protection du consommateur*. Finalement, étant générale, la solution ne vise pas à réprimer des abus connus ou identifiés mais vise à corriger des situations d'inégalité appréhendée.

Ainsi, cette approche a amené le législateur à ne retenir de la *Loi sur la protection du consommateur* que des mesures d'équité très générales car celles-ci doivent régler des abus non identifiés. De plus, les facultés de dédit du consommateur ont été transformées dans l'Avant-projet en l'exigence d'un consentement réfléchi que les tribunaux, semble-t-il, auront à apprécier.

C'est ainsi également que, s'inspirant de la première version de *Loi sur la protection du consommateur*, le législateur accorde à toute personne physique qui contracte à des fins autres que l'utilité d'une entreprise, le droit d'invoquer lésion s'il y a disproportion des prestations, disproportion qui implique une présomption de fraude (art. 1449).

11. Pour un aperçu général de ces mesures, voir notamment Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 1 à 7.

L'attribution à la partie lésée du droit de s'adresser aux tribunaux pour faire réduire ses obligations constitue un autre exemple de mesure générale d'équité¹². Il en va de même du droit de l'adhérent d'obtenir la nullité de clauses ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque celles-ci le privent de ses attentes légitimes¹³ et on peut multiplier les exemples en ce sens.

La plupart des mesures ainsi retenues ont un dénominateur commun : celui d'accorder à la présumée partie la plus faible un recours devant les tribunaux à qui sont accordés de très larges pouvoirs discrétionnaires. L'utilisation dans l'Avant-projet de termes aussi généraux que « suffisant »¹⁴, « réfléchi »¹⁵, « substantiellement »¹⁶, « stipulations accessoires »¹⁷, « attentes légitimes »¹⁸, « incompréhensible pour une personne raisonnable »¹⁹, démontrent bien tout le pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux. En somme, comme le signalait un auteur qui préconisait une approche semblable à celle utilisée par le législateur, c'est finalement aux tribunaux à qui l'on confie la mission d'établir l'égalité entre les parties contractantes.

Nous avons vu en effet que dans la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, les juges sont appelés à jouer un rôle d'arbitre et d'évaluateur beaucoup plus grand qu'auparavant. En effet, toutes les sanctions du défaut de formation des contrats, ainsi que certaines relatives à son exécution, peuvent consister en une réévaluation des obligations originales prévues dans le contrat, dans le but de les rééquilibrer afin de les rendre plus justes ou encore que leur exécution soit possible grâce à de nouvelles conditions.

À la lumière de cette évolution du droit positif des contrats, ainsi qu'à la lecture du Rapport du Code civil l'on peut prétendre que le nouveau Code fera une place très importante au rôle des juges pour leur permettre une meilleure justice contractuelle. De leur dynamisme et de leur discernement dépendra le succès de la réforme...²⁰

Le rôle accordé aux tribunaux est encore plus important dans le nouveau Code qu'il ne l'est dans le cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* car dans ce cas, les recours accordés au consommateur ne constituent qu'une mesure parmi un ensemble de mesures destinées à assurer l'égalité entre commerçants et consommateurs²¹.

12. Art. 1450.

13. Art. 1484.

14. Art. 1493.

15. Art. 1443.

16. Art. 1493.

17. Art. 1457.

18. Art. 1484.

19. Art. 1483.

20. Louis PERRET, *supra*, note 8, p. 306.

21. Voir *supra*, note 11.

La Chambre des notaires estime que la solution adoptée dans l'Avant-projet de Loi et qui consiste principalement à importer dans le droit des obligations des mesures générales et de type judiciaire comporte des inconvénients trop importants pour être maintenue.

1.2.4. Inconvénients de la solution adoptée dans l'Avant-projet

La solution retenue consiste essentiellement en un contrôle judiciaire de l'équité des contrats. Ceci présente plusieurs inconvénients.

En effet, comme il s'agit d'un contrôle qui, de par sa nature, s'exerce nécessairement après la conclusion du contrat, il a comme premier inconvénient d'engendrer l'insécurité chez les parties qui ne peuvent pas savoir *a priori* si leur accord est inattaquable ou s'il est exposé à rescision ou révision.

Par ailleurs, le contrôle judiciaire est, par définition, un contrôle qui consiste à réévaluer *a posteriori* la valeur des prestations et à fixer de nouvelles obligations ou de nouvelles conditions. En ce sens, il porte nécessairement atteinte à la stabilité des contrats.

De plus, en reconnaissant au citoyen majeur qui a conclu valablement un acte, le droit de s'adresser au tribunal pour éviter les conséquences fâcheuses d'un manque de réflexion ou d'une erreur de jugement, l'Avant-projet de Loi ne contribue certainement pas à responsabiliser le citoyen en regard des contrats dans lesquels il s'engage. Ne vaudrait-il pas mieux l'amener à s'informer et à réfléchir avant la conclusion du contrat plutôt qu'après ?

Enfin, en s'en remettant principalement aux tribunaux pour faire régner une plus grande justice contractuelle, le législateur ne contribue-t-il pas lui-même au phénomène d'inflation judiciaire, c'est-à-dire à l'augmentation démesurée du nombre de procès ? Il s'agit d'un phénomène coûteux pour la société et qui a pour conséquence de rendre encore plus difficile l'accès à la justice et d'ainsi remettre en cause l'objectif même d'équité recherché entre les parties.

Tous ces inconvénients d'insécurité et d'instabilité des contrats, de déresponsabilisation des citoyens et d'inflation judiciaire proviennent en grande partie du fait que la solution apportée est principalement une solution judiciaire, *a posteriori* et essentiellement curative. Pour ces motifs, la Chambre des notaires recommande l'abandon de cette approche au profit d'une approche privilégiant l'atteinte de la justice contractuelle par la prévention.

1.3. Position de la Chambre des notaires

Pour la Chambre des notaires, il apparaît fondamental que le contrat ne devienne pas un instrument de mésentente. Le contrat doit au contraire

demeurer un instrument d'échange, efficace, stable et dans la mesure du possible simple à utiliser. Il apparaît également fondamental de favoriser une approche législative qui limite le phénomène d'inflation judiciaire.

Aussi pour atteindre une plus grande justice contractuelle, la Chambre des notaires recommande notamment dans son mémoire, de supprimer ou modifier les règles visant à faire assumer par les tribunaux l'entière responsabilité de rétablir *a posteriori* l'égalité des parties contractantes²².

C'est l'une des raisons pour lesquelles elle a recommandé, par exemple, la suppression de la lésion comme vice de consentement (art. 1443 et 1449²³). C'est un recours qui, comme l'observent les juristes français Flour et Aubert²⁴, a moins d'intérêt aujourd'hui qu'il aurait pu en avoir à l'époque où des lois comme la *Loi sur la protection du consommateur* n'existaient pas. L'introduction aujourd'hui de la lésion dans le Code civil risque de perturber la sécurité, la stabilité des contrats et de « déresponsabiliser » les parties.

C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles la Chambre des notaires a recommandé de supprimer de l'article 1443 l'exigence d'un consentement réfléchi²⁵. Elle estime que la « réflexion » est un élément beaucoup trop difficile à apprécier pour en faire une qualité essentielle du consentement donné à un contrat. Enfin, c'est dans cette même optique que la Chambre a demandé d'éliminer ou de préciser un grand nombre de termes qui en raison de leur manque de précision ont pour effet d'accorder aux tribunaux un trop grand pouvoir discrétionnaire²⁶.

Pour atteindre une plus grande justice contractuelle, la Chambre des notaires a par ailleurs recommandé de favoriser une approche préventive²⁷.

C'est dans cette optique que la Chambre des notaires privilégie une approche sectorielle car celle-ci est à son avis un préalable à l'adoption de mesures préventives bien adaptées à la situation à corriger. Sur ce point, la Chambre des notaires, après étude de son comité, conclut qu'avec toutes les lois déjà adoptées, le problème de l'égalité contractuelle est moins épineux qu'il ne l'a déjà été et qu'à tout considérer il y a moins d'inconvénients à réprimer d'éventuelles injustices par lois spéciales qu'il y en a à procéder par

22. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie 1, *supra*, note 1, p. 12.

23. *Id.*, p. 20 à 23.

24. J. FLOUR et J.-L., AUBERT, *Droit civil, les obligations*, Vol. 1, *L'acte juridique*, Paris, Collection Armand Colin, 1986, p. 197 à 198.

25. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie 2, *supra*, note 1, voir le commentaire à l'article 1443.

26. *Id.*, Partie 1, *supra*, note 1, p. 6.

27. *Id.*, Partie 1, *supra*, note 1, p. 12.

un contrôle de type judiciaire, discrétionnaire et *a posteriori* du contrat²⁸. Elle rejoint sur ce point l'opinion de messieurs Flour et Aubert.

C'est à savoir que, dans les cas où l'on estime que la liberté contractuelle n'assure plus automatiquement la justice, il y a moins d'inconvénients à la supprimer par une réglementation légale impérative qu'il n'y en aurait à la maintenir au stade de l'échange des consentements, tout en permettant au juge de modifier après coup ce dont les parties sont convenues.²⁹

C'est aussi avec cette préoccupation de favoriser une approche préventive que la Chambre des notaires recommande de généraliser le droit de dédit que l'on reconnaît à l'article 1839 à tout consommateur qui, par l'intermédiaire d'un vendeur professionnel, s'engage sous seing privé, dans une promesse d'achat ou de vente d'immeuble résidentiel³⁰. En effet, c'est au niveau de la promesse d'achat et de vente que les parties établissent leurs droits et obligations. C'est donc à ce niveau que le promettant-acheteur doit s'informer et réfléchir. Cependant, la Chambre des notaires recommande de ne pas accorder de faculté de dédit au promettant-acheteur qui procéderait par acte notarié portant minute car, en pareil cas, il est suffisamment protégé par l'intervention du notaire dont le rôle, en tant qu'officier public et en tant que conseiller impartial, est d'amener les parties à comprendre la portée de leurs actes et par voie de conséquence à y réfléchir³¹.

Pour atteindre une plus grande justice contractuelle, la Chambre des notaires recommande fortement de rechercher des techniques de protection préventives sans se limiter à celles prévues dans la *Loi sur la protection du consommateur*.

La méthodologie suivie dans l'Avant-projet pour établir une plus grande justice contractuelle et qui consiste essentiellement à généraliser les mesures de la *Loi sur la protection du consommateur*, produit un nombre restreint de mesures préventives. Cette méthodologie conduit à méconnaître d'autres techniques de prévention qui pourraient s'avérer efficaces. Ainsi la Chambre des notaires estime qu'il y a lieu de rechercher en dehors du cadre de la *Loi sur la protection du consommateur* d'autres mesures préventives.

Par exemple, à l'article 1772, on impose au vendeur l'obligation de garantir à l'acheteur (la partie faible dans ce cas) contre toute limitation de

28. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie I, *supra*, note 1, p. 8.

29. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *supra*, note 24, p. 198, n° 249.

30. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie 2, *supra*, note 1, p. 67. Il convient de signaler que l'article 1839 de l'Avant-projet de Loi est beaucoup plus limitatif car il n'accorde une faculté de dédit que dans le cas où il y a vente d'un immeuble de cinq logements et moins par un promoteur ou le constructeur.

31. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie 2, *supra*, note 1, p. 67.

droit public pouvant compromettre l'usage envisagé par l'acheteur si l'usage est connu du vendeur. Il est inévitable qu'une telle mesure générera de nombreux procès. L'approche préventive privilégiée par la Chambre pour régler ce problème consisterait, au lieu d'accorder un recours à l'acheteur, à instaurer des moyens qui puissent lui permettre de connaître facilement si l'utilisation qu'il projette est permise selon la réglementation publique en vigueur³². Un certificat de conformité par les autorités concernées pourrait aussi être une solution à envisager.

Dans le secteur du droit de la consommation, l'acte notarié n'est pas une technique de protection utilisée par le législateur. Cela explique peut-être pourquoi on le retrouve peu comme mesure de protection dans l'Avant-projet. Pourtant la plupart des auteurs français, dont notamment Jacques Ghestin, dont on peut penser que les thèses ont fortement influencé le législateur, reconnaissent dans l'acte authentique un instrument efficace de protection de l'égalité des parties.

Des lois récentes imposent également la rédaction d'un acte authentique, notamment la loi du 3 janvier 1967, pour les ventes d'immeubles à construire, et celle du 16 juillet 1971 (art. 22 et 25), pour les ventes immobilières consenties par une société coopérative de construction à l'un de ses associés.

Dans tous les cas il s'agit d'*actes importants et dangereux*. La forme notariée attire l'attention des parties, les oblige à réfléchir, et, surtout, leur permet de bénéficier des conseils que le notaire est tenu de leur donner, et des vérifications auxquelles il doit procéder sous sa propre responsabilité.³³

À titre de moyen préventif, l'acte authentique doit, comme d'ailleurs tous les autres moyens préventifs, être envisagé par le législateur et choisi par ce dernier là où les circonstances le justifient³⁴.

Cette dernière proposition rejoint d'ailleurs la préoccupation fondamentale qui devrait guider le législateur dans toute la révision de l'Avant-projet de Loi, celle de rechercher une justice où les tribunaux ne devraient être qu'une solution de dernier essor et où l'on devrait développer des alternatives aux règlements des conflits, des mécanismes de justice légale³⁵.

C'est cette préoccupation qui a guidé constamment la Chambre des notaires dans son analyse et sa critique de l'Avant-projet et qui est à la base notamment des recommandations qu'elle formule relativement aux mécanismes de protection dans le contexte de la vente d'entreprise et dans celui d'ouvrages résidentiels³⁶.

32. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie 2, *supra*, note 1, p. 53 à 55.

33. Voir *supra*, note 7, p. 253.

34. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie I, *supra*, note 1, p. 13 à 15.

35. Daniel JACOBY, « Plaidoyer pour la justice », (1989) I *Maîtres* 43, p. 45.

36. Il convient de signaler que les recommandations signalées ici ne sont pas les seules recommandations de la Chambre qui sont à l'effet que le législateur devrait revoir l'ensemble

2. Critique de certains mécanismes de protection préconisés par l'Avant-projet de Loi

Le souci de « Justice » du législateur ne se manifeste pas seulement dans le domaine des obligations. Celui des contrats nommés est également imprégné de ce désir profond d'assurer entre les parties à une convention une protection accrue de leurs intérêts respectifs. Ce souci du respect des droits est fort louable, et en cela, la Chambre des notaires du Québec appuie la grande vertu d'équité tant recherchée par le droit nouveau.

Néanmoins, cette idée séduisante de protection universelle des droits contractuels n'est valable qu'à deux conditions : d'abord, les mesures de protection doivent être justifiées. En effet, rien ne sert de concevoir un régime destiné à sauvegarder des droits qui ne sont pas menacés ou dont la protection est autrement assurée. En second lieu, la mesure doit être efficace et être cohérente avec l'ensemble du Code civil, tout en s'inscrivant dans la philosophie du droit civil.

Dans ce contexte, nous avons choisi d'analyser deux mécanismes de protection que l'on retrouve dans le domaine des contrats nommés, soit la vente d'entreprise et les ouvrages résidentiels.

Le premier cas illustre, nous le verrons, un mécanisme de protection injustifié ; le second, au contraire, mérite véritablement un encadrement protectionniste, sauf que la proposition du législateur accuse de sérieuses lacunes qui minent l'efficacité du régime.

2.1. La vente d'entreprise

2.1.1. L'orientation du *Code civil du Québec*

Le mécanisme de protection que nous proposent les articles 1822 à 1832 du *Code civil du Québec* ne diffère que très légèrement de celui de l'actuelle vente en bloc³⁷, si ce n'est qu'on le dote d'un encadrement plus large et d'une structure plus lourde.

de l'Avant-projet de Loi en ayant pour objectif de « déjudiciariser » le droit proposé. En particulier, il apparaît important de signaler que la Chambre a fait de nombreuses recommandations relatives à la forme de l'Avant-projet de Loi. En effet, celle-ci devrait être revue car elle soulève de nombreux problèmes d'interprétation et, par voie de conséquence, d'éventuels litiges. Sur ce point, voir le *Mémoire*, Partie I, *supra*, note 1, p. 15 à 19. Il apparaît également important de signaler que c'est aussi un des motifs qui a amené la Chambre des notaires à se prononcer contre l'intégration sous sa forme actuelle des règles résiduelles de la *Loi sur la protection du consommateur* que l'on retrouve dans le Titre 3 « Règles particulières au contrat de consommation ». Sur ce point, voir le *Mémoire*, Partie I, *supra*, note 1, p. 57.

37. Articles 1569a s. C.C.B.C.

En effet, on s'est contenté d'invoquer, pour justifier le nouveau mécanisme, que la nouvelle orientation du régime — c'est-à-dire son élargissement — s'harmonisait davantage avec les besoins de notre société³⁸.

En somme, la vente d'entreprise du nouveau code n'opère aucunement un bouleversement conceptuel du mécanisme de protection; au plus, le législateur a-t-il opté pour une réforme strictement structurelle dont les objectifs sont surtout de remédier aux lacunes des principes actuels résultant de leur silence ou de leur désuétude et de mettre fin aux hésitations jurisprudentielles soulevées par la vente en bloc³⁹.

Cette orientation du régime se manifeste particulièrement par le choix du législateur de redéfinir le champ d'application de la vente en bloc. On constate, par exemple, que le Code a choisi d'étendre la notion de la vente en bloc au-delà du simple fonds de commerce, pour lui préférer le critère de l'entreprise, qu'elle soit commerciale, industrielle, professionnelle ou autre, ainsi que de retenir la notion d'actifs incorporels dans le cadre de la vente d'entreprise.

Les formalités de la vente devront aussi être respectées dans les cas de vente de la quasi-totalité des biens de l'entreprise, qu'ils consistent en du stock, de l'outillage ou de l'équipement.

Enfin, l'orientation du Code favorise un alourdissement considérable des formalités qui se manifeste dans la procédure d'évaluation des garanties et la collocation des garanties.

Tel que conçu, le régime devient à la fois plus complexe et plus judiciaire. Complexe, puisque le réaménagement de son champ d'action étendra la portée du système bien au-delà de son rôle originaire; judiciaire, car l'alourdissement de la procédure sera source de litiges.

2.1.2. L'orientation de la Chambre des notaires du Québec

Pour sa part, et contrairement à la décision du législateur, la Chambre des notaires du Québec en est plutôt venue à la conclusion que plus rien ne justifiait la conservation des règles de la vente d'entreprise dans notre nouveau droit.

Le principal motif pour justifier cette proposition est tout simplement que les personnes dont la protection est recherchée par le mécanisme n'ont

38. Herbert MARX, *Mémoire au conseil des ministres, Projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Partie accessible au public, 13 octobre 1987, p. 41.

39. *Id.*

plus besoin de ces attentions paternalistes du Code. Ceci s'explique principalement par l'histoire de ce type de législation, qui naquit à la fin du XIX^e siècle.

Il faut en effet prendre en considération que cette législation — dite *Bulk Sales Act* —, est le fruit de conditions socio-économiques particulières qui sévissaient aux États-Unis vers les années 1890. En fait, les auteurs ont relaté l'existence, à cette époque, d'une pratique assez courante de fraudes résultant de transferts rapides, par les commerçants, de leur inventaire de sorte que leurs créanciers, insuffisamment protégés, étaient laissés sans recours⁴⁰. Aux États-Unis, l'industrie du crédit et la stabilité du commerce s'en trouvaient tellement menacés que la « National Association of Credit Men » entreprit, vers la fin des années 1890, une vaste campagne de pressions politiques afin d'accélérer l'introduction d'une législation destinée à préserver les droits des créanciers des commerçants. De ce puissant lobby naquit les *Bulk Sales Acts*, qui firent leur première apparition dans l'État de la Louisiane en 1896. Les autres États américains, dont l'Oregon et le Minnesota (1899), le Maryland (1900), le Wisconsin, le Tennessee, le Washington, l'Utah et l'Indiana (1901), l'Ohio et l'État de New York (1902) imitèrent le geste, de sorte que six ans plus tard, tous les États américains avaient un *Bulk Sales Act*.

Au Canada, un *Bulk Sales Act* a été adopté dans toutes les provinces canadiennes, dont la Colombie Britannique (1908), le Manitoba (1909), le Québec (1910), la Nouvelle-Écosse (1913) et l'Ontario (1917).

Il est donc aisé de comprendre que les deux préoccupations du législateur du temps étaient, en premier lieu, de décourager les dispositions frauduleuses effectuées par les commerçants au détriment de leurs créanciers et, en second lieu, de freiner ou, du moins, de ralentir les hausses des coûts de crédit résultant de l'évaluation des risques.

Les buts précis de tous les *Bulk Sales Acts* étaient donc tout simplement de développer un mécanisme qui pourrait détecter la fraude, l'identifier immédiatement et faire en sorte qu'elle ne puisse avoir lieu sans que les créanciers du vendeur n'en soient avisés⁴¹. On voulait ainsi empêcher un commerçant de vendre son commerce en bloc au détriment de ses créanciers.

Il faut dire que la loi d'alors accordait aux créanciers des commerçants bien peu d'outils pour assurer la sauvegarde de leurs intérêts. D'une part, l'état primitif de l'industrie du crédit ne leur permettait pas d'évaluer

40. Thomas C. BILLIG, « Bulk Sales Laws: A study in Economic Adjustment », (1928-29) 77 *U. of Penna. L. Rev.* 72, p. 75. Benjamin WEINTRAUB and Harris LEVIN, « Bulk Sales Law and Adequate Protection of Creditors », (1951-52) 65 *Har. L. Rev.* 418, p. 419.

41. B. WEINTRAUB et H. LEVIN, *Id.*

correctement le risque; incapable de mesurer celui-ci, le créancier était, la plupart du temps, à la merci de son débiteur. Par ailleurs, les difficultés reliées au transport, dont leur lenteur, de même que le rythme des opérations financières, faisaient en sorte que les délais de paiement étaient toujours longs. En outre, les créanciers ne pouvaient ou ne voulaient recourir aux études de crédit: pour la plupart, ils se fiaient à leur seule expérience et à l'opinion qu'ils se faisaient de l'honnêteté et de la capacité de payer de leur débiteur⁴².

On comprend facilement que la sophistication de l'industrie du crédit au XX^e siècle a rendu désuètes ces méthodes d'évaluation des risques. Les moyens modernes d'analyse financière mis à la disposition des créanciers — experts en évaluation ou études de crédit — font en sorte que ceux-ci peuvent maintenant évaluer avec beaucoup plus d'exactitude la capacité de payer de leur débiteur⁴³.

Ce risque initial que devait courir le créancier n'existe donc plus; s'il néglige d'utiliser les outils disponibles, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. Évidemment, l'analyse de crédit ne constitue en réalité qu'une mesure d'information pour le créancier et elle ne lui garantit pas le comportement futur de son débiteur. C'est pour cette même raison qu'une seconde panoplie d'instruments juridiques ont été développés au service du créancier. On pense ici aux diverses sûretés rendues accessibles à ces personnes, et dont le but est précisément de protéger leur créance, par exemple le nantissement commercial, inséré au Code civil en 1962⁴⁴, ou la cession de biens en stock, introduite le 3 juillet 1984⁴⁵. Ces deux législations ont permis à certains créanciers des commerçants la prise en garantie de biens spécifiques, ce qui leur était nié antérieurement. Nous savons d'ores et déjà que ces formes de sûretés sont conservées dans le *Code civil du Québec*, puisque l'hypothèque mobilière pourra grever «un ou plusieurs biens particuliers, corporels ou incorporels, soit un ensemble de biens présents ou futurs compris dans une universalité»⁴⁶, ou une universalité de biens, tels les biens en inventaire, ou même les créances⁴⁷. De même, l'hypothèque dite «ouverte», soit l'équivalent des sûretés résultant de l'acte de fiducie consenti en vertu de la *Loi sur les*

42. LAW REFORM COMMISSION OF BRITISH COLUMBIA, *Report of Bulk Sales Legislation*, Ministry of Attorney General, 1983, p. 24.

43. *Id.*

44. *Loi relative au nantissement*, L.Q. 1962, c. 57.

45. Articles 11 à 57 de la *Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.Q. 1982, c. 55.

46. Articles 2825 de l'Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, déposé le 19 décembre 1986.

47. Articles 2832 et 2834 de cet Avant-projet.

*pouvoirs spéciaux des corporations*⁴⁸, pourra être consentie par toute personne, physique ou morale, qui exploite une entreprise⁴⁹. C'est donc dire que de nouveaux instruments seront offerts aux créanciers pour plus adéquatement protéger leur créance.

Enfin, il faut signaler que l'argument à l'effet que l'absence de toute protection législative, particulièrement en cas de faillite des commerçants, ajoutait à l'insécurité de leurs créanciers n'est plus valable de nos jours. En effet, la *Loi sur la faillite* que le Parlement canadien avait adopté dès 1875 avait été abrogée en 1880, de sorte qu'à compter de cette date, le Canada était sans aucune législation destinée à assurer la protection des créanciers. Pour cette raison, les provinces avaient introduit différentes mesures destinées à remédier à cette lacune⁵⁰, dont les *Bulk Sales Acts*. Malheureusement, ces législations ne furent jamais abandonnées, même si, depuis 1919, le Parlement du Canada a adopté la *Loi sur la faillite* qui existe encore aujourd'hui.

À ces arguments historiques s'ajoutent deux considérations très importantes. En premier lieu, à la lecture des articles 1822 à 1832 C.C.Q., on constate que le régime de protection inhérent à la vente d'entreprise prend une ampleur remarquable par rapport à celui de l'actuelle vente en bloc, de sorte qu'on est en droit de se demander si le législateur n'a pas, dans le contexte de la présente réforme, oublié que les objectifs initiaux de ce type de législation étaient très spécifiques. En second lieu, le système préconisé accuse une judiciarisation marquée du processus qui risque de compromettre le régime.

En effet, en élargissant le champ d'application de la vente d'entreprise tel que le propose le législateur, le régime d'exception qu'on avait voulu introduire au Québec en 1910⁵¹ devient un régime général basé sur la mauvaise foi et la fraude présumée de tout entrepreneur. Le régime, tel que conçu, organise un mécanisme destiné à aviser tous les créanciers du vendeur de la vente de son entreprise ; la protection de ces derniers est théoriquement assurée du fait qu'ils doivent être payés à même le produit de la disposition. Mais comment concilier ceci avec le principe pourtant clair de l'article 1419, qui énonce la présomption générale de bonne foi ? Difficilement, sinon en affirmant que, dans le cas de la vente d'entreprise, la présomption est celle de la mauvaise foi ? Cette importante distorsion est par ailleurs amplifiée par la décision du législateur d'étendre la portée du régime de protection à toute

48. L.R.Q., c. P-16, article 27.

49. Article 2842 de l'Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*.

50. LAW REFORM COMMISSION OF BRITISH COLUMBIA, *supra*, note 42, p. 7.

51. *Loi modifiant le Code civil relativement aux ventes de marchandises en bloc*, 1 Geo. V, 1910, c. 39, sanctionné le 4 juin 1910.

personne qui exploite une entreprise. La situation de défaveur dans laquelle la loi plaçait le commerçant-vendeur était pourtant déjà assez difficile à justifier sans qu'on l'élargisse davantage !

Pourtant, à ce chapitre, il ne semble pas que l'on puisse accuser notre législateur de s'être « inspiré » du droit étranger, puisque plusieurs des législations d'autres pays ont au contraire cherché à limiter la portée de leurs dispositions touchant la vente en bloc. Ainsi, certaines ont exclu de leur champ d'application les ventes autres que celles de marchandises ou de denrées⁵², ou ont limité leur application aux commerçants se livrant à la vente de marchandises⁵³. Les dispositions du *Uniform Commercial Code* reprennent des principes semblables⁵⁴.

Le second facteur dont il faut tenir compte est l'alourdissement considérable du mécanisme lui-même, et particulièrement lors de l'évaluation des garanties, qui devient un processus fortement judiciaire.

Signalons en effet que les formalités préliminaires à toute vente d'entreprise comportent plusieurs étapes dont la première est la confection, par le vendeur, d'un affidavit énonçant le nom de tous ses créanciers, de même que le montant, la nature et le solde de ces créances⁵⁵. En second lieu, un avis écrit doit être transmis aux créanciers prioritaires et hypothécaires du vendeur, l'évaluation de leur garantie. À l'expiration de ce délai, la personne chargée de distribuer le prix de vente doit préparer un bordereau de distribution⁵⁶ pour ensuite, à la fin d'une seconde période de 15 jours, procéder à la distribution du produit. Évidemment, les délais seront plus longs advenant qu'il y ait contestation à l'une ou l'autre de ces étapes.

Malheureusement, ces formalités risquent de retarder sérieusement, voire même de compromettre, de nombreuses ventes d'entreprises ; c'est du moins le problème qu'on a soulevé en Colombie Britannique⁵⁷.

52. Par exemple, l'Ontario, à l'article 1f) du *Bulk Sales Act*, R.S.O. 1980, c. 52 et le Manitoba, à l'article 1 de la *Loi sur les ventes en bloc*, R.S.M. 1970, c. B100, définissent la vente en bloc comme étant la vente du stock effectuée en dehors du cours habituel des affaires.

53. L'article 6 du *Bulk Sales Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967 c. 28, précise que l'application de la loi se limite aux vendeurs de marchandises, aux marchands à commission et aux manufacturiers.

54. L'article 6-102(1) et (3) restreint le domaine d'application du Code à la vente en bloc de denrées et de marchandises par une entreprise dont l'activité principale est la vente de marchandises, incluant le manufacturier.

55. Article 1823 de l'Avant-projet.

56. Article 1828 de l'Avant-projet.

57. LAW REFORM COMMISSION OF BRITISH COLUMBIA, *supra*, note 42, p. 34.

2.2. Des ouvrages résidentiels

Si la Chambre des notaires en est arrivée à conclure que le mécanisme de protection proposée dans le cadre de la vente d'entreprise n'était plus justifiée au Code civil, il en est autrement pour la proposition du législateur quant aux ouvrages résidentiels, domaine où le développement d'un régime de protection était essentiel.

En effet, l'actuel système des privilèges ouvriers, et même celui des hypothèques légales de la construction, n'apportent pas véritablement de solution satisfaisante au délicat problème de la sauvegarde des droits des intervenants. Il suffit de rappeler à cet égard les critiques adressées au législateur lors des commissions parlementaires d'août 1987 ; la Chambre des notaires du Québec avait alors souligné les nombreux problèmes qu'engendrait le régime préconisé de l'hypothèque légale, concluant qu'un réexamen en profondeur s'avérait indispensable⁵⁸.

2.2.1. L'orientation du Code civil

L'orientation du législateur apparaît ici clairement comme une alternative intéressante à l'approche curative et judiciarisée de l'hypothèque légale de la construction : on ne cherche pas à régler un différend entre le fournisseur impayé et le propriétaire de l'immeuble mais tout simplement à l'éviter.

Il ne serait d'ailleurs pas surprenant que l'Avant-projet se soit inspiré de la Loi ontarienne de 1983, qui prévoit aussi la création de trusts au bénéfice des créanciers de la construction⁵⁹.

En effet, tout comme sa contrepartie ontarienne, le *Code civil du Québec* prévoit la création d'une double fiducie, une première constituée entre les mains du propriétaire au bénéfice du constructeur⁶⁰, une seconde entre celles de ce dernier au profit des sous-entrepreneurs, fournisseurs et autres ayant participé à la construction ou la rénovation de l'ouvrage⁶¹.

Cette brève comparaison n'a pas pour but de dresser un quelconque parallèle entre les deux lois, mais plutôt de démontrer que la démarche que nous propose le législateur québécois n'est pas aussi originale qu'on pourrait

58. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur les sûretés réelles et la publicité des droits*, Montréal, juin 1987, p. 43-48.

59. *An Act to Revise the Mechanics' Lien Act*, S.O. 1983, c. 6, entré en vigueur le 2 avril 1983. Cette loi abroge la quasi-totalité des dispositions du *Mechanics' Lien Act* (R.S.O. 1980, c. 261). Une section intitulée « Trust Provisions » (art. 7-13) traite de la création des « trusts » et du paiement des créances de la construction par le « trustee ».

60. Art. 2189 al. 1 de l'Avant-projet.

61. Art. 2189 al. 2 de l'Avant-projet.

le croire *a priori*. Elle nous invite à nous demander si ce dernier n'aurait pas pu plutôt recourir à des institutions connues de notre droit pour apporter un remède efficace au problème.

2.2.2. L'orientation de la Chambre des notaires du Québec

Nous l'avons déjà dit, la Chambre des notaires est en principe favorable à toute proposition tendant à apporter une alternative valable au problème de l'hypothèque légale de la construction. Il serait donc injuste d'entreprendre une critique du régime que nous propose aujourd'hui le législateur sans d'abord se rallier à l'objectif sous-jacent de cet aspect de la réforme. En effet, il est indéniable que le nouveau concept rejoint tout à fait l'optique générale de la Chambre dans son effort de déjudiciarisation du droit et d'encouragement à recourir au droit préventif. Il apparaît beaucoup plus rentable et économique, tant pour l'individu que pour la collectivité, d'instaurer des mécanismes destinés à prévenir les conflits potentiels que d'imaginer, de mettre sur pied et de gérer une organisation de justice dont le but est de régler les conflits et de faire exécuter les décisions ainsi rendues. À ce titre, les objectifs de cette partie de la réforme sont très louables et la Chambre des notaires du Québec s'en réjouit.

Évidemment, l'amélioration préconisée n'est que limitée dans ses effets puisque d'une part, elle ne vise que le domaine des immeubles résidentiels ; elle n'entraînera donc pas la disparition de l'hypothèque légale de la construction dans le secteur de la construction commerciale. D'autre part, le mécanisme des fiducies n'éliminera pas l'hypothèque légale dans le cadre de la construction résidentielle, puisque ce recours demeurera accessible aux intervenants de la construction même résidentielle⁶², de sorte qu'il est très difficile pour l'instant de prévoir l'impact réel de la mesure.

En outre, et malgré la bonne volonté du Code, le régime accuse des carences importantes. En effet, si l'idée de confier à un fiduciaire la responsabilité de gérer les sommes impliquées dans le contrat de construction est valable à la base, le législateur a, croyons-nous, mal utilisé les institutions juridiques civiles mises à sa disposition par le nouveau Code et inutilement compliqué un régime qui se voulait simple au départ ; ce qui a déjà fait dire à certains que le nouveau processus était « lourd et coûteux » pour le consommateur⁶³.

62. Voir l'article 2190 *in fine* de l'Avant-projet.

63. « La réforme du code civil, *Les coûts de construction pourraient être affectés* », *Le Journal de Montréal*, samedi le 18 mars 1989, p. 33.

À cet égard, on peut certainement reprocher au régime des articles 2189 s. leur manque de cohérence avec les règles relatives à la fiducie du nouveau Code⁶⁴.

Le moment précis où sont créées ces fiducies pose, par exemple, une première difficulté d'interprétation, puisque l'article 2189 al. 1 demeure ambigu à cet égard. Le doute n'existe pas dans le cas de la seconde fiducie, car l'alinéa 2 de cette disposition établit clairement que la fiducie existe dès le moment où le client verse au professionnel les sommes pour la réalisation de l'ouvrage. Quant à la première fiducie, c'est-à-dire celle constituée entre les mains du propriétaire, il est fort difficile de déterminer l'instant précis de sa création, car l'affectation d'une somme à la construction est une notion plutôt floue. On pourrait peut-être penser qu'il s'agit du moment où le propriétaire obtient le financement requis ou signe le contrat de construction. Mais ce n'est certainement pas quand il remet les sommes au constructeur, puisque cet instant coïncide au contraire avec la naissance de la seconde fiducie. Cette première difficulté risque de créer de sérieux problèmes étant donné l'autonomie du patrimoine fiduciaire⁶⁵.

En second lieu, les articles 2189 et suivants soulèvent plusieurs interrogations sur la gestion même du patrimoine de la fiducie, puisqu'une tentative de coordination entre le régime de la fiducie et celui des ouvrages résidentiels nous porterait à conclure que, dans le cas des deux fiducies, constituant et fiduciaire sont la même personne. Dans le premier cas, le propriétaire cumule en effet ces deux états ; dans le deuxième, c'est le constructeur qui les cumule. De sorte que la gestion ne peut se faire qu'en procédant à la nomination d'un co-fiduciaire, soit par le constituant, soit par le tribunal⁶⁶. Outre la judiciarisation de cette nomination, le procédé peut également conduire à l'inefficacité du régime de protection. Qui le constituant désignera-t-il comme co-fiduciaire ? Pourquoi pas son conjoint ? Un ami ? Est-ce là une méthode susceptible d'assurer la saine gestion du patrimoine fiduciaire ? Le problème est particulièrement aigu, car le fiduciaire désigné par la loi, soit le client ou le constructeur, et le co-fiduciaire choisi par lui auront des intérêts directs et parfois opposés à ceux des bénéficiaires de la fiducie.

Enfin, la décision du législateur de confier l'administration de la fiducie à une personne souvent à ses premières armes⁶⁷ en la matière est grandement

64. Art. 1300 s., *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

65. *Id.*, art. 1301.

66. *Id.*, art. 1315 et 1316.

67. La constatation est particulièrement vraie pour la première fiducie.

discutable ; l'absence de garantie suffisante, dont l'existence d'une assurance-responsabilité, quant à la gestion des sommes en cause mine toute la crédibilité du régime.

C'est pourquoi la Chambre des notaires du Québec a conclu que les propositions du Code n'assuraient pas une protection réelle et efficace des intérêts en cause. En effet, non seulement le système proposé accuse des graves incohérences avec l'institution de la fiducie telle que déjà sanctionnée au Code civil, mais encore le législateur choisit-il de faire assurer la protection des personnes que le système est censé protéger par celles-là mêmes qui risquent le plus de le saboter.

C'est donc dans une optique de droit préventif, de déjudiciarisation et d'utilisation rationnelle de nos institutions de droit civil que la Chambre des notaires du Québec a suggéré, dans son *Mémoire*⁶⁸, l'amélioration radicale du mécanisme de protection. Si l'idée de base — la fiducie — est identique à celle que préconise l'Avant-projet, là toutefois s'arrête toute comparaison, car la proposition de la Chambre prévoit un mécanisme plus simple, plus sécuritaire et davantage en harmonie avec la fiducie des articles 1300 du *Code civil du Québec*.

Essentiellement, les propositions de la Chambre se résument en quatre idées maîtresses. D'abord, l'idée de création d'une double fiducie devrait être définitivement écartée au profit de l'instauration d'une seule fiducie.

En second lieu, l'administration du patrimoine fiduciaire devrait être confiée à un professionnel indépendant. Ce tiers, compte tenu des problèmes juridiques susceptibles de se présenter en cours de route, dont celui d'assurer une coordination harmonieuse des intérêts en présence, devrait être un juriste doté des outils nécessaires à une administration tout à fait sécuritaire, tant pour le client que pour le constructeur et les autres personnes concernées par la construction. De même, pour assurer que même en cas d'erreur, les intérêts des personnes que le législateur a voulu protéger soient sauvegardés, ce fiduciaire devait garantir son administration. Pour toutes ces raisons, la Chambre suggérait que le « fiduciaire de la construction » soit le notaire. En effet, déjà doté d'une comptabilité en fidéicommiss, dont la fidélité est soumise aux vérifications annuelles d'un comptable agréé et du service d'inspection professionnelle de la corporation, le notaire n'éprouverait aucune difficulté à opérer l'administration de ces sommes. Enfin, le régime d'assurance-responsabilité professionnelle obligatoire pour tous les notaires « garantit que toute victime d'une erreur notariale sera indemnisée »⁶⁹.

68. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire*, Partie I, p. 51-53.

69. *Id.*, p. 52.

Troisièmement, et comme mécanisme de remise de sommes, la Chambre suggérerait l'envoi d'un avis à tous les intervenants au projet de construction concerné, lesquels s'adresseraient ensuite directement au notaire fiduciaire pour le paiement. Un mécanisme simple d'autorisation du constructeur et du client permettrait le paiement rapide des factures.

Enfin, comme dernière recommandation, la Chambre concluait enfin que l'adoption du système qu'elle préconise enlèverait à l'hypothèque légale de la construction sa raison d'être ; elle suggérerait en conséquence son retrait pur et simple.

Conclusion

À la suite de cet exposé, on peut certainement mieux comprendre ce que la Chambre des notaires du Québec entend par la déjudiciarisation et la « simplification » du droit. Il est grand temps que les objectifs premiers du droit soient d'encourager l'établissement de bonnes relations entre les individus et non d'accorder des recours aux tribunaux. L'organisation rationnelle et efficace d'une société présuppose un ensemble de règles propres à en régir le fonctionnement. Ces dernières ne devraient pas être instaurées dans le but exclusif de prévoir des remèdes pour les situations où la machine a « mal fonctionné ».

Un système qui est censé organiser les droits des citoyens, mais qui est conçu exclusivement pour apporter des correctifs à ses propres lacunes, révèle une situation non seulement troublante, mais surtout symptomatique d'une société qui éprouve de sérieux problèmes de fonctionnement. La dynamique du droit devrait être au contraire de favoriser les relations harmonieuses des membres de la société qu'il gouverne et multiplier les occasions de satisfaction mutuelle de gens qui tissent entre eux des liens juridiques multiples et réciproques.

Cette vision du droit ne peut que stimuler le développement d'une société en accroissant sa productivité et, ultimement, en faisant de ses membres des citoyens heureux de leur environnement juridique.

Les thèmes présentés ci-dessus ont été choisis parmi d'autres que la Chambre des notaires a exposés au législateur et développés dans le cadre de ses mémoires touchant tous les Livres du nouveau Code civil. Ils ne constituent que des exemples du désir de la Chambre de poursuivre le travail déjà sérieusement amorcé. Et le souhait que formule actuellement la Chambre est que le législateur saisisse l'occasion de la réforme pour orienter la société québécoise des années 2000 vers le respect de la justice dans un climat d'entente et de productivité.