

IMMOBILIER

Jacques AUGER

Volume 110, Number 1, March 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045565ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045565ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

AUGER, J. (2008). IMMOBILIER. *Revue du notariat*, 110(1), 125–143.
<https://doi.org/10.7202/1045565ar>

IMMOBILIER

Jacques AUGER*

1. La clause résolutoire et la cession de rang 127
2. La vente pour taxes et le droit de retrait 129
3. La société et les droits sur les mutations
immobilières 132
4. L'environnement et la garantie de qualité. 135
5. Le droit de premier refus et la vente sous contrôle
de justice 137
6. L'empiètement : un concept relatif 140

* Notaire et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. LA CLAUSE RÉVOCATOIRE ET LA CESSION DE RANG

« Quand les mots ne veulent rien dire »

Le vendeur d'un immeuble, dont le solde de prix de vente est garanti par une hypothèque et une clause résolutoire, conserve-t-il le droit d'exercer cette dernière après qu'un créancier hypothécaire, à qui il a cédé l'antériorité sur tous ses droits, a exercé une prise en paiement de l'immeuble concerné ? D'aucuns pourraient penser que poser la question c'est y répondre, mais il a quand même fallu l'intervention de la Cour d'appel¹ pour apporter une solution satisfaisante à un litige qui aurait dû se régler beaucoup plus rapidement. Voici en quels termes était rédigée la cession de rang en cause :

20° CESSION DE RANG :

Le vendeur déclare être au courant que le comptant ayant servi à la présente acquisition, provient d'un emprunt hypothécaire contracté par l'acheteur auprès de CAISSE POPULAIRE LA TUQUE, résultant d'un acte d'obligation hypothécaire reçu devant le notaire soussigné, le 14 juin 2002, publié au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de La Tuque, sous le numéro 10 038 056 et que cette dernière a requis que ses droits soient de premier rang.

CONSÉQUEMMENT, afin d'accorder à CAISSE POPULAIRE LA TUQUE des droits de premier rang, le vendeur accorde expressément à CAISSE POPULAIRE LA TUQUE, priorité d'hypothèque et de tous autres droits et ce, pour le plein montant de son solde de prix de vente, soit la somme de VINGT ET UN MILLE DEUX CENT CINQUANTE DOLLARS (21 250,00 \$), plus tous intérêts, frais accessoires, le vendeur cédant à la Caisse Populaire La Tuque antériorité à toutes fins. En conséquence, tous les droits hypothécaires et autres droits de garantie de ladite Caisse auront priorité et préférence sur ceux du vendeur, et ce, tant dans l'ordre de collocation du prix de l'immeuble ou de l'indemnité d'assurance incendie qu'à l'égard de l'exercice du droit de devenir propriétaire dudit immeuble en vertu d'une clause résolutoire, tout comme si les droits résultant du présent acte avaient été inscrits après ceux de ladite Caisse.

1. *Caisse populaire de La Tuque c. Labre*, [2007] R.D.I. 259.

Malgré les termes explicites de cette cession de rang, le premier juge a rejeté la requête en radiation déposée par le créancier hypothécaire cessionnaire devenu propriétaire de l'immeuble par suite d'une prise en paiement exercée contre les acheteurs. Ce créancier demandait la radiation de la clause résolutoire et d'un préavis d'exercice de celle-ci inscrit par le vendeur cédant après la prise en paiement. Le juge en arrive à la conclusion que la clause résolutoire n'est nullement affectée par la prise en paiement au motif que céder son droit ne signifie pas renoncer à son droit². Il rejette donc la demande de radiation.

La Cour d'appel s'étonne, à juste titre, de la lecture faite par le premier juge de la clause de cession, comme si celle-ci se limitait exclusivement à une simple antériorité sur le produit d'une vente, alors que le texte va bien au-delà. Pour le tribunal d'appel, une conclusion différente s'impose à la seule lecture de cette clause : l'exercice par le créancier hypothécaire de son droit à la prise en paiement ne saurait éteindre son droit d'opposer au vendeur, à toutes fins, en tout état de cause et en toutes circonstances, la priorité de tous ses droits de garantie, incluant celui de prise en paiement, et, par voie de conséquence, le caractère absolu à l'égard du vendeur de son titre de propriété. Autrement dit, cette cession de rang équivaut à une renonciation par le vendeur à exercer la clause résolutoire advenant l'exercice par le créancier hypothécaire du droit de prise en paiement. La Cour d'appel ordonne donc la radiation de la clause résolutoire et du préavis d'exercice. C'est la conclusion qui s'imposait.

Ce litige n'est en rien attribuable à une rédaction imparfaite de la clause de cession de rang. Il y est explicitement écrit que tous les droits hypothécaires du créancier auront priorité et préférence sur ceux du vendeur, y incluant ceux qui lui proviennent de la clause résolutoire. Cela signifie nécessairement que la prise en paiement par le créancier fait perdre au vendeur le droit d'exercer sa clause résolutoire. Prétendre le contraire, c'est en quelque sorte, comme l'a bien vu la Cour d'appel, rendre le créancier hypothécaire qui exerce sa garantie prioritaire de prise en paiement responsable du paiement du solde de prix de vente.

Dans le Répertoire de droit de la Chambre des notaires, la formule proposée de cession de rang explicite les conséquences de la

2. *Caisse populaire de La Tuque c. Labre*, SOQUIJ AZ-50321246 (C.S.).

cession sur les droits respectifs des parties et énonce ce qu'il advient en cas de prise en paiement par le créancier cessionnaire³. C'est là une précision utile et souhaitable, mais pas absolument nécessaire. Même en son absence, il faut en arriver à la même lecture que celle que fait la Cour d'appel parce que les termes de la clause sont clairs. La règle voulant qu'il faille interpréter de manière restrictive une clause semblable ne doit pas être appliquée de façon à en contredire les termes. Prétendre que cette clause laisse intact le droit du vendeur d'exercer la clause résolutoire, après une prise en paiement par le créancier hypothécaire, c'est permettre au premier de faire le contraire de ce qu'il a promis au second.

2. LA VENTE POUR TAXES ET LE DROIT DE RETRAIT

« Quand celui qui paie ses dettes ne s'enrichit pas »

Que doit rembourser à l'adjudicataire qui a acquis un immeuble lors d'une vente pour taxes le propriétaire qui décide d'exercer le droit de retrait ? La réponse à cette question peut varier selon que l'immeuble en cause tombe sous l'empire de la *Loi sur les cités et villes*⁴ ou du *Code municipal du Québec*⁵.

La *Loi sur les cités et villes* édicte que :

531. L'immeuble vendu pour taxes peut être racheté par le propriétaire ou ses représentants légaux, en tout temps durant l'année qui suit la date de l'adjudication, sur paiement à l'adjudicataire du prix de vente, y compris le coût du certificat d'adjudication, avec intérêt à raison de dix pour cent par an, une fraction de l'année étant comptée pour l'année entière.

Quand l'immeuble vendu est un terrain vague, le montant payable à l'adjudicataire doit comprendre, en outre, la somme des taxes municipales et scolaires, générales ou spéciales imposées sur l'immeuble depuis la date de l'adjudication jusqu'à la date du rachat, si elles ont

3. « En conséquence, si le prêteur se prévaut de ses recours hypothécaires pour prendre en paiement les biens hypothéqués, ceux-ci seront alors libres de toutes hypothèques, **de tout droit de résolution** (s'il y a lieu) et de tous autres droits de garantie de l'intervenant qui s'engage alors de manière ferme, définitive et irrévocable à signer sur demande, toute mainlevée à cet effet. Si c'est plutôt l'intervenant qui se prévaut, soit de son droit de résolution (s'il y a lieu), soit de ses recours hypothécaires pour prendre en paiement les biens hypothéqués, ceux-ci continueront d'être grevés des hypothèques et autres droits de garantie du prêteur. »

4. L.R.Q., c. C-19.

5. L.R.Q., c. C-27.1.

été payées par l'adjudicataire ; si elles n'ont pas été payées, le retrait en libère l'adjudicataire et y oblige le propriétaire.

Quant au *Code municipal du Québec*, il édicte que :

1057. Le propriétaire de tout immeuble vendu en vertu du chapitre I du présent titre (articles 1022 à 1056), peut le retirer dans les deux ans qui suivent le jour de l'adjudication, en payant au secrétaire-trésorier de la municipalité régionale de comté sur le territoire de laquelle est situé cet immeuble, la somme déboursée pour le prix de l'acquisition, y compris le certificat d'acquisition et l'avis à l'officier de la publicité des droits, avec intérêt à raison de 10 % par an, toute fraction d'année étant comptée pour une année entière.

Comme on le constate, ces deux lois adoptent, en principe, la même approche. L'adjudicataire a le droit de réclamer le prix de vente, incluant le coût du certificat d'adjudication, avec intérêt au taux de 10 % l'an. Le *Code municipal du Québec* précise en outre que l'adjudicataire peut se faire rembourser le coût des réparations et améliorations nécessaires faites sur l'immeuble⁶. On ne retrouve pas cette précision dans la *Loi sur les cités et villes*, mais les règles générales du *Code civil du Québec* en matière d'impenses nécessaires sont au même effet⁷. Là où ces deux lois divergent, c'est lorsque l'immeuble en cause est un terrain vague. Si ce fait ne change pas la règle ci-dessus en ce qui concerne le *Code municipal du Québec*, il en va autrement pour la *Loi sur les cités et villes* qui accorde alors à l'adjudicataire le droit de se faire rembourser, en sus du prix de vente, les *taxes municipales et scolaires, générales ou spéciales imposées sur l'immeuble depuis la date de l'adjudication jusqu'à la date du rachat*. Cela a donné lieu à un litige entre un adjudicataire et un propriétaire désireux d'exercer le droit de retrait. Voici les faits pertinents.

En l'espèce, l'adjudication avait eu lieu le 23 août 2004. En sus du prix de vente, l'adjudicataire avait payé à la municipalité le solde des arrérages de taxes foncières depuis 2002, les taxes municipales et scolaires pour l'année 2004 et les taxes municipales pour l'année 2005. La demande de retrait a été déposée le 18 août 2005. Le propriétaire offrait de rembourser le prix de vente, y compris les droits de mutation et les frais de publication, l'intérêt de 10 %, les taxes scolaires pour l'année 2004 et les taxes municipales pour l'année

6. Voir l'article 1060 du *Code municipal du Québec*.

7. Voir l'article 958 C.c.Q.

2005. Le désaccord entre les parties porte uniquement sur les taxes municipales pour l'année 2004 pour lesquelles l'adjudicataire prétend avoir le droit d'être remboursé, ce que conteste le propriétaire.

On doit noter que le litige ne concerne aucunement le solde des arrérages de taxes foncières depuis 2002 que l'adjudicataire a payé à la ville du fait que le prix de vente aux enchères s'est avéré insuffisant pour couvrir toutes les taxes impayées au moment de l'adjudication. Ce solde peut être réclamé par la ville à l'adjudicataire en vertu de l'article 498 de la *Loi sur les cités et villes*, comme ce fut le cas en l'espèce, et il doit en supporter définitivement le fardeau. Les seules taxes susceptibles d'être remboursées à l'adjudicataire sont celles *imposées sur l'immeuble depuis la date de l'adjudication jusqu'à la date du rachat*. Qu'est-ce à dire ? C'est la question à laquelle devait répondre la Cour supérieure⁸.

Pour le juge, il faut donner aux mots ci-dessus leur sens littéral, ce qui, selon lui, signifie que seules les taxes décrétées entre la date de l'adjudication et celle du rachat sont visées. Le seul fait de payer des taxes durant cette période ne suffit pas si celles-ci ont été imposées avant l'adjudication. Dans cette affaire, les seules taxes imposées après le 23 août 2004 étaient les taxes scolaires pour l'année 2004 et les taxes municipales pour l'année 2005. Le tribunal a limité le droit au remboursement à ces seules taxes.

On ignore à la lecture de cette décision à quel moment précis les taxes municipales de 2004 ont été imposées et à quel moment elles sont devenues exigibles. On ne sait pas non plus si elles étaient payables par versements périodiques. Tout ce que l'on sait, c'est qu'elles ont été imposées avant l'adjudication et payées après. Le tribunal a pour sa part retenu l'hypothèse que les taxes municipales deviennent exigibles à la date où elles sont imposées. Cela aurait-il changé quelque chose si la preuve avait établi que les taxes municipales pour l'année 2004, bien qu'imposées avant l'adjudication, n'étaient devenues exigibles, en tout ou en partie, qu'après l'adjudication ? On ne peut pas vraiment le savoir, mais il n'est pas du tout évident que cela aurait changé quoi que ce soit. Le tribunal a mis l'accent sur la date d'imposition, comme le lui suggérait le texte de la loi en cause. L'adjudicataire insatisfait a porté sa cause en appel⁹.

8. *Administration Citadelle Inc. c. Immeubles Liré Inc.*, J.E. 2007-1974 (C.S.).

9. Inscription en appel, 2007-09-28 (C.A.) 200-09-006109-075.

Pour l'heure, il faut retenir qu'un adjudicataire ne peut pas, en principe, réclamer du propriétaire, lors du retrait, les taxes foncières qu'il a payées. La seule exception concerne les taxes imposées, après l'adjudication, sur les terrains vagues régis par la *Loi sur les cités et villes*. Cela doit être pris en compte au moment des enchères.

3. LA SOCIÉTÉ ET LES DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES

« Quand il n'y a pas place à interprétation »

La Cour d'appel du Québec met fin au courant jurisprudentiel qui faisait bénéficier les sociétés, autres que les sociétés par actions, d'une exonération des droits sur les mutations immobilières. Le litige qui a donné lieu à cette intervention attendue n'a rien de nouveau.

Une société par actions achète un immeuble d'une société en commandite. Ces deux entités sont étroitement liées étant contrôlées en totalité par les mêmes personnes. L'acte de vente prévoit que la transaction est exonérée des droits de mutation en raison des dispositions du paragraphe d) de l'article 19 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹⁰ (ci-après la Loi) qui se lit comme suit :

- d) le transfert est effectué entre deux personnes morales étroitement liées ;

La ville refuse la demande d'exonération. Les parties à la vente s'adressent alors au tribunal par requête pour jugement déclaratoire qui doit déterminer si la transaction intervenue bénéficie de l'exonération prévue à l'article 19d) de la Loi.

Pour le juge de première instance¹¹, la seule véritable question qui se pose est celle de savoir si l'exonération du paragraphe 19d) s'applique à une société en commandite puisqu'il n'est aucunement contesté que le vendeur et l'acheteur sont des personnes liées. Ce qui revient à se demander si une société en commandite est une personne morale puisque l'exonération prévue à ce paragraphe ne vise

10. L.R.Q., c. D-15.1.

11. *Polyclinique médicale Fabreville s.e.c. c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 1832 (C.S.).

que des personnes morales. Le tribunal est d'avis qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question et il y arrive en se basant sur deux définitions du mot personne.

La première vient de la *Loi d'interprétation*¹² qui énonce au paragraphe 16 de l'article 61 que : « Le mot personne comprend les personnes physiques ou **morales**, leurs héritiers ou représentants légaux, à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent. » La seconde vient de l'article 1 de la Loi qui définit le mot personne ainsi : « Une personne ainsi qu'une fiducie, **une société**, une association, un syndicat et tout autre groupement de quelque nature que ce soit ».

Affirmant que rien dans la Loi ne s'oppose à ce que le mot personne englobe les personnes physiques et morales comme le prévoit la *Loi d'interprétation* et présumant la volonté du législateur de vouloir élargir la notion de personne morale pour les fins de l'application de la Loi, le juge procède à une analyse que l'on peut résumer ainsi : le mot « personne » comprend une personne morale, or une personne s'entend aussi d'une société, donc une société est une personne morale et elle bénéficie en conséquence de l'exonération de l'article 19d) de la Loi. Syllogisme ou sophisme ?

Pour la Cour d'appel¹³, la Loi ne contient aucune définition propre de « personne morale », mais les termes du second alinéa de l'article 19 éliminent tout doute possible sur le sens à donner à cette locution. Ces mots ne concernent de toute évidence qu'une compagnie. En outre, ajoute la Cour d'appel, l'article 2188 C.c.Q. qui énumère les différents genres de société énonce expressément que seule la société par actions est une personne morale. L'exonération de l'article 19d) de la Loi ne peut donc pas s'appliquer au transfert intervenu parce qu'il n'a pas eu lieu entre deux personnes morales.

Ayant vraisemblablement anticipé cette conclusion, le vendeur et l'acheteur avaient soumis deux arguments additionnels pour étayer leur prétention. Le premier repose sur l'idée du « vide juridique ». Il consiste à dire qu'il est inadmissible qu'une société en commandite, du fait qu'elle n'est ni une personne physique ni une personne morale, soit privée d'une exonération que la Loi accorde à ces deux catégories de personnes. Pour pallier cela, il y aurait lieu

12. L.R.Q., c. I-16.

13. *Polyclinique médicale Fabreville s.e.c., c. Laval (Ville de)*, [2007] R.J.Q. 557 (C.A.).

d'assimiler une société en commandite à un « groupe de personnes physiques » afin qu'elle bénéficie de l'exonération mentionnée au paragraphe a) de l'article 19 de la Loi.

La Cour d'appel rétorque qu'il est inexact de prétendre que la Loi ne parle que de personne physique ou de personne morale. Elle vise aussi les fiducies, les associations, les syndicats, les sociétés et tout autre groupement de quelque nature que ce soit. Il s'agit là d'une énumération qui se veut exhaustive et de laquelle on ne peut déduire un vide juridique. L'article 19a) qui ne concerne que les personnes physiques et morales ne peut donc pas s'appliquer à une société en commandite¹⁴.

Le second argument est fondé sur l'absence d'un changement significatif de patrimoine et il trouve appui dans les propos du juge Delisle qui écrivait :

Le but de la Loi est de permettre à une municipalité de percevoir un impôt sur le transfert du droit de propriété d'un immeuble situé dans son territoire. La Loi accorde une exonération de cette taxe lorsque, entre autres, le transfert ne s'effectue pas à distance, c'est-à-dire lorsque le droit de propriété est transféré entre deux personnes liées. Cette exonération s'explique par le fait que la transaction ne représente pas alors un changement significatif de patrimoine. L'article 19 de la Loi énumère sept de ces cas : [...] ¹⁵

La Cour d'appel reconnaît que ce passage a été souvent utilisé pour accorder des exonérations non spécifiquement prévues par la Loi au motif que le transfert en cause n'impliquait pas un changement significatif de patrimoine. Désireuse de freiner cette tendance, elle déclare que le but de ce passage est seulement de souligner que les exemptions énumérées à l'article 19 de la Loi sont des cas où il n'y a pas un changement significatif de patrimoine et qu'il n'a pas pour effet de créer une règle d'interprétation permettant d'accorder une exonération chaque fois que, en dehors des cas prévus, il n'y a pas un tel changement. Voici en quels termes elle conclut :

Malgré toute la sympathie que peut engendrer la situation des intimes, il ne relève pas des tribunaux de légiférer. Si le législateur consi-

14. Encore récemment un tribunal en était arrivé à la conclusion contraire. Voir 9137-1096 *Québec Inc. c. Montréal (Ville de)*, 2006 QCCQ 5136 (QC). Voir aussi Charline BOUCHARD, *La société en nom collectif et les droits de mutations – est-il possible qu'un tribunal règle enfin la question ?* *Extracte*, 2007, vol. 16, n° 4, p. 6.

15. *Doucet c. St-Jean-sur-Richelieu (Municipalité de)*, [1998] R.D.I. 533 (C.A.).

dère que les exonérations énumérées à l'article 19 de la Loi devraient être élargies, il lui appartient d'agir.¹⁶

Cette décision devrait mettre fin à un débat qui a assez duré et qui créait de l'insécurité.

4. L'ENVIRONNEMENT ET LA GARANTIE DE QUALITÉ

« Quand on nage en eau trouble »

La garantie de qualité à laquelle est tenu le vendeur protège l'acheteur contre les vices cachés. Elle donne lieu, en matière immobilière, à de nombreux litiges qui ont souvent pour cause une défectuosité matérielle du bien vendu, telle une fuite d'eau dans les fondations. Cette garantie couvre aussi des défectuosités fonctionnelles, lorsque le bien vendu ne peut servir à l'usage auquel il est destiné ou des défectuosités conventionnelles, lorsque le bien ne peut servir à l'usage particulier que les parties avaient en vue. Une affaire récente¹⁷, quelque peu inusitée, nous amène à la limite de la garantie de qualité et peut-être même au-delà. Deux personnes cherchaient une maison dans les Laurentides avec façade sur un lac et permettant la baignade à partir de la grève. Immédiatement après une courte visite d'une propriété possédant apparemment ces caractéristiques, elles font une offre d'achat conditionnelle à l'obtention du financement et à un rapport d'inspection satisfaisant. Le même jour, elles retournent sur les lieux afin d'examiner à nouveau la propriété. Elles apprennent d'un invité du propriétaire que celui-ci se baigne dans le lac et elles remarquent que des buissons ont été enlevés sur la grève, libérant un espace pour faciliter l'accès au lac. Le jour suivant, le propriétaire accepte l'offre. Subséquemment, lors de l'inspection, il rencontre les acheteurs et il leur précise que les buissons ont été enlevés afin de permettre l'accès au lac et il leur confirme, en réponse à des questions, que le lac est accessible et qu'on peut s'y baigner à partir de la grève. La vente est finalement conclue.

Après la prise de possession, les acheteurs constatent que l'accès au lac à partir de la grève est difficile parce que le fond du lac est mou et que l'on s'enfonce dans la vase jusqu'aux genoux selon l'un, ou jusqu'aux chevilles selon l'autre. Ils déplorent de plus que le

16. *Polyclinique médicale Fabreville s.e.c. c. Laval (Ville de)*, [2007] QCCA 426, par. 29.

17. *Renz c. De Lafontaine*, [2007] R.D.I. 442.

lac est envahi à compter du mois de juin par des lys d'eau, ce qui n'était pas le cas lors de leur visite en mai. Le propriétaire admet ne pas leur avoir mentionné, lors de la rencontre, que le fond du lac est vaseux, précisant que cela est visible de la grève. Il reconnaît aussi l'existence de lys d'eau, ajoutant que ceux-ci n'occupent qu'environ 20 % de la surface du lac et qu'il n'y en a jamais en face du quai. Affirmant qu'ils n'auraient pas acheté cette propriété s'ils avaient connu ces faits, les acheteurs réclament une diminution substantielle du prix et le débat s'engage sur la base des règles de la garantie contre les vices cachés.

Pour que cette garantie puisse être mise en œuvre, il faut bien sûr qu'il y ait un vice caché. Cela amène le tribunal à se demander si le fond d'un lac peut être affecté par un vice caché. Autrement dit, est-ce que le fond d'un lac, dans son état naturel, peut avoir des défauts matériels sujettes à la garantie légale de l'article 1726 C.c.Q. ? Soulignant que le lac en cause n'a pas été créé artificiellement, le juge déclare que la condition du fond, dans son état naturel, ne peut être qualifiée de défectueuse parce qu'il n'existe aucune norme établissant que le fond d'un lac doit être ferme ou sablonneux ou les deux à la fois. Cela vaut aussi pour la présence des lys d'eau qui, en l'absence de toute norme établissant qu'un lac ne doit pas en contenir, ne peuvent constituer un vice caché. Le tribunal adopte cette approche par analogie avec la jurisprudence qui, en matière de sous-sol, reconnaît qu'il n'existe aucun critère permettant de déterminer si, dans son état naturel, il peut renfermer des vices cachés¹⁸. Le lac ne comporte donc aucune défectuosité matérielle au sens où cela s'entend en matière de vices cachés. Cela ne suffit toutefois pas pour régler le litige parce que les acheteurs invoquent aussi la mauvaise foi du vendeur et le non-respect de son devoir de divulgation du fait de ne pas leur avoir fourni l'information concernant l'état vaseux du fond du lac et la présence de lys d'eau. À cela le tribunal répond que les acheteurs n'ont posé que deux questions spécifiques au vendeur qui leur a fourni des réponses affirmatives et exactes quant à la possibilité de nager dans le lac et d'y accéder à partir de la grève. Malgré toute l'importance qu'ils attachent aujourd'hui à cette question, ils n'ont jamais tenté au moment de l'achat de savoir de la part du propriétaire quel était l'état du fond du lac et ils n'ont fait eux-mêmes aucun geste pour le découvrir. Ils n'ont pas non plus indiqué au vendeur qu'ils désiraient que le fond du lac en face de la propriété soit solide ou sablonneux et le vendeur

18. *Petrone c. Montagano*, [2003] R.D.I. 608 ; 9011-9041 *Québec Inc. c. 9051-4829 Québec Inc.*, J.E. 2007-395 ; *Boudreau c. Germain*, [1989] R.D.I. 250.

n'a fourni aucune assurance à cet égard. En somme, il n'y a pas non plus de défectuosité fonctionnelle, ni conventionnelle et leur demande de réduction du prix est rejetée.

La conclusion à laquelle en arrive le tribunal ne surprend pas. On peut toutefois se demander si les circonstances de cette affaire amenaient inévitablement le débat sur le terrain des vices cachés. La garantie de qualité concerne, comme le précise l'article 1726 C.c.Q., le bien vendu et ses accessoires. Ce qui a été vendu ici, c'est un terrain en bordure d'un lac avec une bâtisse dessus construite. Rien ne permet de savoir si le fond du lac en face du terrain a été cédé avec la propriété. En supposant qu'il ne l'ait pas été, comme c'est le plus souvent le cas, le vendeur pouvait-il réclamer une diminution de prix sur la base des règles de la garantie de qualité en invoquant l'état vaseux du fond du lac et la présence de lys d'eau ? À moins de considérer le lac comme l'accessoire de la propriété riveraine au sens de l'article 1276 C.c.Q., ce qui n'est pas vraisemblable, on peut en douter. Si le vendeur avait donné aux acheteurs des garanties sur la nature du fond du lac ou sur la qualité de son eau, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce, aurait-il été pertinent alors de situer le débat sur le terrain des vices cachés ? C'est tout aussi douteux. Il s'agit plutôt, en pareilles circonstances, d'un manquement à une obligation contractuelle, celle de livrer un bien conforme à ce qui a été convenu.

Quoi qu'il en soit, cette affaire est porteuse de leçons. Un acheteur devrait poser directement au vendeur toutes les questions qu'il juge importantes concernant l'environnement d'un immeuble. Il aurait aussi avantage à procéder lui-même aux vérifications susceptibles de répondre à ces mêmes questions. Enfin, ses chances d'avoir gain de cause en cas de difficultés seront d'autant meilleures qu'il aura obtenu du vendeur une garantie conventionnelle.

5. LE DROIT DE PREMIER REFUS ET LA VENTE SOUS CONTRÔLE DE JUSTICE

« Quand on cède plus que ce que l'on détient »

Le droit de premier refus que l'on appelle aussi « droit de préemption » ou encore « pacte de préférence » est un accord par lequel une partie s'engage, pour le cas où elle déciderait de vendre son bien, à l'offrir à l'autre¹⁹. Le pacte de préférence se distingue de

19. Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 39.

la promesse de vente en ce que, dans la promesse de vente, le promettant est lié, alors que dans le pacte de préférence, le promettant n'est lié que s'il décide de vendre à un tiers, ce qu'il demeure toujours libre de faire ou de ne pas faire²⁰. Cette distinction entraîne des conséquences concernant les effets respectifs de ces deux types d'avant-contrats. Le refus de donner suite à une promesse de vente donne droit à son bénéficiaire à l'action en passation de titre²¹ ou subsidiairement à des dommages-intérêts si le bien a été vendu à un tiers, alors que le seul recours du bénéficiaire d'un pacte de préférence, en cas de violation, est l'action en dommages-intérêts²². Ce bénéficiaire ne peut pas exiger la passation du titre ni attaquer la validité de la vente faite à un tiers en dérogation du pacte.

Le droit de premier refus est bien connu dans le monde de l'immobilier et, en particulier, des notaires qui sont souvent les rédacteurs de ce type de conventions. Malgré le caractère strictement personnel de ce droit, il n'en soulève pas moins à l'occasion des litiges qui paralysent des transactions immobilières²³. Encore récemment une question intéressante a été soumise à l'attention du tribunal et la décision rendue apporte un éclairage additionnel sur le sujet²⁴.

Un droit de premier refus est accordé par un créancier hypothécaire de premier rang à un créancier hypothécaire de troisième rang sur toute offre reçue concernant l'immeuble hypothéqué. Dès le lendemain, ce premier créancier entreprend l'exercice de ses droits hypothécaires et il obtient l'autorisation de faire vendre sous contrôle de justice de gré à gré l'immeuble hypothéqué. Le tribunal désigne un notaire pour procéder à la vente. Il n'est pas fait mention du droit de premier refus dans les conditions de la vente. Subséquemment, le premier créancier informe le troisième qu'une offre a été faite et il lui indique qu'il a 5 jours pour en égaler les conditions, ce que fait ce créancier. Peu de temps après, le premier créancier déclare au troisième que ce n'est que par courtoisie qu'il l'a informé et qu'il ne peut, tant pour des motifs juridiques que financiers,

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

21. Art. 1712 C.c. Q.

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

23. Voir une chronique antérieure sur le même sujet : Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence en matière de droit immobilier, Le pacte de préférence », (2005) 107 *R. du N.* 124.

24. *Immeubles Marie-France Fournier Inc. c. Banque Laurentienne du Canada*, 2007 QCCS 2472. Appel rejeté sur requête, 2007 QCCA 1229.

accepter l'offre que ce dernier lui a faite. D'où, faut-il s'en étonner, le litige. Par requête pour jugement déclaratoire, le créancier frustré demande au tribunal de reconnaître son droit de premier refus.

Le principal argument soumis au soutien de la demande est que le créancier hypothécaire de premier rang pouvait valablement accorder un droit de préemption sur un immeuble qui ne lui appartenait pas puisqu'il allait, le lendemain, devenir la personne autorisée aux fins de le vendre de gré à gré sous contrôle de justice. Le tribunal souligne que tel aurait pu être le résultat si ce créancier avait exercé le droit de devenir propriétaire de l'immeuble, mais il a plutôt choisi de le faire vendre en justice. Il précise en outre que ce n'est pas le créancier qui est la personne autorisée à vendre l'immeuble selon les termes du jugement en délaissement, mais bien un notaire. S'appuyant sur les dispositions de l'article 902 C.p.c., le juge ajoute que le créancier ne pouvait être la personne désignée pour vendre l'immeuble. Tout au plus pouvait-il suggérer au tribunal le nom d'une personne. La conclusion s'impose donc d'elle-même. Le premier créancier ne pouvait légalement accorder un droit de premier refus sur un bien ne lui appartenant pas et qu'il n'était pas chargé par le tribunal de vendre. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*²⁵. C'est peut-être une vérité de La Palice, mais ce n'en est pas moins un principe juridique de base que le législateur énonce clairement en matière de vente à l'article 1713 C.c.Q.

Le juge ajoute que la décision serait demeurée la même dans l'hypothèse où le premier créancier avait été nommé pour vendre en justice l'immeuble ou dans le cas où la personne désignée avait été signataire du pacte de préférence. La raison en est que la personne autorisée à vendre en justice devient en quelque sorte un officier de justice qui a des comptes à rendre non seulement aux créanciers hypothécaires, mais aussi au tribunal et au propriétaire de l'immeuble au nom de qui il agit²⁶. Cette personne doit agir avec prudence et diligence et s'assurer d'obtenir le meilleur prix possible pour le bien. L'obliger à respecter un droit de premier refus irait à l'encontre des objectifs de la loi. Sur ce dernier point, le tribunal trouve appui dans deux décisions où l'on a refusé d'assujettir la

25. Personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 323.

26. L'article 2793 C.c.Q. précise que la personne chargée de vendre agit au nom du propriétaire.

vente sous contrôle de justice à un droit de premier refus. Dans un cas, la demande venait de la caution du propriétaire de l'immeuble vendu qui voulait que le tribunal, dans les conditions de la vente, lui attribue un droit de premier refus²⁷. Dans l'autre, la même demande était formulée par le bénéficiaire d'un droit de premier refus accordé par le propriétaire de l'immeuble vendu²⁸.

Dans toutes ces décisions, on a considéré que la discrétion judiciaire dont dispose le tribunal aux termes des articles 2791 C.c.Q. et 901 C.p.c. quant aux conditions et charges de la vente, ne permet pas d'imposer à des tiers le respect d'un droit de premier refus. Dans une décision antérieure concernant toujours la vente sous contrôle de justice, le tribunal avait reconnu qu'il était contraire à la loi, dans une vente aux enchères ou par appel d'offres, de fixer une telle condition. Mais, il a reconnu que cela était possible, selon les circonstances, dans une vente de gré à gré²⁹. Cette nuance est difficile à justifier, car dans les trois cas il s'agit d'une vente forcée qui s'accommode mal d'un droit de premier refus susceptible d'avoir un impact négatif sur le résultat de la procédure.

Le débat n'est pas clos, mais le poids de la jurisprudence penche du côté de l'illégalité de la condition assujettissant une vente sous contrôle de justice au respect d'un droit de premier refus. Pour la personne chargée de vendre le bien, la ligne de conduite est simple. Elle n'a pas à tenir compte d'un droit de premier refus, sauf si le tribunal l'y oblige en fixant les conditions de la vente.

6. L'EMPIÉTEMENT : UN CONCEPT RELATIF

« Quand tout est question de perspective »

Tous ceux qui œuvrent en droit immobilier savent bien que l'empiétement est un phénomène inévitable dû à l'incertitude qui souvent existe quant aux limites respectives de lots contigus. Longtemps ignoré par le législateur, ce n'est que depuis 1994 qu'il fait l'objet d'une disposition spécifique : l'article 992 C.c.Q. Il existe déjà

27. *Banque de développement du Canada c. Industries Falmech Inc.*, AZ-50278700 (C.S.).

28. *Banque Nationale du Canada c. Produits forestiers Labrieville Inc.*, C.S. Chicoutimi, 150-17-000814-043, 27 août 2004, j. Moulin.

29. *Bandera Investment Co. c. Projet d'urbanisation 2000 Inc.*, [1994] R.D.I. 94.

une littérature assez importante³⁰ sur cet article et elle s'enrichit régulièrement des décisions des tribunaux. Il ne s'agit pas ici de reprendre ce qui a déjà été dit sur l'empiètement, mais simplement d'illustrer, à partir d'une décision récente³¹, à quel point le concept d'empiètement est relatif.

Une personne acquiert, en 1993, une partie de lot qu'elle fait alors subdiviser. En 1997, elle entreprend d'y construire une maison tout en ayant été préalablement avisée par le voisin qu'il y avait incertitude quant à la ligne séparative de leur propriété respective. En 1998 et après la fin de la construction, le voisin signifie un avis de bornage, processus qui se termine six ans plus tard par l'homologation par la Cour supérieure du procès-verbal de bornage. Le plan préparé à partir des bornes posées par l'arpenteur-géomètre démontre que le tiers du lot acquis en 1993 appartient au voisin et que la majeure partie des constructions, ouvrages et plantations qui ont été effectués en 1997 s'y trouvent. Il y a donc empiètement, c'est le moins que l'on puisse dire.

Il n'est malheureusement pas possible, à la seule lecture de la décision, de visualiser l'empiètement, faute de voir les plans soumis au tribunal. Dans le résumé de l'arrêtiste on peut lire que la maison en question est construite sur le terrain du voisin, alors que le juge écrit que la maison construite et ses accessoires *sont situés en majeure partie* sur la portion du lot attribué au voisin. Il faut donc retenir cette dernière version bien sûr, mais on peut se demander ce qui serait advenu si tous les travaux avaient été faits chez le voisin. S'agit-il alors d'un empiètement régi par l'article 992 C.c.Q. ? Sans s'étendre sur cette question qui n'a pas été soulevée, on peut penser que la notion d'empiètement implique une construction faite en partie sur le terrain du voisin. Le législateur ne définit pas la notion « d'empiètement », mais il parle d'un propriétaire *qui a bâti au-delà des limites de son fonds sur une parcelle de terrain qui appartient à autrui*. Cela implique, nous semble-t-il, que la construction doit déborder, c'est-à-dire être partiellement assise sur le fonds du constructeur et sur celui du voisin. Si tout a été construit chez autrui, on n'est plus en présence d'un empiètement et l'article 992 C.c.Q. n'est plus pertinent. Il s'agit plutôt d'un problème d'accession artificielle

30. Voir notamment : F. FRENETTE, « La problématique de l'empiètement », (1999) 101 R. du N. 97 ; D. VINCELETTE, *La législation de l'empiètement du voisin : les premiers pas de l'article 992 C.c.Q.*, dans J. BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 145.

31. *Gaudet c. St-Jean*, J.E. 2007-2021 (C.S.).

et ce sont les articles 955 et suivants qui trouvent application. Cela peut faire une grande différence quant à la solution du litige.

Pour revenir à la présente affaire, il faut retenir qu'il y a empiètement. Il faut aussi noter que la bonne foi du constructeur n'est pas mise en doute. Même s'il a été avisé avant le début des travaux qu'il pouvait y avoir incertitude quant aux limites de son terrain, il détenait un titre qui lui attribuait la propriété du terrain sur lequel il a construit et ce n'est qu'après la fin des travaux qu'une procédure officielle en bornage a été entreprise. Étant donné que le voisin demande la démolition des constructions, la principale question consiste pour le tribunal à déterminer si l'empiètement est considérable ou non. Comme le précise clairement l'article 992 C.c.Q., ce n'est que dans le cas d'un empiètement « considérable » ou qui « cause un préjudice sérieux » que la victime peut exiger la démolition lorsque le constructeur est de bonne foi.

Chose certaine, ce n'est pas le pourcentage que représente la partie de la construction qui déborde chez le voisin qui détermine le caractère de l'empiètement. C'est par rapport à la victime que la question se pose et en fonction des conséquences sur son droit de propriété. Tout devient alors beaucoup plus relatif. Dans le présent cas, la preuve établit que le 1/3 du lot que pensait détenir le constructeur appartient au voisin et que c'est sur cette parcelle que la majorité des travaux ont été effectués. En ne considérant que ce lot, on peut dire, comme le fait la victime, que la maison et les installations empiètent dans une proportion de 6/7 sur sa propriété. Est-ce suffisant pour conclure que l'empiètement est considérable ? Non, selon le tribunal, parce qu'il faut tenir compte, pour déterminer le caractère de l'empiètement, non seulement du lot en question, mais aussi des autres terrains contigus que possède la victime et de ce qu'il projette d'y faire. Comme en matière d'hypothèque légale de la construction, c'est l'unité d'exploitation qu'il faut considérer.

Après une preuve très élaborée soumise par les experts des deux parties quant aux conséquences de l'empiètement sur les projets de développement des terrains de la victime, le juge conclut ainsi :

Vu ce qui précède, le Tribunal est d'avis que l'étendue de l'empiètement doit être appréciée en fonction de la superficie totale du terrain que le défendeur avait l'intention de développer sur la Pointe Maurice, soit une proportion de 1049 mètres carrés ou 11 301 pieds carrés sur environ 15 600 mètres carrés ou 168 000 pieds carrés, ce qui est modeste dans les circonstances.

Après analyse de l'ensemble de la preuve, le Tribunal conclut, qu'en l'espèce, le défendeur n'a pas rempli le fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il a subi un empiètement considérable ou un préjudice sérieux au sens du deuxième paragraphe de l'article 992 C.c.Q.³²

Par son libellé, l'article 992 C.c.Q. accorde au juge toute la discrétion dont il a besoin pour tenir compte des particularités de chaque cas d'espèce. Cela est tout à fait nécessaire en cette matière et il ne faut donc pas s'étonner de la grande relativité du concept d'empiètement. C'est le propre d'une vraie règle générale d'être ainsi formulée. Ce qu'écrivait Portalis il y a plus de 200 ans demeure tout à fait pertinent :

La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au droit commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées.³³

32. *Gaudet c. St-Jean*, 2007 QCCS 4432, par. 73 et 74.

33. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences, 1999, p. 23.