

OBLIGATIONS

Daniel GARDNER

Volume 113, Number 1, March 2011

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044784ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044784ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GARDNER, D. (2011). OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 113(1), 69–99.
<https://doi.org/10.7202/1044784ar>

OBLIGATIONS

Daniel GARDNER*

1- QUAND LE TEMPS VIENT AU SECOURS DES ABUSEURS	72
2- L'AUTONOMIE DES DOMMAGES PUNITIFS	75
3- SI ON NE PEUT MÊME PLUS SE FIER À UNE PROCURATION NOTARIÉE	81
4- LA MISE EN VENTE D'UN IMMEUBLE À L'AIDE D'UN COURTIER N'EST PAS UNE OFFRE DE VENDRE	87
5- LE JEU DES CLAUSES INTERDITES	90
EN GUISE DE CONCLUSION : FRAUDE ET CORRUPTION DANS LES CONTRATS MUNICIPAUX	97

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

Fraude, corruption, nominations partisans, bandits à cravate et à jupons : cette chronique pourrait être d'une lecture passionnante si elle s'en tenait à ce programme. Malheureusement, les décisions jurisprudentielles rendues en 2010 sont généralement beaucoup moins flamboyantes ; du moins aurai-je réussi à capter votre attention avec une telle introduction. Il y aura bien quelques histoires de fraude auxquelles des notaires ont été associés, de manière bien involontaire. Il y aura aussi les suites de drames terribles qui ont fait la Une des journaux, chacun à leur époque. Ce sont ces histoires, grandes et petites, dont je vous propose un résumé. J'ai tenté de donner une importance à peu près égale aux décisions concernant le droit des contrats et à celles touchant la responsabilité civile, sans oublier de traiter des règles relatives à la prescription, complément naturel du droit des obligations.

Un auteur et critique d'art anglais du XIX^e siècle, Philip Hamerton, a écrit que « L'art de lire consiste à savoir sauter des pages ». La recette est toujours valable au XXI^e siècle et pourra être appliquée par le notaire ne désirant se tenir informé que des décisions touchant directement sa profession. Les deux premières sections de la présente chronique, consacrées à des arrêts rendus par la Cour suprême dans les derniers mois de 2010, pourront ainsi être lues ou évitées, à son gré. Par ailleurs, comme à l'habitude, le notaire pressé pourra se contenter de lire la première partie de chacune des sections du présent texte : il y trouvera un résumé de la décision ainsi que de brefs commentaires sur sa portée. Le notaire curieux poursuivra sa lecture avec la section « Pour aller plus loin », afin de replacer la décision dans son contexte ou de prendre connaissance de l'opinion personnelle de l'auteur sur l'ensemble de la question.

La section consacrée habituellement au « Suivi des chroniques antérieures » sera intégrée à l'intérieur de chacune des rubriques de la présente chronique. Il y avait en effet, cette année, moins de choses à dire par rapport à des sujets déjà traités dans des chroniques précédentes.

1- Quand le temps vient au secours des abuseurs

La décision de la Cour suprême la plus médiatisée de l'année fut en même temps la plus courte. Elle tient en fait dans le paragraphe qui suit :

Le point de départ de la prescription soulevait des questions de fait qui ne pouvaient pas être résolues à la simple lecture du dossier. Le juge du procès devra évaluer la preuve pour décider si les faits permettent de tirer des inférences établissant que la prescription n'a pas commencé à courir avant 2006 ou, possiblement, qu'elle a été suspendue en raison des circonstances de l'espèce.¹

Remontons un peu dans le temps afin d'y voir plus clair. Selon les allégations d'une requête introductive d'instance déposée en Cour supérieure en juin 2007, Shirley Christensen déclare que l'ex-curé Paul-Henri Lachance aurait procédé à des attouchements et à des abus d'ordre sexuel sur sa personne à la fin des années 70, alors qu'elle était âgée de 6 à 8 ans. Plus d'un quart de siècle s'était donc écoulé entre la commission des actes reprochés et l'institution des procédures judiciaires. On ne sera donc pas surpris du fait que M. Lachance et l'Archevêché de Québec, codéfendeur en l'espèce à titre de commettant, aient soulevé la prescription du recours au moyen d'une requête en irrecevabilité. Il faut en effet savoir que la prescription court contre le mineur, le législateur tenant pour acquis que son tuteur doit veiller à ses intérêts jusqu'à sa majorité. La seule exception à cette règle concerne, pour des motifs évidents, les recours du mineur contre son représentant (par exemple à la suite d'une mauvaise gestion de son patrimoine), où la prescription est suspendue (art. 2905 C.c.Q.). En dehors de cette dernière hypothèse, le mineur est soumis aux mêmes règles de prescription que le majeur puisque le législateur assume qu'il peut agir en temps utile « en se faisant représenter par d'autres » (art. 2904 C.c.Q.).

Or, dans l'affaire *Christensen*, la jeune victime avait dénoncé rapidement la situation à ses parents, qui avaient posé certains gestes démontrant qu'ils avaient bel et bien conscience des actes d'agressions dont leur fille avait été victime. C'est ce qui incite le juge de première instance à conclure comme suit :

La requête ne fait pas état de motifs sérieux pour expliquer le retard à prendre action. S.C. a dénoncé la situation à ses parents, ces derniers

1. *Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*, 2010 CSC 44, par. 2. La décision ne compte que trois paragraphes.

ont posé des gestes autant au presbytère qu'au Service diocésain, Paul-Henri Lachance a été déplacé et n'a jamais été remis en contact avec S.C., ni S.C. ni ses parents n'ont intenté de recours dans les deux (2) ans suivant les gestes reprochés. L'action est prescrite depuis 1983.

Rien ne justifie ou ne justifierait un tribunal à fixer le point de départ de la prescription à une date dépassant l'année 1983.

Le Tribunal est d'avis qu'il se trouve ici devant une situation de droit indiscutable, claire, évidente. Il a la certitude que l'action de S.C. est prescrite depuis plus de 20 ans.²

En appel, deux des trois juges sont d'avis de confirmer cette décision, en s'appuyant notamment sur le fait que « les pièces et procédures du dossier ne suggèrent pas que les parents étaient dans l'impossibilité d'agir. Bien au contraire, ils ont agi dès que l'appelante les a informés des événements »³. Seul le juge Chamberland, dissident, aurait infirmé la décision de première instance, en insistant sur le fait qu'une décision aussi lourde de conséquences n'aurait pas dû être prise au stade de la requête en irrecevabilité :

Dans un tel contexte, la prudence commande, selon moi, d'entendre les témoignages avant de conclure que les parents de l'appelante avaient conscience, dès cette époque, du préjudice causé à leur fille et du lien de causalité entre ce préjudice et les gestes à connotation sexuelle posés par l'intimé Lachance.⁴

Dans son jugement laconique rendu un an plus tard, la Cour suprême confirme implicitement l'appel à la prudence lancé par le juge Chamberland. Contrairement à la common law où la prescription (*limitation*) est une question de procédure, le droit civil fait de la prescription une question de fond, en lui réservant un livre entier à l'intérieur du Code civil. Il faut donc saluer l'arrêt de la Cour suprême, qui incite les tribunaux inférieurs à faire preuve de prudence en la matière. Il est possible que les parents n'aient pas fait le lien entre les problèmes psychologiques de leur fille et les agissements du curé Lachance. Il est possible que, fervents catholiques, ceux-ci aient été subjugués par les appels à la discrétion lancés par l'Archevêché et ainsi placés devant une impossibilité en fait d'agir, à

2. S.C. c. *Lachance*, 2008 QCCS 2724, par. 26 à 28. Il est à noter que la prescription de deux ans en vigueur sous le *Code civil du Bas Canada* a été portée à trois ans lorsqu'il s'agit de « faire valoir un droit personnel » (art. 2925 C.c.Q.).

3. S.C. c. *Archevêque catholique romain de Québec*, 2009 QCCA 1349, par. 51.

4. *Ibid.*, par. 144.

l'époque. Toute cette appréciation de la preuve ne peut se faire « sur dossier » et demande notamment d'entendre les témoins principaux de cette triste affaire. Cela est d'autant plus important dans un contexte où le curé Lachance a plaidé coupable, au criminel, à une accusation d'agressions sexuelles commises sur la jeune Christensen. La preuve matérielle de la faute du défendeur étant ainsi grandement facilitée, seule la question de la prescription – et celle, difficile, de l'évaluation des dommages – reste à faire.

Il n'en demeure pas moins que l'affaire, retournée en Cour supérieure, est loin d'être gagnée pour la victime. Celle-ci devra convaincre le tribunal que ses parents étaient dans l'impossibilité en fait d'agir, à l'époque des agressions. Elle devra également expliquer pourquoi elle n'a pas agi, dans les quinze ans suivant sa majorité, contre un agresseur qu'elle n'a jamais revu et qui ne pouvait donc exercer sur elle aucune contrainte physique ou psychologique, comme c'est souvent le cas lorsque l'abuseur cohabite avec la victime.

Pour aller plus loin

On peut légitimement se demander si le particularisme des cas d'agressions sexuelles ne commanderait pas l'édiction de règles différentes de prescription. Il y a tout de même un monde de différence entre une poursuite pour agression sexuelle et le fait, pour un mineur et son représentant, de ne pas réclamer le remboursement d'un prêt dans les trois ans de son échéance. Le mineur qui touche un héritage est généralement bien protégé lorsque vient le temps de faire valoir un droit de créance. Ses parents – et le notaire chargé de la liquidation de la succession – peuvent agir en son nom et éviter toute perte d'actif. L'affaire *Christensen* démontre que la chose est plus complexe en matière d'agression sexuelle.

Lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, en 1991, le législateur a prévu une série de règles particulières concernant le préjudice corporel, dans un objectif de protection des intérêts de la victime. Les poursuites civiles pour agressions sexuelles étaient cependant rares à l'époque, et le problème n'a donc pas retenu l'attention du législateur. Le monde a changé depuis 20 ans et les agressions sexuelles – surtout celles commises par un proche de la victime – ne sont plus un sujet tabou au Québec. Les poursuites civiles en ce domaine étant de plus en plus nombreuses, il serait socialement

acceptable de ne pas permettre à des agresseurs d'échapper à leur responsabilité en se retranchant derrière le court délai de prescription de trois ans.

La plupart des provinces canadiennes ont réglé le problème en rendant à toutes fins utiles imprescriptible ce genre de recours. Par exemple, en Ontario, l'article 10, al. 3 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*⁵ prévoit qu'« [à] moins de preuve du contraire, le titulaire d'un droit de réclamation fondé sur une agression sexuelle est présumé avoir été dans l'incapacité d'introduire l'instance antérieurement à la date de son introduction ».

Une solution davantage en phase avec les règles de droit civil serait d'assouplir les règles de prescription sans pour autant les abolir. L'exemple français pourrait ici être suivi. La *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008*, qui remplace le titre du Code civil français relatif à la prescription – première étape d'un nouveau Code civil – reconduit une règle adoptée en 1998 et prévoit un délai à 20 ans lorsque le préjudice « est causé par des tortures et des actes de barbarie, des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur » (art. 2226). De plus, la prescription ne court pas contre les mineurs, même en ce qui concerne des droits à faire valoir contre un tiers (art. 2235). Une telle solution ne nous apparaît pas trop pénalisante pour le responsable potentiel, puisque le préjudice et le lien de causalité ne se présument jamais. Il incombe toujours à la victime d'établir la réalité de son préjudice et de le relier à la conduite fautive du défendeur : plus le temps passe et plus cette exigence devient difficile à remplir. À l'heure actuelle, beaucoup d'énergie est consacrée, au stade préliminaire, à simplement convaincre le tribunal de la recevabilité de l'action par application de la règle de l'impossibilité en fait d'agir.

2- L'autonomie des dommages punitifs

La montée en puissance des dommages punitifs, en droit québécois, a été notée dans trois de nos chroniques précédentes⁶. Au terme de l'année 2010, on peut dire que le marché des dommages punitifs se porte bien et qu'une tendance très nette se dessine vers l'établissement d'une bourse autonome des dommages punitifs.

5. L.O. 2002, c. 24, annexe B.

6. Daniel GARDNER, « Obligations », (2007) 109 *R. du N.* 53, 63 ; Daniel GARDNER, « Obligations », (2009) 111 *R. du N.* 61, 63 ; Daniel GARDNER, « Obligations », (2010) 112 *R. du N.* 61, 80.

Un arrêt de la Cour d'appel et un autre de la Cour suprême le démontreront.

Dans le cadre d'un recours collectif remontant à 2004, la Cour d'appel a confirmé, en février 2010, le jugement de première instance ayant condamné l'entreprise Brault et Martineau à des dommages punitifs d'une valeur de 2M \$⁷. Il a été établi que la publicité de Brault et Martineau violait certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁸ relatives aux pratiques de commerce interdites, notamment l'article 228 qui prévoit que le commerçant « ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important ». Il s'agissait en l'espèce du défaut de divulguer au consommateur le fait que le financement de son achat, annoncé comme étant « sans frais, sans intérêts », comportait en réalité de tels frais.

Une des questions en litige était de savoir si une condamnation à des dommages punitifs était possible sans condamnation concomitante à des dommages-intérêts compensatoires. Le texte de l'article 272 de la loi prévoit que les recours usuels offerts au consommateur (résolution du contrat, réduction de son obligation, etc.) le sont « sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs ». La position de la Cour d'appel est ainsi résumée par la juge Duval Hesler :

Contrairement au régime applicable sous la *Charte québécoise*, dont l'article 49, au deuxième paragraphe, stipule expressément que les dommages punitifs sont « en outre », donc en sus des dommages compensatoires, l'attribution de dommages punitifs, dans les cas de violation de la *LPC*, ne dépend pas de l'attribution préalable d'une réparation d'un préjudice moral ou matériel. En l'espèce, la publication d'annonces qui sont trompeuses en raison de l'omission d'informations essentielles constitue une violation d'une règle de fond de la *LPC*. En pareil cas, l'article 272 *LPC* permet l'attribution de dommages punitifs même en l'absence de dommages compensatoires.⁹

C'est donc en s'appuyant sur une différence entre le libellé des articles 272 *LPC* et 49 de la *Charte québécoise* que la Cour d'appel reconnaît un caractère autonome aux dommages punitifs, en

7. *Brault & Martineau inc. c. Riendeau*, 2010 QCCA 366.

8. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après : *LPC*).

9. *Brault & Martineau inc. c. Riendeau*, 2010 QCCA 366, par. 43.

matière de protection du consommateur. La solution, largement soutenue en doctrine, est donc acquise et cadre bien, à notre avis, avec les objectifs poursuivis par la *Loi sur la protection du consommateur*. La possibilité accordée en 1978 au consommateur de réclamer de tels dommages a en effet été prévue pour l'inciter à faire valoir ses droits, même dans un contexte où la faible valeur du bien ou du service en litige rendait son recours civil peu attrayant. Avec le puissant outil que représente aujourd'hui le recours collectif en droit de la consommation, les pratiques de commerce interdites seront plus que jamais sous la loupe des groupes de défense des consommateurs.

L'histoire ne se termine toutefois pas là puisqu'avant la fin de l'année 2010, la Cour suprême se chargera de pousser encore plus loin cette autonomie des dommages punitifs par rapport aux dommages de nature compensatoire.

L'affaire *de Montigny* fait suite à un drame familial particulièrement tragique, où un homme incapable de surmonter la fin d'une relation conjugale a étranglé son ex-conjointe et noyé ses deux jeunes enfants, avant de se donner la mort¹⁰. Au terme d'une poursuite intentée contre la succession du meurtrier, le père et les deux sœurs de l'épouse assassinée ont obtenu une indemnité pour *solatium doloris*, c'est-à-dire pour la compensation de la douleur éprouvée à la suite du décès de ces trois proches. Toutefois, leur réclamation pour dommages punitifs fut rejetée tant en première instance qu'en Cour d'appel, au motif principal que cette demande était accessoire à une réclamation pour dommages compensatoires. Or, les victimes immédiates n'ayant pas eu le temps de souffrir avant leur décès, aucun droit d'obtenir des dommages compensatoires n'avait pu être transmis à leurs héritiers – les demandeurs en l'espèce – et en conséquence, les dommages punitifs pouvant être accordés « en outre » des dommages compensatoires n'étaient pas disponibles :

Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.¹¹

10. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51.

11. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49.

C'est en effet la lecture que faisaient les tribunaux supérieurs – Cour suprême incluse – de cet article 49, lecture qui est renouvelée dans l'arrêt *de Montigny*. S'exprimant au nom de tous ses collègues, le juge LeBel conclut :

Ainsi, j'estime qu'une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*. Celle-ci écartait le recours de l'art. 49, al. 2 dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation, comme celui qui s'applique au Québec en matière de lésions professionnelles. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la *Charte* commande. En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document, je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à des dommages exemplaires conféré par la *Charte* en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle.¹²

Il s'agit d'un retournement spectaculaire de la jurisprudence de la Cour suprême, qui revient ainsi sur la décision rendue quatorze ans plus tôt par le juge Gonthier, dans la célèbre affaire *Béliveau St-Jacques*¹³. Dans ce dernier arrêt, la victime de harcèlement survenu en milieu de travail n'avait pu obtenir de dommages punitifs de la part du harceleur et de son employeur, au motif que l'interdiction d'intenter une poursuite en responsabilité civile, en raison de l'application du régime d'indemnisation prévu par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹⁴, fermait la porte au recours *accessoire* visant à obtenir des dommages punitifs. C'est ce caractère accessoire de la réclamation pour dommages punitifs qui est rejeté dans l'arrêt *de Montigny*, afin d'assurer l'application la plus large possible de la Charte.

Il est certain que la protection des droits fondamentaux de la personne est renforcée par cette dernière décision, qui met de l'avant la fonction de dénonciation des dommages punitifs, à côté de

12. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, par. 45.

13. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

14. L.R.Q., c. A-3.001, art. 438 et 442.

ses fonctions traditionnelles de punition et de dissuasion. La disponibilité d'un recours en dommages punitifs, alors que je ne veux ou que je ne peux réclamer aucun dommage de nature compensatoire, ouvre en effet la porte à toutes sortes d'hypothèses nouvelles. Certaines peuvent sembler souhaitables. Par exemple, à la suite d'une erreur de Bell Canada, un citoyen reçoit une série de messages téléphoniques automatisés, destinés à une autre cliente de l'entreprise, en défaut de paiement. Il poursuit Bell devant la Division des petites créances de la Cour du Québec : « insistant sur le fait qu'il faille viser à dissuader Bell à poser de tels gestes, il n'offre aucune preuve quant à un préjudice moral ou matériel qu'il aurait subi »¹⁵. L'octroi d'un montant de 999,99 \$ à titre de dommages punitifs a été cassé en révision judiciaire par la Cour supérieure, puisque cet octroi « ne respectait pas l'enseignement donné par les plus hautes instances » quant à l'absence d'autonomie des dommages punitifs sous la Charte québécoise¹⁶. La solution serait aujourd'hui différente, en vertu du revirement de jurisprudence opéré dans l'arrêt *de Montigny*.

Toutefois, à l'heure actuelle, personne ne peut prévoir toutes les conséquences qui résulteront de cette ouverture réalisée par la Cour suprême. Les membres d'une secte religieuse viennent m'offrir la rédemption en frappant à ma porte, un samedi matin : s'agit-il d'une atteinte à mon droit à la vie privée (art. 5 de la Charte) qui me permettra de réclamer des dommages punitifs à ces intrus ? Si on me refuse l'accès à l'Assemblée nationale alors que je ne veux pas me départir de mon kirpan, s'agit-il d'une atteinte à la liberté de religion qui m'autorise à demander des dommages punitifs en vertu des articles 3 et 49, al. 2 de la Charte ?

Chose certaine, le revirement opéré par la Cour suprême n'est pas le fruit du hasard, elle qui n'attendait qu'une occasion de revenir sur la jurisprudence *Béliveau St-Jacques*. Les faits très particuliers de l'affaire *de Montigny*, dans un contexte où la succession du meurtrier était de toute façon insolvable et n'a même pas comparu en Cour suprême, indiquent clairement que l'objectif poursuivi par le plus haut tribunal du pays dépassait nettement le règlement du cas soumis.

15. *Bell Canada c. Cour du Québec, Chambre civile, Division des petites créances*, 2010 QCCS 3, par. 18.

16. *Ibid.*, par. 25.

Pour aller plus loin

Nous ajouterons deux commentaires sur cette ouverture plus grande faite aux dommages punitifs par la Cour suprême.

D'une part, on note que l'autorité de l'arrêt *Béliveau St-Jacques* demeure intacte dans le contexte où il a été rendu, soit celui de l'application du régime d'indemnisation des accidents du travail. Le juge LeBel prend bien soin de préciser que la solution nouvelle « s'impose dans les cas où, comme en l'espèce, l'impératif de préservation des régimes étatiques d'indemnisation est absent du contexte juridique »¹⁷. Il ajoute, dans le même paragraphe : « Un tel régime [celui des accidents du travail] complet et clos sur lui-même, détaché du concept de faute ou d'acte intentionnel, exclut par sa nature même l'existence d'un système parallèle de responsabilité qui s'établirait hypothétiquement sur la base de l'art. 49 de la *Charte québécoise* ». Ainsi, la réclamation pour dommages punitifs à la suite d'un accident du travail demeure interdite, même en cas de faute intentionnelle de la part de l'employeur. La phraséologie employée, qui réfère à « l'impératif de préservation des régimes étatiques d'indemnisation » et non simplement au régime des accidents du travail, indique que la même solution est applicable en matière d'accidents d'automobile. C'est à notre avis l'aspect le plus important de la décision, qui protège le compromis social à l'origine de ces deux lois essentielles.

D'autre part, on constate que la Cour suprême souffle le chaud et le froid en la matière. Alors que l'autonomie de la sanction des dommages punitifs est affirmée sous la *Charte québécoise*, la Cour suprême remet en cause, la même année, la disponibilité de cette sanction sous la *Charte canadienne* ! Dans une décision rendue à l'été 2010 et découlant de l'arrestation suivie d'une fouille à nu d'une personne incorrectement identifiée par les policiers, on trouve le passage suivant :

Un mot, en terminant, sur la question des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, le juge Gonthier a avancé l'hypothèse qu'un demandeur « pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte* » : par. 79. Dans les faits, les dommages-intérêts de droit public, de par leurs objectifs de défense

17. *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, par. 42.

des droits et de dissuasion, peuvent revêtir un aspect punitif. Il convient toutefois de souligner une réticence générale dans la communauté internationale à accorder des dommages-intérêts purement punitifs.¹⁸

Stupeur et tremblements pour les spécialistes du droit des chartes, qui croyaient acquise l'idée selon laquelle les dommages punitifs faisaient partie de l'arsenal des mesures de « réparation » en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne. Ils devront de plus expliquer aux juristes québécois la différence entre les « dommages-intérêts de droit public », les dommages-intérêts compensatoires et les dommages punitifs. Un beau travail de clarification en perspective.

3- Si on ne peut même plus se fier à une procuration notariée

On dit qu'il y a deux choses certaines dans la vie : la mort et les impôts. Pour le reste, il faut douter de tout, même d'une procuration notariée. Un notaire l'a appris à ses dépens, même s'il a finalement été absous de toute responsabilité par la Cour supérieure¹⁹. La décision analysée ci-dessous permettra d'établir les limites du devoir de vérification imposé au notaire, tout en rappelant la règle voulant que la nullité d'un acte n'ait pas d'effet pour les tiers de bonne foi.

Christophe Coppin et Cécile DesLandres sont des citoyens français habitant l'Île de La Réunion, dans l'océan Indien. Ils ont acquis en 2001 deux appartements en copropriété divisée dans le Vieux-Montréal, en se faisant représenter par Fabrice Bernat, qu'ils ont connu à La Réunion et qui dirige un cabinet de gestion du patrimoine. Deux ans plus tard, Coppin et DesLandres confient à l'entreprise de Bernat (C.G.P.) la gestion des deux appartements. Les procurations seront révoquées en 2004.

En 2005, C.G.P. éprouve de sérieux problèmes de liquidités et mandate un agent en prêt hypothécaires (Després) pour trouver des prêteurs éventuels. C'est ainsi que Fleurette Ouellette et d'autres prêteurs, demandeurs en l'espèce, participent au refinancement pour plusieurs centaines de milliers de dollars. Or, deux des prêts hypothécaires consentis concernent les unités de condominiums appartenant à Coppin et DesLandres, pour environ 200 000 \$. On

18. *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, par. 56.

19. *Ouellette c. Coppin*, 2010 QCCS 6014.

devine aisément le reste : la situation financière de C.G.P. s'aggrave et un préavis d'exercice du recours hypothécaire est enregistré en 2007 sur les unités en question. C'est en recevant signification du préavis d'exercice que Coppin et DesLandres prennent connaissance de ces prêts, qu'ils n'ont jamais autorisés. En effet, des procurations notariées ont été présentées par Bernat lors de la signature des actes reçus par le notaire Pierre Audet, mais ces procurations sont des faux.

Coppin et DesLandres sont poursuivis en justice par Ouellette et le notaire Audet est appelé en garantie. On se doute bien que C.G.P. et Bernat n'ont pas comparu ; ce dernier est d'ailleurs introuvable depuis le début des procédures.

Le juge G. Mercure doit trancher deux questions : les prêteurs doivent-ils être touchés par la nullité des actes de prêt ? Le notaire Audet a-t-il été négligent en se fiant à ces procurations qui se sont révélées des faux ? Examinons chacune de ces questions.

L'effet de la nullité des contrats de prêt

La preuve présentée lors du procès permet tout d'abord d'établir que les procurations notariées étaient clairement des faux. Interrogés par vidéo-conférence, les notaires français ayant supposément reçu ces actes « affirment n'avoir jamais attesté les signatures sur ces procurations. Ni l'un ni l'autre ne connaît Bernat ni Després [l'agent immobilier]. À l'époque des attestations de signature, ils n'ont pas rencontré Coppin ou DesLandres. Leurs propres signatures ont été imitées sur les procurations et ce sont également des imitations de leurs sceaux qui y ont été apposés »²⁰.

Les contrats de prêt sont donc nuls pour défaut de consentement. Coppin et DesLandres plaident alors que les hypothèques n'étant que des accessoires des prêts, celles-ci sont elles-mêmes frappées de nullité et doivent en conséquence être radiées. Le juge Mercure n'est pas de cet avis, s'appuyant à bon droit sur le texte de l'article 1707 C.c.Q. :

Les actes d'aliénation à titre onéreux faits par celui qui a l'obligation de restituer, s'ils ont été accomplis au profit d'un tiers de bonne foi,

20. *Ibid.*, par. 53.

sont opposables à celui à qui est due la restitution. Ceux à titre gratuit sont inopposables, sous réserve des règles relatives à la prescription.

Les autres actes accomplis au profit d'un tiers de bonne foi sont opposables à celui à qui est due la restitution. [italiques ajoutés]

Voici comment il applique cette règle protectrice des intérêts du tiers de bonne foi, en l'espèce :

Ici, Coppin et DesLandres n'ont pas tenté de démontrer que les créanciers hypothécaires défendeurs auraient su ou auraient dû savoir que les procurations étaient fausses et encore moins qu'ils auraient, de quelque manière, participé à la manœuvre dolosive. La preuve révèle par ailleurs que chacun vérifiait attentivement l'index aux immeubles pour s'assurer du rang que prendrait son hypothèque par rapport aux charges déjà inscrites contre les immeubles de Coppin et DesLandres. Aucun registre pertinent ne pouvait révéler la fausseté des procurations. [...]

Le Tribunal conclut de la preuve que la bonne foi des créanciers hypothécaires ne saurait aucunement être mise en doute ici.²¹

Quant à l'argument selon lequel le prêteur hypothécaire n'est pas ici un tiers mais bien une partie à l'acte de prêt, celui-ci n'a de valeur qu'en apparence. Le prêteur est un tiers par rapport à la procuration notariée qui s'est révélée un faux et la protection du second alinéa de l'article 1707 peut donc jouer en sa faveur.

En terminant sur ce point, on signalera que l'absence de texte correspondant à l'article 1707 C.c.Q., dans le *Code civil du Bas Canada*, ne signifie nullement que la solution soit nouvelle. De nombreuses décisions rendues sous l'ancien code avaient dégagé cette solution²². C'est la sécurité du commerce juridique et la protection de la stabilité des transactions qui sont à l'origine de la règle jurisprudentielle, aujourd'hui codifiée. Évidemment, lorsque la mauvaise foi du tiers est établie, l'effet de la nullité du contrat initial ne fait aucun doute à son égard²³.

21. *Ibid.*, par. 69-70.

22. Pour s'en tenir à des exemples relatifs à la constitution d'une hypothèque sur le bien faisant l'objet d'une restitution : *Méthé c. Gervais*, (1925) 38 B.R. 28, 33-36 ; *Chénier c. Pétroles M. Miron*, [1997] R.D.I. 595 (C.S.), p. 598 ; *Ruel c. Duquette*, [2005] R.D.I. 350 (C.S.), par. 108.

23. *Biron c. Allard*, [1992] R.D.I. 26 (C.A.), p. 31 ; *Timm c. Timm*, [2000] R.J.Q. 2383 (C.S.), par. 60 ; *Société d'hypothèque C.I.B.C. c. David*, [2002] R.D.I. 542 (C.S.), par. 23-27.

La responsabilité du notaire

Puisque le prêteur hypothécaire de bonne foi est protégé par l'article 1707 C.c.Q., il s'ensuit que les propriétaires doivent supporter la charge grevant leur immeuble. Il est dès lors tentant de tenir le notaire Audet responsable de cette situation : après tout, c'est lui qui a reçu les actes de prêt et qui était tenu par la loi de faire les vérifications quant à l'identité et quant aux pouvoirs conférés aux parties qui ont comparu devant lui. S'il avait contacté les notaires français qui avaient supposément reçu ces procurations notariées, la supercherie aurait été découverte et les propriétaires Coppin et DesLandres n'auraient subi aucun préjudice. Le juge Mercure n'est pas de cet avis :

Il est facile, après coup, de prétendre qu'un simple appel téléphonique du notaire Audet aurait pu permettre de mettre à jour le stratagème de Bernat, son usurpation d'identité de Coppin, de DesLandres et des notaires français. L'on peut aisément concevoir que le notaire Audet souhaiterait aujourd'hui avoir passé ce coup de fil ou avoir envoyé ce courriel. Cela lui aurait potentiellement évité toutes ces procédures judiciaires et le présent procès. Cela aurait évité un procès aux prêteurs défendeurs qui sont ses clients depuis nombre d'années. Et surtout, cela aurait évité bien des dommages et des inconvénients à Coppin et à DesLandres.

Mais encore là, le Tribunal ne peut examiner la conduite du notaire *a posteriori*.

Les procurations spécifiques DA-7A, DA-13A et DA-20A que le notaire Audet avait sous les yeux étaient des actes semi-authentiques. [...]

Ni la jurisprudence ni la doctrine n'imposent au notaire raisonnablement prudent et compétent l'obligation d'appeler le notaire étranger pour lui demander de confirmer sa certification ni de communiquer avec le mandant pour vérifier s'il a bien signé la procuration, alors que sa signature est précisément attestée par l'officier public.²⁴

Nous sommes en accord avec ces énoncés. Tout notaire sait qu'il « doit, par tout moyen raisonnable, vérifier l'identité, la qualité et la capacité des parties à un acte notarié dont il reçoit la signature »²⁵. Le libellé de la disposition législative indique qu'il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat ; c'est ce qui a sauvé le notaire Audet en l'espèce. Ce dernier n'avait aucune raison de dou-

24. *Ouellette c. Coppin*, 2010 QCCS 6014, par. 128-131.

25. *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 43.

ter de la validité des procurations. Il a pris la peine de vérifier dans Internet les coordonnées des notaires français qui auraient reçu les procurations et tout était conforme. De plus, le sceau utilisé ressemblait à s'y méprendre à celui de l'un des notaires français, suivant leur propre témoignage. À partir de là, un notaire raisonnable n'avait pas à pousser plus loin ses vérifications.

Comme l'indique le juge Mercure, il est facile de porter un jugement *a posteriori* mais c'est au moment de la passation des actes qu'il faut se placer pour juger de la conduite du notaire. La même position est adoptée dans une autre affaire rendue en 2010, où le juge J.-Y. Lalonde indique :

Il est dangereux pour le juge d'instance de se laisser tenter par la vision parfaite que procure la rétrospective après le fait accompli. L'objectif consiste plutôt à se placer, autant que faire se peut, à l'époque de la faute alléguée pour jauger les actes reprochés au notaire.²⁶

Dans cette dernière affaire, il a été jugé que le notaire « avait des directives suffisamment claires pour procéder aux décaissements » en faveur de celui qui était alors le conjoint de sa cliente, d'autant plus que cette dernière, femme d'affaires avertie, a par la suite « accepté sans réticence de ratifier l'état des déboursés »²⁷.

Pour aller plus loin

L'affaire *Ouellette* concerne la valeur qu'un notaire est en droit d'accorder à une procuration notariée. Mais lorsque le notaire est l'auteur de la procuration, son obligation de vérifier l'identité des parties commande des précautions encore plus grandes. L'affaire qui suit en constitue un bon exemple.

Un homme d'origine russe se marie à Montréal en 1998. En décembre 1999, les époux se portent acquéreurs d'un immeuble – payé aux trois quarts par le mari – mais il semble que la cohabitation ait été difficile puisque quatre mois plus tard, en mars 2000, l'époux intente des procédures en séparation de corps et enregistre une déclaration de résidence familiale. Il retourne par la suite vivre en Russie et le divorce sera finalement prononcé, en 2003. C'est lors de son retour à Montréal qu'il découvre que son épouse a contracté

26. *Vallières c. Lavoie*, 2010 QCCS 1197, par. 78.

27. *Ibid.*, par. 93 et 95.

en juillet 2000 un emprunt hypothécaire de 143 000 \$, grevant son immeuble. L'acte a été conclu à la suite d'une procuration qu'aurait donnée le mari devant la notaire Teesdale, deux mois plus tôt. Or, le mari était retourné en Russie à cette époque et il est évident que l'homme qui s'est présenté au bureau de M^e Teesdale est un imposteur. Quelles sont les obligations qui incombent au notaire dans un tel cas ? Jusqu'où doit aller son obligation de vérifier l'identité des parties ? En accueillant la poursuite civile intentée contre la notaire, le juge C. Cohen résume ainsi sa position :

The undersigned therefore concludes that the Notary failed to proceed in accordance with her obligations as a public officer as well as those set out at article 41 of the Act and article 21.3 of the Regulation. She verified only the name and photo in the passport she was shown, failing to verify the birth date in order to link it to the partial birth certificate of Ms. K.'s husband. She omitted to request further photo identification, which would have been prudent in the circumstances, and failed to retain a copy of the passport, or indeed the passport number or a photocopy of the picture of the man before her who purported to be S. M., retaining only a copy of the partial birth certificate which bore no picture. In sum, the Notary failed to take reasonable means to verify the identity of the man purporting to be S. M. and thus failed in her obligation of result, certifying for third parties that the man before her was indeed S. M., married to I. K. and co-owner of the [...] property, when a more thorough investigation would likely (on a balance of probabilities) have made it clear that he was not.²⁸

En se contentant d'un extrait incomplet de l'acte de naissance, en omettant de conserver une photocopie du passeport²⁹ et en faisant défaut de vérifier la concordance des dates de naissance apparaissant sur les documents, la notaire aurait ainsi manqué à ses obligations. Si la décision peut sembler dure, il faut cependant ajouter deux faits qui auraient dû attirer l'attention de la notaire et l'inciter à davantage de prudence. D'une part, l'épouse s'était d'abord présentée comme seule propriétaire de l'immeuble et les documents bancaires qu'elle avait remis à la notaire omettaient de mentionner l'existence de son mari. Une simple vérification avait d'ailleurs permis à la notaire de constater cette anomalie. D'autre

28. *S.M. c. Teesdale*, 2010 QCCS 2840, par. 73. L'article 41 auquel le juge Cohen fait référence est celui de la version antérieure de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2. Il est devenu l'article 43 dans la version actuelle, sans modification.

29. L'article 21.3 du *Règlement sur la tenue des dossiers et des études des notaires*, L.R.Q., c. N-3, r. 16, se lit comme suit : « Le notaire doit conserver au dossier une preuve de vérification de l'identité et des pouvoirs d'agir de toute partie à un acte. »

part, une déclaration de résidence familiale avait été enregistrée deux mois avant la réception de la procuration notariée, ce qui aurait dû alarmer davantage la notaire.

Par ailleurs, comme dans la décision *Ouellette* analysée au début de cette section, la validité de l'hypothèque n'est pas remise en cause dans l'affaire *Teesdale*, puisque le prêteur hypothécaire de bonne foi – en l'espèce la CIBC – est protégé par la règle de l'article 1707 C.c.Q.

La décision ayant été portée en appel, nous en ferons le suivi dans une chronique ultérieure.

4- La mise en vente d'un immeuble à l'aide d'un courtier ne constitue pas une offre de vendre

Depuis le tournant du millénaire, l'effervescence du marché immobilier a fait la joie de bien des courtiers et de beaucoup de vendeurs (quoique, pour ces derniers, il faut encore se loger après avoir vendu sa maison). On a vu ainsi des situations qui auraient été à peu près inconcevables dans les années 90 : maison présente sur le marché moins de 24 heures, offre présentée au vendeur pour un montant supérieur au prix initial affiché, etc. On n'en est pas encore à la frénésie du marché immobilier de Vancouver ou de Paris, mais il est clair que l'immobilier a constitué le meilleur placement au cours de la dernière décennie.

Dans ce contexte, on en vient à se poser des questions toutes simples, dignes d'un cours de première année en droit : la mise en marché d'une maison pour un prix X constitue-t-elle une offre au sens du Code civil ? Le fait pour un acheteur potentiel d'accepter de payer le prix affiché entraîne-t-il la formation d'un contrat de vente, par le simple accord des volontés, la signature devant le notaire ne constituant alors que la phase finale et nécessaire du contrat déjà conclu ? La Cour d'appel a eu à se prononcer sur la question, dans une affaire où l'Association des Courtiers et Agents Immobiliers du Québec (ACAIQ) a été mise en cause³⁰.

30. *Lavoie c. Bernier (Succession de)*, 2010 QCCA 342 ; cette décision a également été commentée par Jacques AUGER dans la chronique « Immobilier » du présent numéro.

Engagé par un dénommé Samson pour l'aider à vendre son immeuble, un courtier prépare une fiche descriptive qui mentionne le prix demandé, soit 68 000 \$. M. Lavoie, demandeur-appelant en l'espèce, entre en contact avec le courtier et accepte de conclure le contrat pour le prix demandé. Toutefois, une autre personne désire acquérir l'immeuble et se déclare prête à payer une somme supérieure au prix demandé. Le vendeur choisit évidemment de privilégier cette dernière, au grand dam de Lavoie qui intente une action en passation de titre et procède à la saisie avant jugement de l'immeuble en jeu.

Tant en première instance que devant la Cour d'appel, l'argument de Lavoie est simple : la mise en marché de l'immeuble de Samson, par l'intermédiaire de son courtier, constitue une offre au sens du Code civil, puisqu'elle « comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé » (art. 1388 C.c.Q.). L'acceptation de cette offre par Lavoie aurait dès lors concrétisé l'« accord de volonté » (art. 1385 C.c.Q.) qui suffit à former le contrat. Cette façon de voir les choses ne correspond pas à la réalité plus complexe que suggère la présence du courtier :

Lorsque Samson a retenu les services du courtier, il s'attendait à ce que celui-ci procède selon la loi et les usages en matière de courtage immobilier. Or, selon la loi et ces usages, ce que les courtiers recherchent ne sont pas des acceptations de soi-disant offres de vente, mais des promesses d'achat.

Le législateur a voulu bien encadrer la vente de petits immeubles résidentiels par l'entremise de courtiers en adoptant la *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1, art. 32.1 (« Loi »).

On a rarement vu que le propriétaire d'un petit immeuble résidentiel qui désire le vendre procède par une offre de vente qui le lie.

En la matière, la pratique a toujours été et est que ce qui précède la vente est une offre d'achat, suivie, le cas échéant, d'une contre-offre.

En accord avec la pratique, la Loi tient pour acquis que le travail du courtier est de recevoir des offres, et, en accord avec la Loi, les règlements applicables disposent que les offres d'achat et les contre-offres sont faites dans des formulaires dont les stipulations sont obligatoires.³¹

31. *Ibid.*, par. 11-15.

À partir de là, le juge Beauregard conclut logiquement :

Avec égards pour l'avis contraire, lorsque le législateur, qui veut encadrer les négociations en la matière, dispose à l'article 155 de la Loi que les formulaires choisis par le gouvernement ont une forme obligatoire et que le gouvernement décrète qu'une promesse d'achat et une contre-proposition à une promesse d'achat doivent être rédigées dans un formulaire qui revêt une forme obligatoire, on ne saurait prétendre qu'on peut contourner l'esprit de cette exigence en avançant que rien n'empêche un courtier de procéder autrement et de recevoir des écrits qui ne sont pas des formulaires revêtant une forme obligatoire. Ce serait bafouer le désir du législateur qui, en la matière, témoin de nombreux litiges, a voulu qu'on procède par offres d'achat et acceptations et, le cas échéant, par contre-propositions.³²

Autrement dit, le processus de mise en marché d'un immeuble, à l'aide d'un courtier, se rapproche davantage de la procédure de l'appel d'offres du droit public que de l'offre de contracter du droit civil. L'offrant, en la matière, c'est l'acquéreur potentiel et non le propriétaire actuel de l'immeuble. Ce dernier est en droit de choisir celui à qui il veut vendre son immeuble, après avoir « testé » le marché. Des considérations autres que le prix peuvent en effet influencer sur la décision de vendre à telle ou telle personne.

Cela ne signifie pas que la liberté du propriétaire soit absolue. Lié avec son courtier par un contrat, il devra payer la commission prévue si ce dernier remplit ses obligations et lui rapporte une offre d'achat pour le prix demandé, même si le propriétaire décide de ne pas y donner suite. Il s'agit alors d'une simple application de l'article 1503 C.c.Q. : « L'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement ». Le vendeur est donc libre de choisir son acheteur mais pas de renier l'engagement pris vis-à-vis son courtier.

Pour aller plus loin

Signalons d'une part que la pratique s'était déjà adaptée à la situation, avant même que la Cour d'appel ne rende sa décision. Mise en cause dans cette affaire, l'ACAIQ a fait savoir que les courtiers mentionnent aujourd'hui expressément dans les fiches descriptives que la fiche ne constitue pas une offre de vente qui lie le propriétaire.

32. *Ibid.*, par. 20.

D'autre part, nous avons vu, avec la décision analysée dans la section précédente de cette chronique, que l'article 1707 C.c.Q. protégeait le tiers de bonne foi en cas de nullité de l'acte sur lequel il prétend fonder ses droits. Le même impératif de protection de la sécurité des transactions explique la règle édictée par l'article 1397 C.c.Q. : le tiers de bonne foi qui acquiert un immeuble en violation d'une promesse de contracter conclue par le vendeur, est protégé face à une requête en revendication de l'immeuble par le bénéficiaire de la promesse. Le seul recours de ce dernier est de réclamer des dommages-intérêts au promettant fautif³³, à moins que le tiers acquéreur ne soit de mauvaise foi et ait été mis au courant de l'existence de la promesse. Toutefois, même dans cette dernière hypothèse, l'impératif de protection de la sécurité des transactions l'emporte et le bénéficiaire de la promesse ne pourra toujours pas intenter une action en passation de titre : seul le recours en dommages – contre les deux parties impliquées – lui est ouvert.

Bref, si l'on revient à l'affaire *Lavoie*, nous constatons que le demandeur n'avait aucun droit d'intenter une action en passation de titre. Même dans l'hypothèse où on aurait conclu à la présence d'une promesse bilatérale de contracter (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), le seul recours disponible aurait été un recours en dommages-intérêts. Le texte formel de l'article 1397 C.c.Q. indique que l'on ne se trouve pas devant un cas qui permette l'exécution forcée en nature de l'obligation (art. 1601 C.c.Q.). Il est à noter que la solution vaut même en présence d'un pacte de préférence : l'article 1397, al. 2 C.c.Q. a modifié sur ce point la solution retenue sous le *Code civil du Bas Canada*³⁴.

5- Le jeu des clauses interdites

Le notaire reçoit des actes juridiques, c'est là une de ses fonctions principales. Les exigences d'un client ou la présence d'une situation particulière peuvent l'amener à s'écarter des modèles courants et à insérer une clause moins usuelle au contrat qu'il rédige. C'est en prenant connaissance de quelques décisions récentes que

33. Exemples : *Beaudet c. Veillette*, [2000] R.D.I. 423 (C.S.), par. 13 ; *Ohayon c. Caisse populaire Desjardins Saint-Donat de Montclam*, [2004] R.D.I. 515 (C.Q.), par. 34 et s.

34. Voir *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 20 ; *Raschella c. 3633713 Canada inc.*, [2003] R.D.I. 2 (C.A.), par. 15 : « Que l'on qualifie l'entente [...] de promesse de contracter ou de pacte de préférence, la solution retenue par le législateur à l'article 1397 C.c.Q. est la même ».

l'idée de cette rubrique nous est venue : dans tous les cas, l'une des clauses rédigées par le notaire a été écartée par le tribunal parce que contraire à des dispositions impératives de la loi ou à son caractère général d'ordre public. Voici donc, en vrac, le fruit de nos lectures et les enseignements à en tirer pour le praticien.

La clause exonératoire de responsabilité

Les clauses de non-responsabilité n'ont pas bonne presse au Québec et le législateur tend à en restreindre de plus en plus le domaine d'application. Débutons avec le cas le plus simple, soit celui de la clause qui cherche à écarter les éventuelles poursuites en cas de préjudice corporel. Voici un exemple de clause apparaissant dans un bail commercial :

10. Sauf dans le cas de négligence grossière du Locateur ou de ses employés, *le Locateur ne sera en aucune façon responsable des blessures corporelles subies par le Locataire, ses représentants et ses employés*, par ses bénéficiaires ou par toute autre personne qui peut se trouver sur les lieux loués, ni pour toute perte ou dommage ou avarie de quelque nature que ce soit, aux biens du Locataire, de ses bénéficiaires, de ses clients, de ses employés ou de toute autre personne pendant que ces biens se trouvent sur les lieux loués.
[italiques ajoutés]

Cette clause a été portée à l'attention de la Cour d'appel, dans un contexte où des employés d'une clinique d'aide à des enfants en difficulté se plaignaient de malaises et de maux de tête chroniques en raison de la mauvaise ventilation des locaux loués. Parlant pour la Cour, le juge Rochette rappelle une règle fondamentale :

Pour ce qui concerne l'exonération de responsabilité stipulée à la clause 10 du bail, rappelons que l'appelante ne peut, en vertu de l'article 1474 alinéa 2 C.c.Q., limiter ou exclure sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.³⁵

Il est donc inutile de rédiger une clause de non-responsabilité dont la portée est aussi étendue : seuls les dommages *matériels* peuvent faire l'objet d'une exclusion de responsabilité, en autant que la clause soit portée à la connaissance du cocontractant (art. 1475

35. *Société de développement du fonds immobilier du Québec inc. c. 9066-6249 Québec inc.*, 2010 QCCA 300, par. 36.

C.c.Q.) et qu'aucune faute lourde ou intentionnelle ne puisse être reprochée à celui en faveur de qui elle est prévue (art. 1474, al. 1 C.c.Q.).

Toutefois, même en matière de préjudice matériel, il est possible que le dégagement de responsabilité soit interdit. C'est le cas de la responsabilité professionnelle du notaire, depuis l'entrée en vigueur d'un nouveau code de déontologie, en 2002 :

Le notaire doit, dans l'exercice de sa profession, engager sa responsabilité civile. *Il lui est donc interdit d'insérer dans un contrat de service professionnel une clause excluant, directement ou indirectement, en totalité ou en partie, cette responsabilité.* Toutefois, le client et le notaire peuvent convenir de limiter les conditions du contrat de service qui lie le notaire à son client dans les limites permises par la loi.³⁶ [italiques ajoutés]

Face à l'acquéreur d'un immeuble qui refuse de payer les honoraires rattachés à un examen des titres de la propriété, la disposition réglementaire permet au notaire prudent d'insérer une clause à cet effet. Toutefois, lorsque la transaction a été faite en contravention d'une disposition législative, le notaire ne peut se dégager de sa responsabilité éventuelle en faisant signer un « dégagement de responsabilité » à son client. On trouve pourtant encore des traces des pratiques anciennes dans une décision rendue en 2010, où le notaire avait reçu huit ans plus tôt le testament d'une personne âgée et malade, contenant un legs important en faveur des exploitants de la résidence pour personnes âgées qui hébergeaient le testateur. Le passage qui suit, tiré du jugement rendu par le juge D. Dortéus, est édifiant :

Une clause d'exonération de responsabilité devant une situation flagrante d'exploitation ou d'abus, ne peut suffire pour dégager un notaire de sa responsabilité légale et déontologique envers le testateur lésé et ses ayants droit, surtout quand il y a preuve suffisante d'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte*, selon le Tribunal.

Le Tribunal constate que le notaire a pris le soin d'annexer au testament une note d'exonération de responsabilité, qu'il fait signer par M. Poirier et M^{me} Gauthier, dont voici la teneur :

36. *Code de déontologie des notaires*, L.R.Q., c. N-3, r. 2, art. 28.

DÉGAGEMENT DE RESPONSABILITÉ

Je reconnais de plus avoir été informé par M^e M. L. de l'existence de l'article 761 du *Code civil du Québec* [...]. Je reconnais avoir été informé sur les conséquences de cet article du Code civil et que, nonobstant ses conseils, j'ai exigé l'exécution de mon testament tel que rédigé et j'ai accepté de le signer, y faisant ainsi ma propre affaire personnelle.

En conséquence, j'exonère M^e M. L., notaire [...] de toute responsabilité quant à la rédaction de ce testament.³⁷

On ne sera donc pas surpris d'apprendre que le testament a été annulé par le tribunal. Nul besoin de la Charte pour constater que l'article 761 C.c.Q. a été bafoué et qu'il ne peut être contourné par la « volonté » du testateur. Quant à la clause de non-responsabilité, non seulement n'a-t-elle aucune valeur vis-à-vis le testateur, mais une telle clause aurait aujourd'hui pour le notaire des conséquences sur le plan déontologique. Dans une telle situation, le notaire doit refuser de recevoir l'acte, point à la ligne.

La clause écartant l'application d'une loi d'ordre public

La *Loi sur la protection du consommateur* est clairement une loi d'ordre public. Son article 262 indique explicitement que « le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi ». Peu importe les déclarations apparaissant dans un contrat notarié, la loi s'applique si les conditions prévues à son article 2 sont remplies : « La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ».

Dans une affaire où la requérante avait emprunté 100 000 \$ à une femme d'affaires, l'acte notarié contenait la clause suivante, juste avant les signatures : « Le prêteur déclare qu'il n'agit pas en qualité de commerçant ». Le juge P.-C. Gagnon refuse de donner effet à cette clause pour les motifs suivants :

Le Tribunal constate qu'en l'espèce M^{me} Cohen s'est comportée envers M^{me} Raymond [l'emprunteuse] de sorte que le cours des activités de son commerce consistait non seulement à agir en tant que courtier, mais également en tant que prêteur.

37. *Commission des droits de la personne c. Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10, par. 76-77.

La clause finale de l'acte P-1 est une déclaration unilatérale de M^{me} Cohen, qui ne lie pas M^{me} Raymond.³⁸

L'application de la LPC en l'espèce était importante puisque madame Cohen avait fait défaut de respecter plusieurs de ses dispositions impératives. En raison de ces manquements, le juge conclut que « M^{me} Raymond n'est tenue de rembourser que le capital net (86 001,64 \$) et non les frais de crédit qui y sont liés. Le Tribunal décrète la suppression des frais de crédit, qui incluent la commission de 10 000 \$ »³⁹.

La clause écartant l'application d'une disposition d'ordre public

Pour terminer cette section, une décision rendue le 12 janvier 2011 fera la preuve que la transgression de dispositions d'ordre public n'est pas toujours le fait d'une inadvertance. Tous les notaires sont au courant – ou devraient être au courant – de la modification apportée en 2002 à l'article 2762 C.c.Q. par l'ajout d'un second alinéa :

Le créancier qui a donné un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a le droit d'exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés.

Nonobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé.

La modification visait à renverser la position adoptée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel, rendu en 1998, qui avait permis au Montréal Trust de réclamer les frais extrajudiciaires engagés en s'appuyant sur les termes « frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé » de l'article 2667 C.c.Q. La décision⁴⁰, qui comportait une forte dissidence du juge Gendreau, constituait un véritable bar ouvert pour les avocats agissant pour le compte des institutions financières.

Malgré le caractère incontestablement d'ordre public de la disposition, malgré une doctrine unanime quant à la portée de la modi-

38. *Raymond et Cohen*, 2010 QCCS 1668, par. 60-61.

39. *Ibid.*, par. 77-78.

40. *164618 Canada inc. c. Cie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.), p. 2700 à 2702.

fication apportée en 2002, malgré une jurisprudence unanime dans des affaires résultant de l'exercice d'un recours hypothécaire, la Banque de Montréal persiste et continue de réclamer le remboursement de ces frais. Les passages qui suivent d'une décision rendue par le juge M. Bureau sont éloquentes :

S'il est vrai que lorsque des clauses claires permettent d'exiger dans certaines circonstances le remboursement d'honoraires extrajudiciaires, aucune clause aussi claire soit-elle ne le permet depuis les modifications apportées au Code civil du Québec en 2002 en ce qui concerne l'exécution de garanties hypothécaires.

C'est justement pour régler la controverse jurisprudentielle qui pouvait exister à l'époque que le législateur a voulu être très précis. Il semble que même si à peu près tous les auteurs et toutes les décisions prononcées depuis 2002 reconnaissent cette clarté et l'impossibilité pour un créancier hypothécaire d'inclure des honoraires extrajudiciaires dans sa créance garantie, la demanderesse, qui pourtant fait affaires de façon importante dans ce domaine, n'a pas encore accepté cette situation.

Si elle exige, en en faisant un débat devant le tribunal, la garantie de ses frais extrajudiciaires malgré les dispositions claires du *Code civil du Québec*, il apparaît inquiétant de savoir ce qu'elle réclame lorsqu'il n'y a pas de contestation. Il serait intéressant de connaître la nature de ses arguments lorsqu'elle tente de convaincre ses débiteurs de ne pas contester ses procédures et de consentir à un délaissement volontaire.

Le tribunal est d'avis qu'il s'agit, en apparence à tout le moins, d'un abus de droit flagrant par la demanderesse et que celle-ci face à des débiteurs souvent démunis, semble encore exiger le remboursement à même la vente des biens donnés en garantie des honoraires extrajudiciaires bien que de façon très claire, la loi ne le permette plus en matière hypothécaire.⁴¹

Si la conduite de la Banque de Montréal est ici hautement condamnable, on peut se demander si la responsabilité du notaire ne devrait pas également être mise en cause. Après tout, l'acte hypothécaire a été reçu par un notaire, qui est responsable face à son client des clauses apparaissant au contrat et tenu à un devoir de conseil et de renseignement.

41. *Banque de Montréal c. Équipements B. Morin inc.*, 2011 QCCS 30, par. 25-28.

Les choses ne sont cependant pas si simples, quand on sait que la Banque de Montréal impose littéralement au notaire un modèle standardisé de contrat de prêt hypothécaire. Dans les « instructions » qui lui sont transmises, la banque indique, en caractères gras, que le notaire « n'est pas autorisé à modifier aucune disposition de notre acte de prêt hypothécaire sans le consentement écrit de la Banque obtenu au préalable »⁴².

Bref, si le contrat en question apparaît clairement comme un contrat d'*adhésion* pour l'emprunteur, il représente un contrat *imposé* au notaire, qui n'aurait aucun contrôle sur son contenu ! Pour la banque, le notaire représente un intermédiaire obligatoire mais surtout encombrant, qui n'aurait pas le droit de mettre le nez dans ses « affaires ». Ce que les autorités de la banque ne comprennent pas, c'est que l'exigence d'un acte notarié en minute (art. 2693 C.c.Q.) n'a pas été réaffirmée, dans le *Code civil du Québec*, afin de protéger la profession notariale mais bien afin de protéger le public.

Pour aller plus loin

Le contrat de prêt hypothécaire imposé par la Banque de Montréal fait 51 pages, format légal. Il s'agit déjà là d'une insulte à l'intelligence, qui rend à toutes fins utiles impossible la lecture de cet acte important à l'emprunteur. La majorité de ses clauses sont inutilement longues, truffées de virgules et de conjonctions, ce qui n'est pas sans nous rappeler la conclusion d'une affaire restée célèbre dans les annales judiciaires : « Ce contrat est démesurément long, verbeux, obscur et entortillé »⁴³.

À partir de là, ne pourrait-on appliquer la règle prévue par l'article 1436 C.c.Q. : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle » ? Le problème est que chacune des clauses du contrat, prise isolément et lue attentivement, n'est peut-être pas incompréhensible en soi : c'est la masse de ces clauses qui rend le contrat incompréhensible. De plus l'article 1436 C.c.Q.

42. Merci à M^e Brigitte Roy, notaire dans Chaudière-Appalaches et directrice associée du diplôme d'études supérieures en droit notarial de l'Université Laval, qui nous a transmis ces documents et fait découvrir les réalités de la pratique notariale en la matière.

43. *Dumoulin c. Rawleigh Co. Ltd.*, (1925) 39 B.R. 241, 245. Le contrat de cautionnement avait été en l'espèce annulé sur la base de l'erreur. Arrêt confirmé par [1926] R.C.S. 551.

ajoute que la nullité ne sera prononcée que « si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice », ce qui ajoute au fardeau de preuve de l'adhérent.

On se prend donc à rêver que le prêt hypothécaire de premier rang soit couvert par la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁴. Ainsi, on ouvrirait la porte à l'exercice d'un recours collectif où des dommages punitifs pourraient être réclamés à la banque, sans exigence d'une preuve préalable d'un préjudice subi par les emprunteurs. Si la solution est valable pour un vendeur de meubles (voir la section 2 de la présente chronique), elle est *a fortiori* souhaitable dans le domaine bancaire.

En attendant, il incombe à la Chambre des notaires de faire pression sur les institutions financières peu respectueuses des droits des emprunteurs. Cet « abus de droit flagrant » de la part de la Banque de Montréal, selon les mots du juge Bureau, nous amène à conclure la présente chronique sur ce sujet.

En guise de conclusion

Nous avons amorcé notre propos en évoquant l'actualité et les divers scandales ayant marqué 2010. Qu'il nous soit permis de tenir un tant soit peu notre promesse en rapportant l'une des premières affaires impliquant les nouvelles dispositions législatives touchant les poursuites-bâillons.

Pendant longtemps inconnu au Québec, le phénomène des SLAPP (Strategic Lawsuits Against Public Participation) a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années. Des groupes écologistes ou de simples citoyens ont ainsi fait l'objet de poursuites en diffamation pour des montants importants – jusqu'à 5 M \$ – afin de les intimider et de restreindre leur capacité à dénoncer certains projets de « développement ».

Adoptée en juin 2009, la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux*

44. L'article 6c) de la loi, qui exclut « le crédit garanti par hypothèque » de son champ d'application, n'a jamais été mis en vigueur. Toutefois, l'exclusion est prévue à l'article 21 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, r. 1.

*débats publics*⁴⁵ fait suite au *Rapport sur les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique* de 2007 (disponible sur Internet), dont la recommandation numéro 2 proposait d'étendre la portée des articles 75.1 et s. du *Code de procédure civile*, plutôt que de se restreindre à contrer le phénomène des poursuites-bâillons. Malgré le titre de la loi de 2009, c'est en conséquence une section entièrement nouvelle du *Code de procédure civile* qui a été adoptée, dont la première disposition se lit comme suit :

54.1. Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive.

L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, *notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics.* [italiques ajoutés]

Parmi l'arsenal des moyens mis à la disposition des tribunaux, on note la possibilité de « condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs » (art. 54.4 C.p.c.).

La question du processus d'octroi des contrats municipaux étant d'actualité, c'est une affaire jugée en avril 2010 qui nous servira à illustrer la portée des règles nouvelles.

Au fil des ans, l'entreprise appartenant à M. Lino Zambito a obtenu plusieurs contrats de gré à gré avec la Ville de Boisbriand. Son entreprise a également été la seule qui a déposé une soumission relative au contrat de réfection de l'usine de traitement des eaux usées. Un citoyen s'étant étonné d'une telle situation lors d'une séance publique du conseil municipal, M. Zambito réplique avec une poursuite en diffamation de 150 000 \$, en indiquant que son intervention contenait des « insinuations insidieuses » à son égard⁴⁶.

45. L.Q. 2009, c. 12.

46. *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, 2010 QCCS 1734, par. 1.

La juge D. Turcotte accueille la requête en rejet d'action en s'appuyant sur les nouvelles dispositions législatives. Voici quelques extraits particulièrement éclairants de son jugement :

[18] Le Tribunal en vient à la conclusion que le défendeur avait le droit de questionner le mécanisme d'octroi de contrats de la ville où il réside. Il est clair que, de façon objective, le discours que l'on prête au défendeur n'est pas diffamatoire et, conséquemment, que la requête de la demanderesse est manifestement mal fondée.

[31] Par ailleurs, la demanderesse réclame 150 000 \$ à titre de dommages, ce qui est grossièrement exagéré à la lecture même de la procédure.

[32] En surplus, le dossier de la Cour démontre que la demanderesse a signifié sa requête introductive un samedi après-midi. Le procès-verbal de l'huissier ne mentionne aucune tentative antérieure de signification. C'est donc délibérément qu'on a choisi ce moment. Il y avait là un message clair pour lequel la demanderesse n'a offert aucune explication.

[33] Tout indique que la poursuite est motivée par la volonté d'intimider le défendeur.

[36] Le Tribunal peut donc accorder des dommages équivalant aux honoraires et débours extrajudiciaires engagés par le défendeur.

[37] En l'espèce, la preuve a démontré que le défendeur a encouru plus de 20 000 \$ pour se défendre contre cette poursuite.

[38] Cependant, compte tenu que les articles 54.1 C.p.c. et suivants sont de droit nouveau, le Tribunal estime que les heures de travail dépassent de beaucoup le temps normalement requis pour une telle requête. Il serait injuste que la demanderesse assume la totalité de cette portion des honoraires.

C'est finalement un montant de 15 000 \$ qui devra être payé par la demanderesse au défendeur, à titre de dommages-intérêts. L'entreprise devrait survivre financièrement à un tel revers de fortune. Les accusations criminelles déposées contre M. Zambito en rapport avec ces contrats, le 3 février 2011, devraient avoir un impact beaucoup plus grand sur ses affaires futures.