

PROPRIÉTÉ ET TRANSMISSION DU GREFFE NOTARIAL AU QUÉBEC : UNE APPROCHE HISTORIQUE ET COMPARATIVE

Naivi CHIKOC BARREDA

Volume 114, Number 3, December 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044748ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044748ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CHIKOC BARREDA, N. (2012). PROPRIÉTÉ ET TRANSMISSION DU GREFFE NOTARIAL AU QUÉBEC : UNE APPROCHE HISTORIQUE ET COMPARATIVE. *Revue du notariat*, 114(3), 433–473. <https://doi.org/10.7202/1044748ar>

PROPRIÉTÉ ET TRANSMISSION DU GREFFE NOTARIAL AU QUÉBEC : UNE APPROCHE HISTORIQUE ET COMPARATIVE

Naivi CHIKOC BARREDA*

INTRODUCTION	435
1. APERÇU HISTORIQUE DES NORMES SUR LA TRANSMISSIBILITÉ DU GREFFE NOTARIAL AU QUÉBEC	436
1.1 L'intérêt de l'État dans la garde des minutes	436
1.2 Le droit de céder le greffe notarial et le dépôt aux archives judiciaires	438
1.2.1 Les causes légales de la cession du greffe	440
1.2.2 Changement dans le pouvoir d'autoriser la cession	442
1.3 Principes généraux relatifs à la transmission du greffe	443
2. LA LOI SUR LE NOTARIAT, L.R.Q., C. N-3 ET LA TRANSMISSION DU GREFFE NOTARIAL : UN REGARD CRITIQUE	446
3. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC : LE DESTIN D'UN ACTE NOTARIÉ	452
4. LA QUESTION DE LA NATURE DU DROIT SUR LE GREFFE NOTARIAL : DÉBAT D'ACTUALITÉ	456

* LL.M., notaire à Montréal.

4.1	Un détour nécessaire : le fondement de l'authenticité et ses conséquences moins connues	456
4.1.1	Le notaire : un officier public.	456
4.1.2	L'authenticité : une fonction publique	457
4.1.3	L'acte notarié : un document public de droit privé.	459
4.2	Controverse doctrinale en droit québécois	462
4.3	Trois exemples tirés des notariats membres de l'Union internationale du notariat latin.	466
4.3.1	Notariat français	466
4.3.2	Notariat belge	468
4.3.3	Notariat espagnol	469
	CONCLUSION	471
	Annexe – Cycle de vie d'un acte notarié.	473

« [...] cette 'main publique' qui permet au droit abstrait de recevoir d'une façon concrète la vie de paix et la force de vérité »¹

INTRODUCTION

La science notariale apporte sans doute aux historiens une clé unique de compréhension de l'évolution sociale. Rédacteur officiel des actes, successeur du tabellion romain, le notaire donne témoignage écrit des impératifs individuels, familiaux, économiques, moraux et sociaux qui marquent les époques, un témoignage écrit destiné à être conservé à perpétuité. Le contenu de ce patrimoine documentaire que constituent les greffes notariaux est une source inépuisable dont la recherche historique ne peut que se rassasier. Si en plus, nous évoquons la valeur que les lois de tous les temps ont attachée aux actes notariés, en leur donnant le caractère de « vérité officielle » préétablie, les documents notariés deviennent incontournables dans la quête de l'homme pour établir la certitude des faits qui jalonnent l'histoire. « Si nous pouvons reconstituer aujourd'hui l'histoire des familles et des propriétés, c'est grâce à la conservation des actes notariés qui sont peut-être la plus grande richesse de nos archives nationales »².

Les actes notariés étant des documents authentiques, ils font foi devant les hommes des mentions y contenues. Cette « foi » résulte de la fonction d'authentification dont le notaire est investi en tant qu'officier public. Elle est aussi « force probante », « vérité », « permanence », « efficacité ». Cette plénitude de vertus se réunissent toutes dans un ensemble organique appelé *greffe notarial*. Comme tout pouvoir, la fonction d'authentification ne peut qu'entraîner une grande dose de responsabilité. D'où les devoirs de garde, de conservation et la prohibition de dessaisissement des actes qui définissent la position juridique du notaire eu égard au greffe. Si les notariats héritiers de la tradition civiliste européenne font du greffe notarial une propriété publique et inaliénable par nature – et du notaire ins-

1. Jean-Louis SOURIOUX, « Rapport de synthèse », dans *Modernité de l'authenticité*, L.P.A. 1993.77.32.

2. André COSSETTE, « L'acte authentique et l'avenir du notariat », (1980) 83 *R. du N.* 178, 185-186.

trumentant, un dépositaire chargé de sa conservation jusqu'au moment où il cesse de l'être – au Québec, le greffe notarial en tant qu'objet de propriété semble fuir les définitions légales et doctrinales. Cependant, l'authenticité de l'acte notarié indissociable de l'exercice d'une fonction publique ainsi que l'histoire législative de la transmissibilité du greffe se montrent généreuses au chercheur qui s'interroge sur l'identité du propriétaire des actes notariés, en dévoilant un sens cohérent qui rapproche le greffe notarial québécois de ceux qui partagent avec lui la même racine. Face au silence de la loi, le présent texte se veut un effort d'interprétation légale historique et d'analyse critique en même temps qu'un essai de construction doctrinale sur la question du rapport juridique entre le notaire et son greffe.

1. APERÇU HISTORIQUE DES NORMES SUR LA TRANSMISSIBILITÉ DU GREFFE NOTARIAL AU QUÉBEC

1.1 L'intérêt de l'État dans la garde des minutes

Le contexte législatif dans lequel le notariat québécois a évolué est révélateur de l'intérêt constant de l'État dans la conservation des actes notariés, aux fins de garantir leur intégralité et permanence. Cet intérêt se manifeste dans l'imposition aux notaires de l'obligation de garder les minutes en leur possession et dans l'établissement du processus légal de transfert des minutes une fois que le notaire instrumentant cesse d'exercer la profession.

Nous trouvons dans la *Déclaration royale du 2 août 1717*³ la première référence formelle à l'obligation des notaires de conserver leurs minutes, en ordonnant aux notaires dans les colonies de lier ensemble par ordre de d'année et de date les minutes de tous les actes et contrats passés devant eux. L'article 7 édictait que les juges ordinaires des lieux devraient se transporter sans frais aux domiciles des héritiers des notaires décédés dans leur district, ou de ceux qui seront démis de leur emploi, pour faire inventaire, sans frais, des minutes et protocoles des défunts, en procédant à lier lesdites minutes par ordre d'année et de date, par leur greffier, aux fins de leur dépôt dans leurs greffes. Les greffiers assumaient l'obligation de

3. *Déclaration du Roi pour la conservation des Minutes des Notaires, Ordonnance du 2 août 1717*, dans Julien S. MACKAY, *Compilation des ordonnances royales et des lois concernant le notariat québécois*, Montréal, Fondation du notariat en coll. avec la Chambre des notaires du Québec, 2003, p. 35 à 42.

donner, pendant cinq ans, la moitié des salaires qu'ils recevraient pour les grosses et expéditions des actes, aux héritiers des notaires décédés ou démis de leur emploi. Une fois le délai de cinq ans écoulé, les salaires appartenaient entièrement aux greffiers.

De même, les autorités anglaises, soucieuses de la conservation des archives notariales, ont prévu à l'article XLV de la *Capitulation de Montréal* signée le 8 septembre 1760 que « les minutes des actes des notaires, des villes et des campagnes [...] resteront dans la colonie, dans les greffes des juridictions, dont ces papiers dépendent »⁴. Tel que le souligne l'historien André Vachon, « en Nouvelle-France, les minutes des notaires furent considérées, après 1717, comme *papiers publics*. Cette définition fut reprise par le gouvernement anglais dans l'ordonnance de 1785 »⁵ (notre italique).

En effet, selon l'Ordonnance anglaise de 1785 relative aux avocats, procureurs, sollicitateurs et notaires, « après le décès d'un notaire, les minutes, registres et actes par lui passés seront considérés comme *papiers publics* de la cour des plaidoyers communs du district dans lequel il aura travaillé comme notaire. Il seront incontinent déposés au greffe de cette cour »⁶.

En vertu de l'*Acte concernant l'administration de la justice dans le Bas-Canada*⁷ du 19 mai 1860, les archives des notaires ayant cessé de pratiquer devaient être conservées par le protonotaire de la Cour supérieure du district où le notaire exerçait. Cette formule fut ainsi maintenue dans l'*Acte concernant le notariat*⁸ de 1860.

Il est également important de mentionner la règle, en vigueur depuis l'Ancien régime, interdisant aux notaires de se dessaisir de leurs minutes : « lesquelles minutes porte [*sic*] l'acte de notoriété du 18 novembre 1687, ne doivent point sortir de leur possession, ni être par eux portées hors de leurs études, s'il ne leur est ordonné par

4. Cité par André VACHON, *Histoire du notariat canadien, 1621-1960*, VI Congrès international du notariat, Chambre des notaires du Québec, Montréal, 1961, p. 84.

5. *Ibid.*, p. 86.

6. *Ordonnance du 30 avril 1785 qui concerne les avocats, procureurs, sollicitateurs et les notaires, et qui rend plus aisé le recouvrement des revenus de Sa Majesté*, Geo III, c. 4, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 43 à 48.

7. 23 Vict., c. 57, reproduit dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 166. Voir aussi : Julien S. MACKAY, « La loi sur le notariat, son évolution et son histoire », (1989) 91 *R. du N.* 421, 443.

8. 23 Vict. c. 73, sanctionné le 19 mai 1960.

les magistrats [...] »⁹. Le principe du non-dessaisissement des minutes est ainsi consacré et a été maintenu dans tout l'historique législatif du notariat. Depuis le *Code du notariat* de 1883, la formule législative demeure identique : « le notaire ne peut se dessaisir d'aucune minute ou annexe, si ce n'est dans les cas prévus par la loi »¹⁰.

Autrement dit, sauf disposition légale expresse, il n'est pas permis de déroger aux principes de conservation et d'intégralité du greffe. Sous le *Code du notariat*, seulement les cas de dénégation de l'authenticité de l'acte notarié ou poursuite en faux autorisaient le dessaisissement des originaux sur ordre du tribunal¹¹. Le principe est demeuré intact dans les législations subséquentes jusqu'à nos jours. Le principe de non-dessaisissement s'érige donc en corollaire de l'obligation de conservation du greffe notarial.

1.2 Le droit de céder le greffe notarial et le dépôt aux archives judiciaires

L'*Acte pour refondre et amender les actes concernant le notariat* du 1^{er} février 1870¹² introduisait une modification substantielle en matière de transmission du greffe. On permettait désormais au notaire cessant l'exercice de la profession, pour cause de décès, démission, interdiction ou incapacité d'agir, de transmettre le greffe à un autre notaire qui devenait, de ce fait, cessionnaire du greffe s'il résidait dans le même district que le cédant ou à l'intérieur de 12 milles de ce district (art. 42). Cependant, la cession était soumise

9. *Arrêt de règlement du 13 avril 1720*, dans « Un notaire peut-il se dessaisir d'une minute ? », (1909-1910) 12 *R. du N.* 344, 344.

10. *Acte pour amender les différents actes concernant le notariat et les refondre en un seul acte*, 46 *Vict. c.* 32, 30 mars 1883, reproduit dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 285 à 360. Ci-après cité « *Code du notariat* de 1883 ».

11. Conformément à l'article 228 C.p.c. Voir aussi les cas de dessaisissement prévus lors d'enquête par l'ordre professionnel (art. 192 du *Code des professions*) et lors de la procédure de vérification de testaments (art. 889 C.p.c.). Pour Alain ROY (*Déontologie et procédures notariales*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 134-140), la cession et le dépôt du greffe constituent aussi des cas de dessaisissement du greffe. Nous considérons que lorsque la cession ou le dépôt a lieu à la suite de la cessation de l'activité notariale, pour cause de décès, démission ou incapacité, ce « dessaisissement » n'est pas une exception au principe du non-dessaisissement, mais celui-ci devient simplement inapplicable car il ne joue qu'en cas d'exercice de la fonction. Par contre, lorsque la cession et le dépôt sont « volontaires », ce dessaisissement devient donc une dérogation au principe du non-dessaisissement des actes dont la légitimité demeure incertaine.

12. *Acte pour refondre et amender les actes concernant le notariat*, 33 *Vict. c.* 28, 1^{er} février 1870, reproduit dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 199 à 219.

à l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil et à sa publication dans la Gazette officielle. Comme le mentionne Julien Mackay, vu que « le gouvernement ne veut pas être accusé de négligence à l'égard de ce *patrimoine de l'État* dont il a la garde, d'autres dispositions très particulières sont imposées »¹³ (notre italique).

Sauf les cas de cession légale du greffe à un autre notaire, le protonotaire de la Cour supérieure était habilité à exercer une *action en revendication* pour réclamer la possession des minutes et répertoires sur refus ou négligence de la part du notaire ou de ses héritiers de procéder au dépôt du greffe dans le délai établi.

Dans cette même veine, le *Code du notariat* de 1883¹⁴ autorisait la cession du greffe à un autre notaire du même district, sans qu'il ait à tenir son étude en dedans de douze milles de l'étude du cédant. Les causes légales donnant lieu à la cession du greffe sont également le décès du notaire, sa démission, son interdiction et son inaptitude à exercer la profession. En cas de décès du notaire, le consentement du conjoint survivant était nécessaire pour effectuer la cession, et à défaut de conjoint, celui de ses héritiers ou de ses représentants légaux.

Un élément essentiel dans l'analyse de la nature juridique du droit dans le greffe est sans doute le caractère temporaire de la cession. Le *Code du notariat* prévoyait que toute cession de greffe serait faite pour une période de 50 ans, après laquelle le greffe devait être remis par la personne qui en avait la possession au protonotaire de la Cour supérieure, ce dernier ayant l'obligation de remettre pendant 10 ans au notaire ou à sa succession la moitié des honoraires résultant des copies (art. 80, 88, 90 et 98).

Sauf les cas de *cession légale* des greffes de notaires, les minutes, répertoires et index de tout notaire qui décède, quitte la province, devient inhabile à agir comme tel ou cesse de pratiquer volontairement, ainsi que les greffes dont le notaire peut être lui-même dépositaire sont déposés par lui ou par ses héritiers dans le bureau du protonotaire de la cour supérieure du district où le notaire pratique (art. 91). Le manquement à cette obligation légale de dépôt est sanctionné avec l'imposition d'amendes (art. 93). Enfin, les minutes, répertoires et index des notaires transmis aux protono-

13. Julien S. MACKAY, « La loi sur le notariat, son évolution et son histoire », (1988-89) 91 *R. du N.* 421, 447.

14. Préc., note 10, art. 81.

taires de la cour supérieure font partie des archives de leur bureau (art. 96). Comme dans les lois précédentes, il est prévu en faveur du protonotaire une action en revendication pour récupérer la possession des minutes sujettes au dépôt (art. 95).

La *Loi amendant le Code du notariat*¹⁵ du 21 décembre 1895 établit qu'un notaire cessionnaire d'un greffe ne pouvait garder ce greffe s'il changeait de district : le greffe devait être déposé chez le protonotaire du district où le notaire dont le greffe a été cédé avait son domicile. Des lois subséquentes sont venues tempérer les effets temporaires de la cession du greffe. En vertu de la *Loi modifiant l'article 91 du Code du notariat*¹⁶ du 19 février 1932, le lieutenant-gouverneur pouvait prolonger la durée de la cession de greffe, sur la simple recommandation de la Chambre des notaires, pourvu que chaque prolongation n'excède pas chaque fois 50 ans.

1.2.1 Les causes légales de la cession du greffe

Concernant la transmissibilité du greffe, la *Loi refondant le Code du notariat*¹⁷ du 13 avril 1933 accordait à tout notaire (*sans mention expresse des causes légales de la cession*) le droit de transmettre le greffe dont il est dépositaire, par acte entre vifs ou à cause de mort, à un autre notaire en exercice résidant dans le district du domicile professionnel du notaire cédant. Si le notaire décédé n'avait pas disposé de ses greffes, ce droit appartenait à ses héritiers ou à ses représentants légaux, *qu'ils aient accepté la succession ou non* (art. 82). Cette transmission était sujette à l'autorisation du lieutenant-gouverneur en son conseil et limitée à une période de 50 ans renouvelable, à l'expiration de laquelle le notaire ou toute personne en possession du greffe cédé devait en faire le dépôt au bureau du protonotaire. Le protonotaire était également investi d'une action en revendication pour réclamer la possession des minutes, répertoires et index sujets au dépôt obligatoire.

À première vue, le libellé de l'article 82 ci-haut cité paraît suggérer un nouveau régime légal montrant un assouplissement des conditions menant à la transmission du greffe. Alors que les législa-

15. *Loi amendant le Code du notariat*, 59 Vict., c. 29, 21 décembre 1895, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 373.

16. *Loi modifiant l'article 91 du Code du notariat*, 22 Geo. V, c. 74, le 19 février 1932, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 420.

17. *Loi refondant le Code du notariat*, 23 Geo. V, c. 80, 13 avril 1933, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 424 à 503.

tions antérieures qualifiaient toujours de façon expresse les conditions dans lesquelles la cession du greffe devait avoir lieu, à savoir le notaire cédant était décédé, ou bien il démissionnait ou devenait interdit ou incapable d'exercer sa profession, la *Loi refondant le Code du notariat*¹⁸ du 13 avril 1933 n'établit pas les circonstances justificatives de la cession, en permettant simplement à tout notaire de céder ses minutes, répertoires et index à un autre notaire en exercice. Cette omission constitue-t-elle un oubli involontaire du législateur ou un véritable changement de principes pour instituer la libre cession du greffe ?

Nous proposons d'interpréter l'article 82 de ladite loi à la lumière de l'article 94 à l'effet d'établir leur interdépendance en ce qui a trait aux causes donnant lieu aux phénomènes de la cession et du dépôt respectivement. Selon l'article 94, sauf les cas de cession ou de transmission *légal*e des greffes, « les greffes de tout notaire en exercice qui meurt, laisse la province, ou qui, pour toute autre cause, cesse d'exercer ou n'en a plus le droit suivant les dispositions du présent code, sont déposés par sa veuve, ses enfants, ses héritiers ou légataires [...] chez le protonotaire de la Cour supérieure du district où ce notaire exerçait sa profession en dernier lieu... ».

Si on met en relation ces deux articles, le premier relatif à la cession du greffe, le deuxième relatif à son dépôt, on peut conclure qu'il existe entre eux une relation de complémentarité faisant en sorte que le dépôt chez le protonotaire ne procède qu'à défaut de cession légale, mais sans qu'il existe aucune différence dans les causes d'ouverture des deux procédures. Cette interprétation met sur un pied d'égalité les cas de cession et de dépôt du greffe notarial quant aux circonstances qui y donnent lieu, tout en affirmant le caractère subsidiaire du dépôt. La nouvelle rédaction plutôt générale de l'article 82 répondrait plutôt à une intention de simplifier la formule légale sous le concept unique de *notaire cédant*, englobant dans ce terme toutes les causes de cessation de l'activité notariale, ainsi que de préciser les modes de transmission du greffe : « par acte entre vifs ou à cause de mort, ou par testament ».

En appui de cette interprétation, nous mentionnons l'annexe de la loi à l'étude, *Formule 4 – article 83, Requête au lieutenant-gouverneur en son conseil pour obtenir la cession ou la transmission du greffe d'un notaire*. Dans le premier paragraphe de l'exposé des faits,

18. Préc., note 17.

le requérant doit déclarer qu'« il est cessionnaire du greffe de ..., (indiquer si le notaire cédant est décédé ou s'il a cessé d'exercer et la cause, ou est démissionnaire) », alors qu'en vertu du *Code du notariat* antérieur, la requête visant l'autorisation par le lieutenant-gouverneur de la cession du greffe prenait deux formes différentes selon qu'il s'agissait du greffe d'un *notaire décédé* ou d'un *notaire cessant de pratiquer*. Le procédé « amélioré » de la nouvelle Loi témoigne d'une volonté législative d'uniformiser la demande de cession de greffe sous une même formule, « notaire cédant », d'où la rédaction généraliste de l'article, et non pas de bouleverser le droit antérieur pour permettre aux notaires de transiger librement avec leurs greffes pendant l'exercice de la profession. L'emprise de l'autonomie de la volonté est par conséquent restreinte à l'exercice d'un choix : céder ou déposer le greffe lorsque le notaire aura cessé d'agir à ce titre. La dépossession du greffe demeure la conséquence d'une procédure *nécessaire* réservée aux notaires cessant d'exercer pour quelque cause que ce soit et non pas un mode de transmission sur la seule volonté du cédant.

1.2.2 Changement dans le pouvoir d'autoriser la cession

En vertu de la *Loi concernant l'approbation de certaines procédures*¹⁹ du 17 avril 1946, il revient au secrétaire de la province et non pas au lieutenant-gouverneur d'autoriser le prolongement de la cession de greffe au-delà de la première période de cinquante ans.

Si auparavant, le consentement de la Chambre des notaires faisait partie des exigences légales pour accorder l'autorisation de la cession de greffe, ce « consentement » se transforme en « autorisation » avec la *Loi concernant la cession et la transmission des greffes des notaires*²⁰ du 6 février 1948, créant ainsi un véritable changement dans la personne habilitée à autoriser la cession. Dorénavant, la Chambre des notaires reçoit par délégation de l'État le pouvoir d'autorisation de la cession des greffes ainsi que sa prolongation au-delà de la période de 50 ans. Son pouvoir de décision est discrétionnaire et s'exerce à l'exclusion de toute autre autorité.

19. *Loi concernant l'approbation de certaines procédures*, L.Q. 1946, c. 20, 17 avril 1946, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 573.

20. *Loi concernant la cession et la transmission des greffes des notaires*, L.Q. 1948, c. 31, 6 février 1948, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 576.

La *Loi concernant la profession de notaire*²¹ du 26 février 1953 reprend la même exigence d'autorisation de la cession par la Chambre des notaires et vient préciser que toute cession ou transmission du greffe est faite pour une période de 50 ans, la Chambre se réservant le droit de l'autoriser pour une période additionnelle de 50 ans, après laquelle avait lieu le dépôt chez le protonotaire de la Cour supérieure. De ce fait, la loi est venue limiter à 100 ans la durée maximale de la cession d'un greffe.

Les règles mentionnées ci-dessus relativement aux modes de transmission entre vifs et à cause de mort du greffe notarial, la permission préalable de la Chambre des notaires ainsi que la durée limitée à 50 ans renouvelable pour une période supplémentaire de 50 ans ont été reprises par la *Loi du notariat*²² du 18 décembre 1968, L.R.Q., c. N-2 (art. 62, al. 2).

1.3 Principes généraux relatifs à la transmission du greffe

Malgré les nombreuses lois qui ont régi l'organisation du notariat au Québec, l'historique législatif étudié ne démontre pas un changement substantiel dans les principes concernant la transmissibilité des greffes des notaires. Au contraire, comme un fil qui traverse les âges, nous découvrons dans cette succession des lois, des principes communs qui peuvent être résumés ainsi :

- La cession du greffe est un acte juridique dont les conditions sont impérativement encadrées par la loi ;

En effet, si la cession de greffe était un contrat civil régi par la liberté contractuelle des parties, alors un notaire en exercice pourrait à tout moment décider de se dessaisir de ses minutes et d'en disposer à titre onéreux ou gratuit en faveur d'un autre notaire. Nous avons vu qu'une telle interprétation est contraire à l'esprit du législateur. Les circonstances donnant lieu à la cession de greffe sont toutes les situations de fait dans lesquelles le notaire instrumentant cesse d'agir, soit pour cause de décès, démission, interdiction ou incapacité d'exercice. La loi qualifie elle-même la cession de *cession légale*, et ce, pour la distinguer de la cession ordinaire de droit civil, qui a un caractère purement volontaire. De plus, la validité de cette

21. *Loi concernant la profession de notaire*, L.Q. 1953, c. 54, 26 février 1953, reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 580 à 604.

22. *Loi sur le notariat*, L.Q. 1968, c. 70, art. 62, al. 2. Reproduite dans J.S. MACKAY, préc., note 3, p. 613 à 644.

transmission dépend de l'autorisation d'un tiers, une autorité publique dans le cas du lieutenant-gouverneur, et à partir de 1948, la Chambre des notaires du Québec par délégation. Il ne serait pas inexact de dire que la cession du greffe a un caractère *nécessaire* aux yeux du législateur, l'emprise de la volonté des parties ne portant que sur le choix de céder le greffe ou le déposer à la cour une fois que les circonstances légales sont survenues, ainsi que sur l'élection du mode de transmission (acte entre vifs ou à cause de mort).

- Le droit de céder le greffe d'un notaire décédé ne fait pas partie de sa succession ;

Si le notaire instrumentant décède sans avoir disposé de son greffe par acte *mortis causa*, ce droit est exercé par ses *successibles*, *qu'ils acceptent sa succession ou non*²³. Avec cette expression, la loi vient préciser que le droit de céder le greffe n'intègre pas le patrimoine successoral transmis aux héritiers. Si ce « droit de disposition » était un droit de nature patrimoniale à l'instar de ceux qui composent la succession, il appartiendrait exclusivement aux héritiers testamentaires ou *ab intestat*. Étant donné que l'acceptation de la succession n'est pas requise, la loi accorde une légitimation spéciale aux successibles pour l'exercice de ce droit. La nature non successorale de ce droit fait en sorte que, bien que le notaire puisse disposer du greffe par disposition à cause de mort, il ne peut disposer du droit de disposer du greffe, par le biais d'un legs testamentaire ni par donation à cause de mort, car la loi attribue ce droit aux successibles et non pas aux héritiers. D'autre part, rappelons que si les successibles collectivement n'exercent pas ce droit, le conjoint, les enfants, les héritiers, le liquidateur, ou toute personne qui a le greffe en sa possession, doivent le déposer à la Cour supérieure du district dans lequel le notaire exerçait dans le délai établi (30 jours dans l'article 148(4) de la *Loi sur le notariat* L.R.Q., c. N-2). Dans ce sens, la cession est un droit sujet à échéance, après laquelle, il se transforme en un devoir de dépôt dont le défaut est sanctionné par la loi.

Il est intéressant de noter que lorsqu'il y avait dépôt du greffe du notaire décédé au bureau du protonotaire de la Cour supérieure, la loi attribuait à ses proches parents un droit de recevoir la moitié des honoraires et émoluments pour copies, recherches ou extraits : premièrement à la veuve, et si la veuve décédait, à ses représentants

23. Art. 63 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, qui reprend le droit antérieur.

légaux, qu'ils acceptent ou répudient la succession. Avec le *Code du notariat* de 1883²⁴, ces honoraires appartenait à la veuve ; et à défaut de veuve, aux « héritiers », « qu'ils acceptent la succession ou non ». En vertu de la *Loi refondant le Code du notariat*²⁵ du 13 avril 1933, ce droit est attribué aux héritiers du notaire, même s'ils renoncent à la succession. Cette disposition a été maintenue dans les lois subséquentes. Actuellement, la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2 contient une disposition expresse excluant ce droit de la succession (art. 157, al. 2).

- La cession du greffe a un caractère temporaire ;

Contrairement au transfert de la propriété en droit civil, cet acte de disposition particulier qu'est la cession du greffe n'a pas d'effets permanents mais limités dans le temps. Une période de 50 ans a été considérée par la loi comme suffisante pour desservir l'intérêt des personnes pouvant invoquer des droits sur les actes contenus dans le greffe cédé, qui est ultimement la raison de leur conservation par les notaires. Cette période peut cependant être prolongée, dans un premier temps de façon discrétionnaire par le lieutenant-gouverneur, et finalement pour une période additionnelle de 50 ans par la Chambre des notaires. Après son expiration, le greffe doit être impérativement déposé à la Cour supérieure pour devenir partie intégrante de ses archives. La limitation s'explique dans la protection des intérêts privés des parties à l'acte. Après 100 ans, la loi considère que le notaire n'est plus garant de ces intérêts privés et l'intérêt public sous-jacent émerge en revendiquant la possession du greffe.

- Le dépôt chez le protonotaire constitue une obligation légale sujette à sanctions ;

Dans un premier temps, lorsqu'un notaire décédait ou cessait d'exercer sa charge, ses héritiers, le notaire ou toute personne ayant en sa possession les minutes, répertoires et index étaient tenus de procéder à leur dépôt dans le bureau du protonotaire de la Cour supérieure du district où ce notaire exerçait. En 1870, la loi est venue permettre la cession de greffe à un autre notaire du même district du cédant, sur approbation du lieutenant-gouverneur. Par contre, à l'expiration du délai fixé légalement pour la détention des

24. Préc., note 10.

25. Préc., note 17.

minutes par le notaire cessionnaire, celui-ci devait procéder au dépôt chez le protonotaire. À défaut de cession, le dépôt devenait impératif, faute de quoi le notaire ou le possesseur du greffe était passible d'amendes, de peines disciplinaires et de recours en dommages.

- Le tribunal est investi d'une action en revendication pour réclamer la possession des greffes sujets à l'obligation de dépôt ;

Comme corollaire à l'obligation de déposer le greffe notarial chez le protonotaire, celui-ci est en droit de s'adresser au tribunal par le biais d'une action en revendication afin de réclamer la possession de l'ensemble des minutes, répertoires et index des notaires. Le fait que ce soit une *action en revendication* nous permet de conclure que le droit de propriété sous-jacent sur le greffe est exercé par cet officier de la cour au nom de l'État, ce qui rejoint la notion de « patrimoine de l'état » avancée par Mackay²⁶. À cet effet, les lois consacrent une disposition expresse statuant que les greffes des notaires déposés chez le protonotaire (aujourd'hui, le greffier) font partie des archives de la Cour. Si le greffe notarial est dès son origine « destiné » à être déposé aux archives de la Cour, il n'est que temporairement sous la garde des notaires, instrumentants ou cessionnaires, qui sont légalement tenus de veiller à sa conservation, son intégralité et sa permanence. Ces devoirs légaux se justifient dans le but ultime et différé dans le temps, de donner à l'État une partie de son patrimoine en tant qu'archives publiques.

2. LA LOI SUR LE NOTARIAT, L.R.Q., C. N-3 ET LA TRANSMISSION DU GREFFE NOTARIAL : UN REGARD CRITIQUE

En premier lieu, il est à noter que les articles 59, 62 à 75 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3 commentés ci-après ne sont pas encore en vigueur. Par conséquent, les normes applicables à la conservation des actes notariés, à la cession et au dépôt du greffe notarial sont celles de la loi L.R.Q., c. N-2. L'intérêt d'analyser les règles projetées par la nouvelle loi réside dans les modifications substantielles qu'elle propose par rapport à la législation antérieure. Le but de cet exercice est uniquement de trouver des repères sur la nature juridique du droit dans le greffe et non pas l'analyse des diffi-

26. J.S. MACKAY, préc., note 13.

cultés relatives à la gestion, le minutage et l'accès aux greffes découlant des nouvelles règles.

Une nouvelle conception du greffe notarial semble vouloir s'installer. On introduit une classification du greffe qui distingue le greffe individuel (le seul existant actuellement), le greffe commun (défini comme celui où plusieurs notaires versent leurs actes et sur lequel ils détiennent des droits indivisaires – art. 63 L.R.Q., c. N-3) et le greffe social (celui constitué par des notaires exerçant en société – société de personnes ou personne morale²⁷ et dont la société des notaires serait titulaire – art. 64 L.R.Q., c. N-3). Tel qu'exprimé dans le Journal des débats de la commission parlementaire qui a examiné le projet de loi 139, *Loi sur le notariat*, l'objectif du greffe commun ou social, c'est de permettre la mise en commun des ressources et de pouvoir favoriser les regroupements entre les différents notaires, particulièrement ceux qui se spécialisent dans différents secteurs²⁸.

En ce qui concerne le greffe commun, la loi établit le principe de l'interdiction du partage en cas de fin de l'indivision (art. 63, al. 1 *in fine*). La raison sous-jacente que nous y voyons est la prohibition du morcellement du greffe notarial, en d'autres mots, le respect du principe de l'intégralité du greffe. Toutefois, on aura l'occasion de voir comment les bonnes intentions du législateur ont été par lui-même méconnues dans d'autres dispositions du texte.

La loi est silencieuse quant aux conséquences, sur le greffe, de la fin de l'indivision volontaire, l'article 71 ne s'appliquant que lorsque « l'ensemble des notaires qui y versent leurs actes ne sont plus inscrits au tableau ». Par contre, la fin de l'indivision volontaire est l'une des circonstances où une obligation légale de céder ou déposer le greffe aurait dû être imposée. Vu que le partage ne pourra pas être provoqué, on devra se référer aux conséquences prévues dans la convention d'indivision, à savoir les clauses stipulant la cession du greffe à un autre notaire ou à une société de notaires.

27. En vertu du *Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société*, R.R.Q., c. N-3, r. 7, il est permis aux notaires d'exercer leurs activités professionnelles au sein d'une société par actions ou d'une société en nom collectif à responsabilité limitée.

28. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{re} session, 36^e législature, 2 mars 1999 au 9 mars 2001, « Étude détaillée du projet de loi n^o 139 – *Loi sur le notariat* », en ligne : <www.assnat.qc.ca/es/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-1/journal-debats/CI-001024.html#_Toc508427398>.

En matière de greffe social, une autre disposition significative dans notre analyse est celle établissant que « le greffe fait partie des biens de la société » (art. 64). Voici une disposition assez explicite concernant la question du droit dans le greffe. La société de notaires est donc titulaire du greffe social, et chaque associé pourra y verser et y conserver ses actes sur la base des droits et prérogatives que lui confère sa part sociale²⁹ ou son action en cas de sociétés par actions. Cette disposition expresse considère donc le greffe comme faisant partie du patrimoine de la société. Cependant, la nature de cette titularité reste à définir. Dans un souci de concordance, l'article 69 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, permet qu'une société de notaires devienne également cessionnaire d'un greffe.

En application de l'article 62 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, qui ne permet la cession qu'en faveur d'un notaire individuel, dans l'affaire *Côté c. Ouellet*³⁰, la Cour était appelée à interpréter une clause d'un contrat de société déclarant que les greffes apportés par une notaire lors de la constitution de la société faisaient partie des biens de la société. Malgré les termes exprès de l'article 62 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, la Cour n'a pas déclaré la nullité de la clause, mais elle l'a plutôt interprétée en affirmant que les parties ont voulu parler *uniquement des revenus que généreraient les greffes* en question, et ce, durant le temps de la durée de la société. Nous rappelons qu'étant donné que cette loi est encore en vigueur relativement à la conservation, la cession, le dépôt et la garde des minutes, cette interprétation jurisprudentielle demeure valable en ce moment.

Hormis le fait que la société ne peut devenir, sous la loi actuelle, cessionnaire d'un greffe de notaires, nous voyons dans le jugement un élément important à faire ressortir. D'après le tribunal, le droit de propriété sur le greffe n'entre pas dans le patrimoine de la société. C'est plutôt la valeur économique représentée par les revenus d'honoraires que peut potentiellement rapporter le greffe qui constitue l'objet de l'apport. Cette argumentation de la cour, bien que restreinte à l'hypothèse d'une société cessionnaire, nous dévoile une clé interprétative du phénomène de la cession du greffe à titre onéreux qui pourrait contribuer à la compréhension du rapport de droit entre le notaire et le greffe. Dans la transmission du greffe notarial, une distinction devrait être faite entre, d'une part, les bénéficiaires

29. Alain ROY, « La nouvelle *Loi sur le notariat* : un virage décisif vers l'avenir », (2001) 1 *C.P. du N.* 53, 75.

30. *Côté c. Ouellet*, [1995] n° AZ-95021619 (C.S.).

patrimoniaux tels les revenus d'honoraires et l'achalandage et, d'autre part, le droit sur le greffe qui ne peut se traduire qu'en termes de possession (notre opinion et non pas celle de la cour).

Une autre nouveauté de cette réglementation légale consiste dans la possibilité de la *cession partielle volontaire* du greffe notarial (art. 69). Un notaire serait donc en mesure de morceler son greffe en autant de parties qu'il voudrait aux fins de s'en départir au profit d'un autre notaire ou société de notaires. Les motivations peuvent être diverses : par exemple, changement de domaine d'activité, déménagement du domicile professionnel, ou simplement besoin de liquidité³¹. Encore faut-il que le Comité exécutif de la Chambre des notaires autorise la cession partielle. Face à cette permissivité, Alain Roy observe qu'il faudrait prévoir, par règlement de l'Ordre, les conditions précises de manière à ce que la mesure ne puisse pas être détournée de ses fins³².

Qu'en est-il du principe voulant que le notaire ne puisse se dessaisir de ses minutes, si ce n'est dans les cas prévus par la loi (art. 52 L.R.Q., c. N-2 et 67 L.R.Q., c. N-3) ? La cession partielle du greffe n'impliquerait-elle pas un abandon volontaire des actes, sur la seule autorisation administrative de la Chambre des notaires, contraire à la prohibition légale de dessaisissement ? En l'absence d'un texte de loi exprès autorisant le dessaisissement dans des circonstances explicitement prévues, nous considérons que la cession partielle uniquement soumise au pouvoir discrétionnaire de la Chambre des notaires contrevient au principe du non-dessaisissement volontaire des actes. En outre, la prohibition de partage du greffe commun une fois l'indivision éteinte ne trouverait plus sa raison d'être. Pourquoi prohiber le partage du greffe si le notaire peut céder ou déposer une partie de son greffe de façon volontaire ?

31. « On prend, par exemple, quelqu'un qui aurait une étude notariale qui pourrait regrouper 30 000 actes répertoriés et qui déciderait, à un moment donné, que les 2 000 premiers ne seront plus nécessaires pour des raisons économiques ou du fait qu'il n'a pas l'intention de les conserver ou qu'il n'est plus utile en soi de les répertorier à la Cour supérieure, ces 2 000-là. À ce moment-là, ça devient une partie indivise du greffe. C'est un exemple, mais il y en a sûrement d'autres, là » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{re} sess., 36^e légis., n° 100, 2 mars 1999 au 9 mars 2001, « Étude détaillée du projet de loi n° 139 – *Loi sur le notariat* », (M^{me} Linda Goupil, ministre de la Justice) en ligne : <www.assnat.qc.ca/es/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-1/journal-debats/CI-001025.html#_Toc508598095>.

32. A. ROY, préc., note 29, 79-80.

Nous ne pouvons nous empêcher de déceler un certain contre-sens dans ces dispositions légales, à savoir la règle du non-dessaisissement volontaire du greffe, la prohibition de partage du greffe commun et la permission de la cession partielle. Si le fondement de la prohibition du partage du greffe est d'éviter le morcellement pour préserver son intégralité en toute circonstance³³, celui du principe du non-dessaisissement étant de préserver l'intégralité du greffe ainsi que de confirmer l'obligation de conservation des actes à charge du notaire instrumentant ; la permission de la cession partielle volontaire irait à l'encontre des objectifs légaux et dénaturerait le greffe notarial, qui est essentiellement indivisible. Un tel geste équivaldrait à une renonciation volontaire au devoir de conservation des actes inhérent au notaire instrumentant.

Relativement aux causes donnant lieu à la cession de greffe, la loi est muette. On distingue les cas de cession volontaire de greffe (art. 69) des cas de cession forcée (art. 70 et 71). La cession et le dépôt obligatoire du greffe individuel se produisent lorsque le notaire cesse l'exercice de la profession, soit pour cause de décès (art. 70) ou pour ne plus être inscrit au tableau de l'ordre (art. 71, al. 1). Dans le cas du greffe social, le devoir de céder ou déposer le greffe survient lorsque la société titulaire est dissoute et s'il s'agit d'un greffe commun, lorsque tous les notaires indivisaires ne sont plus inscrits au tableau (art. 71, al. 2). Nous avons vu que la loi n'a pas établi de devoir de cession du greffe dans le cas d'extinction volontaire de l'indivision, la seule prévision étant la prohibition du partage.

Dans le cas de décès du notaire (ici, on ne distingue pas selon le type de greffe, mais on peut considérer qu'il s'agit des notaires dépositaires d'un greffe individuel), ses héritiers ont l'obligation de céder le greffe ou de le déposer à la Cour supérieure. On remarque que la nouvelle formule légale s'écarte de l'antérieure en ce sens qu'elle impose l'obligation de remise du greffe non pas aux *successibles*, *qu'ils acceptent la succession ou non* ; mais aux *héritiers*, et de ce fait, l'acceptation de la succession serait implicitement exigée pour accomplir le devoir de remise du greffe. Cependant, le délai pour délibération et exercice de l'option successorale étant de 6 mois et susceptible de prolongation (art. 632 du *Code civil du Québec*), cela ne s'harmonise pas avec le délai de 15 jours qu'impose la loi lorsque le dépôt est obligatoire (notre cas), en vertu de l'article 73 L.R.Q., c. N-3.

33. *Ibid.*, 79.

Comment explique-t-on l'« empressement » découlant du délai légal pour accomplir l'obligation de dépôt ? Le fondement de l'attribution aux successibles du devoir légal de remise du greffe est d'assurer la continuité dans l'exécution de l'obligation de conservation du greffe, qui est une obligation à exécution successive imposée à titre personnel au notaire et aux greffiers de la Cour supérieure (en cas de dépôt). Les successibles du notaire décédé ne sont pas tenus au devoir de garde et conservation, d'où l'imposition de l'obligation légale de se déposséder du greffe dans un bref délai, en le remettant par cession ou par dépôt aux officiers publics chargés de la conservation. C'est pourquoi l'acceptation successorale qu'on peut être tenté de voir implicitement dans l'exigence de la qualité d'*héritier* chez le déposant d'après la L.R.Q., c. N-3 ne se concilie pas avec le fondement exposé. C'est la personne en possession effective du greffe qui est ultimement visée par la règle, le titre de la possession étant à cet effet indifférent (voir l'article 148, par. 1 L.R.Q., c. N-2).

En fait, l'histoire législative du notariat démontre que le droit de céder le greffe était légalement accordé aux « héritiers et représentants légaux », avec mention expresse que *l'acceptation de la succession n'est pas requise* (on parle en bonne technique des successibles). Dans cet esprit, l'obligation de dépôt des actes d'un notaire décédé incombe à « ses héritiers et représentants légaux » (*Acte pour refondre et amender les actes concernant le notariat* du 1^{er} février 1870) ; à sa veuve, ses enfants, ses héritiers ou légataires (depuis l'*Acte pour amender et refondre les différents actes concernant le notariat en cette province*, du 24 décembre 1875) ; à son conjoint, ses enfants, ses héritiers, ses liquidateurs de succession ou autres représentants, ou à la personne qui en a la possession en dernier lieu (*Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art. 148.1). Qu'il suffise de rappeler à ce sujet que le paiement d'une partie des honoraires pour copies et recherches est toujours exclu de la succession par disposition expresse de la loi (voir art. 157, al. 2 *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2).

Une autre modification substantielle proposée dans la nouvelle loi est celle relative à la durée de la cession. Depuis le *Code du notariat* de 1883³⁴, la durée de la cession légale à être autorisée était fixée à cinquante ans. L'autorité investie du pouvoir d'autoriser la cession pouvait dans tous les cas de façon discrétionnaire proroger la période initiale d'une durée additionnelle de 50 ans. Une fois que ce

34. Préc., note 10.

pouvoir d'autorisation fut transféré du lieutenant-gouverneur (qui pouvait prolonger le délai « de temps en temps ») à la Chambre des notaires, la prolongation du délai n'était permise qu'une seule fois, pour une durée maximale totale de cent ans. Avec l'article 72 de la nouvelle Loi, aucune limite de temps n'est établie, bien que le caractère temporaire de la cession soit implicite dans la disposition. Ce faisant, la nouvelle loi n'impose aucune balise temporaire à la discrétion du Comité exécutif de la Chambre des notaires.

3. BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC : LE DESTIN D'UN ACTE NOTARIÉ

De sa création, le destin d'un acte notarié est strictement encadré par les lois qui, soucieuses de l'intérêt public et historique dont il est porteur, veillent à sa conservation au fil du temps. Dans l'état actuel du droit, la durée maximale de la cession d'un greffe est de 100 ans à compter du décret l'autorisant (art. 69 L.R.Q., c. N-2). À l'expiration de cette période, le notaire qui en est le cessionnaire doit en faire le dépôt au greffe de la Cour supérieure du district judiciaire dans lequel il exerce (art. 147 L.R.Q., c. N-2). Une fois le greffe notarial déposé auprès de la Cour supérieure, il devient partie intégrante de ses archives (art. 154 L.R.Q., c. N-2). Dorénavant, la responsabilité relative à la garde des actes notariés y contenus est temporairement à la charge de ce nouveau dépositaire légal, conformément aux normes de gestion et de conservation applicables aux archives judiciaires. Or, un tribunal constitue un « organisme réputé public » au sens de la *Loi sur les archives*, L.R.Q., c. A-21.³⁵ Par conséquent, il est tenu de verser annuellement, à Bibliothèque et Archives nationales du Québec (ci-après, Archives nationales), les documents inactifs³⁶ dont le calendrier de conservation prévoit la conservation permanente (art. 15 de la *Loi sur les archives*, L.R.Q., c. A-21.1, ci-après, *Loi sur les archives*).

En effet, Bibliothèque et Archives nationales est une personne morale mandataire de l'État dont la mission principale consiste à rassembler, conserver de manière permanente et diffuser le patrimoine documentaire québécois publié et tout document qui s'y rattache et qui présente un intérêt culturel, tout en assurant l'accès démocratique aux documents qui constituent sa collection (art. 2 et 14 de la *Loi sur Bibliothèque et Archives nationales du Québec*,

35. Paragraphe 3 de l'annexe « Organismes réputés publics ».

36. L'article 2 de la *Loi sur les archives*, L.R.Q., c. A-21.1 définit un document inactif comme étant celui qui n'est plus utilisé à des fins administratives ou légales.

L.R.Q., c. B-1.2). Ce fonds documentaire fait partie du domaine de l'État (art. 2, al. 2 de cette loi). L'intérêt incontestable que les actes notariés présentent pour la recherche historique et généalogique au Québec a motivé la création d'une collection numérique des archives notariales datant du régime français jusqu'en 1906³⁷.

Au sens de la *Loi sur les archives*, les greffes des notaires qui n'ont pas fait l'objet d'un dépôt au greffe de la Cour supérieure sont considérés comme étant des « archives privées » en vertu de la définition négative de l'article 2 de la Loi (tout ce qui n'est pas des archives publiques). En effet, constituent des archives publiques celles produites par l'un des organismes réputés publics énoncés à l'annexe de la loi. Les notaires en sont exclus, malgré leur condition d'officier public et de la fonction d'authentification qu'ils exercent par délégation de l'État. Doit-on établir une équation parfaite entre la qualification d'archives privées au sens de la *Loi sur les archives* et l'existence d'une propriété privée sur celles-ci ? Nous ne le croyons pas. Le but de cette classification n'est pas d'établir des régimes de propriété sur les documents mais de servir à l'exécution des objectifs précis de la loi, consistant à imposer un cadre normatif à la gestion et à la conservation des archives.

À la lumière de ces objectifs, il est logique de s'interroger sur le champ d'application de la *Loi sur les archives* eu égard aux greffes des notaires *avant* leur dépôt judiciaire. Premièrement, nous distinguons quatre étapes principales dans le cycle de vie d'un acte notarié. La première est celle qui s'étend dès sa réception par le notaire jusqu'à sa transmission par la cession légale du greffe auquel il est attaché. La deuxième étape correspond à la période pour laquelle la cession a été autorisée (100 ans maximum). Dans cette étape, l'acte est conservé par le notaire cessionnaire du greffe. La troisième étape débute avec le dépôt du greffe notarial aux archives de la Cour supérieure et termine par le versement du greffe en faveur des Archives nationales. Rendu à cette quatrième étape, le greffe notarial a satisfait aux intérêts privés des parties aux actes et de leurs ayants droits, et peut légitimement passer à intégrer la mémoire collective de la nation québécoise de façon permanente³⁸.

37. Disponible en ligne sur le site <<http://bibnum2.banq.qc.ca/bna/notaires/index.html>>. Pour une explication plus détaillée sur ces archives, voir Julien S. MACKAY, « Création d'une section des archives notariales au sein du Conseil international des archives », (2004) 13-6 *Entracte*.

38. Voir le schéma « Cycle de vie d'un acte notarié » dans l'annexe.

Au cours des deux premières étapes de la vie d'un acte notarié, la *Loi sur les archives* a un rôle très marginal à jouer, la raison étant qu'il existe un autre ensemble normatif qui revendique une application exclusive sur la conservation, la gestion, la transmissibilité et l'accès aux documents notariés : la *Loi sur le notariat*. Pendant que le notaire est dans l'exercice de ses fonctions, l'obligation de conservation des actes qu'il instrumente ou qui lui ont été légalement cédés lui incombe personnellement. Il s'agit d'un devoir inhérent à sa charge qui ne peut être délégué à aucune autre instance, tels un service d'archives privées ou même les Archives nationales.

En effet, *lex specialis derogat lex generalis* et l'intérêt que peut revêtir l'acte notarié pour la réglementation générale des archives publiques et privées a un caractère strictement historique. La *Loi sur les archives* n'entre en scène qu'à la troisième étape, lors du dépôt aux archives de la cour et régit la conservation et la communication des actes notariés pour l'avenir. L'étude détaillée du projet de loi 3 de 1983 correspondant à la *Loi sur les archives* en témoigne³⁹. Lors du débat en commission parlementaire, il a été question des greffes notariaux dans le chapitre V du projet relatif aux documents anciens. Nous reproduisons les propos de J. Dickinson, de l'Institut d'histoire de l'Amérique française, exprimant une préoccupation quant à la portée rétroactive de l'article 34 du projet⁴⁰ : « L'article 34, par exemple, fait fi du fait que certains documents, *que nous considérons aujourd'hui du domaine public*, étaient considérés à l'époque du domaine privé. On n'a qu'à noter que les greffes des notaires sous le régime français, c'était une propriété privée, non pas une propriété publique » (notre soulignement)⁴¹.

Finalement, il est pertinent de clarifier la portée de l'article 3 de la *Loi sur les archives* selon lequel « le versement d'un document,

39. L'accès à cette étude détaillée fut possible grâce aux services de la bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec.

40. Art. 34. Toute personne qui possède des documents produits ou détenus, avant le 1^{er} juillet 1867, par un organisme public visé aux paragraphes 1^{er}, 2^e ou 3^e de l'annexe ou par un organisme auquel un tel organisme a succédé, doit les remettre au ministre.

41. Cela correspond au phénomène de la vénalité des charges, étant définie comme une aliénation à titre onéreux par le roi, soit à l'instar d'une terre, donnant lieu à une véritable possession par le titulaire, au titre de propriété, soit (offices casuels) en viager, l'office faisant retour à la couronne, au décès de son attributaire. Cette situation a changé avec la loi du 28 avril 1816 qui ne reconnaît aucun droit de propriété au sens de l'Ancien Régime aux officiers public et ministériels : Alain MOREAU, *La fonction notariale, Nature et évolution, 1788-1990, Essai*, Perpignan, Socapress, 1991, p. 100-107.

contrairement à son dépôt, en transfère la propriété ». Peut-on en déduire que l'acte de verser un document en faveur des Archives nationales a pour effet de transformer une propriété privée en propriété publique ? Certainement pas, lorsque le document visé par l'obligation de versement fait, à l'origine, l'objet d'une propriété publique. Illustrons la question avec un exemple. En vertu de l'article 15, les documents inactifs produits par le gouvernement ou un ministère (organismes réputés publics selon le paragraphe 1 de l'annexe) et dont le calendrier de conservation prévoit leur conservation permanente doivent être *versés* aux Archives nationales une fois par année. Le fait qu'ils soient *versés* n'a pas une incidence sur la nature publique de la propriété présente tant avant qu'après le versement, mais son effet sur le rapport de propriété se limite à opérer une mutation dans le sujet : l'organisme public ministériel sera désormais remplacé par l'organisme public des Archives nationales.

Un autre exemple où un organisme public est tenu d'effectuer un versement aux Archives nationales est celui de l'article 17, qui prévoit cette obligation lorsque l'organisme cesse ses activités dans la mesure où ses fonctions ne sont pas continuées par un autre organisme public. Ici encore, il y a eu versement, mais la propriété n'est pas, de ce fait, plus « publique » qu'elle ne l'était auparavant. Certes, lorsque le document versé est la propriété d'un particulier ou d'une entité privée, le versement transforme la nature de la propriété, qui passe de privée à publique, et non pas seulement l'identité du propriétaire immédiat. Le fait que l'acte de *versement* d'un document s'applique tant aux propriétés privées que publiques confirme qu'il n'a pour seul but que de rendre Bibliothèque et Archives nationales propriétaire irrévocable des documents *versés*. L'article 3 a également un autre objectif bien avoué, celui de distinguer les notions de *dépôt* et de *versement*, en attribuant seulement à ce dernier l'effet translatif de la propriété. Par exemple, la loi prend le soin de prévoir que Bibliothèque et Archives nationales peut *déposer* auprès d'un organisme public des documents inactifs qui lui ont été versés (art. 16). Ce *dépôt*, par opposition au *versement*, ne transmet pas la propriété des documents, qui demeure aux Archives nationales. Pourtant, s'il était question à cet article de *versement*, le fait de passer d'un organisme public à un autre ne mettrait pas en jeu la nature publique de la propriété. La distinction ne fait que confirmer la volonté législative de désigner Bibliothèque et Archives nationales – et non pas un autre organisme ou personne, privé ou public – comme propriétaire au nom de l'État.

En somme, le versement au sens de l'article 3 de la *Loi sur les archives* n'est pas un argument pour rejeter l'existence d'une propriété publique des greffes notariaux avant leur transfert aux Archives nationales.

4. LA QUESTION DE LA NATURE DU DROIT SUR LE GREFFE NOTARIAL : DÉBAT D'ACTUALITÉ

4.1 Un détour nécessaire : le fondement de l'authenticité et ses conséquences moins connues

Nous ne traiterons pas ici de la force probante – connue de nous tous – de l'acte authentique, mais nous essayerons – dans l'espace limité de quelques pages – de descendre vers la justification de cette force probante privilégiée, vers la substance de l'authenticité. Pierre angulaire du notariat latin, l'authenticité est au cœur de la définition légale de la fonction notariale : « en sa qualité d'officier public, le notaire a pour mission de recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité qui s'attache aux actes de l'autorité publique » (art. 10, al. 2, L.R.Q., c. N-3). Malgré son caractère essentiel, l'authenticité de l'acte notarié n'a pas fait l'objet d'un développement doctrinal important. Son étude n'a pas dépassé les étroites limites d'une description formelle de ses caractéristiques et de sa force probante⁴². Cette vision axée sur l'efficacité de l'acte en tant que moyen de preuve civile est d'une valeur incontestable. Or, elle ne satisfait pas au questionnement ontologique sur le fondement même de l'authenticité.

4.1.1 Le notaire : un officier public

Dans les États appartenant à la famille du notariat latin, le notaire est un officier public en même temps qu'un professionnel juridique indépendant. Le notariat québécois, fidèle à la tradition latine, reçoit du législateur la même mission et la même investiture (art. 10, L.R.Q., c. N-3). Or, si l'acte authentique est celui qui est

42. Les enseignements qu'on peut en tirer peuvent se résumer ainsi : un acte authentique est celui qui est reçu par un officier public compétent, dans le respect des formalités légales. L'acte authentique fait preuve de son contenu face aux tiers et sa force probante ne peut être écartée que par la procédure de l'inscription de faux. Pour une analyse détaillée sur les effets en preuve de l'acte authentique, voir Léo DUCHARME, *Précis de la preuve civile*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 85-130.

reçu par un officier public dans les limites de sa compétence et dans le respect des formalités légales, nous n'insistons pas assez sur les éléments qui conforment la notion d'officier public.

Un officier public est celui qui reçoit par délégation de l'État, en vertu d'une disposition expresse de la loi, une parcelle de l'autorité publique pour agir dans une sphère de compétence déterminée⁴³. Cette définition est classique dans la doctrine notariale. Cossette définit le notaire comme un « praticien du droit choisi librement par les parties et en même temps un fonctionnaire de l'État par délégation »⁴⁴. Pour Marquis, « par sa délégation au notaire d'une parcelle de l'autorité publique, le législateur a voulu confier à cet officier public, quant à l'attestation des actes et conventions d'ordre privé une mission bien déterminée »⁴⁵. Ce pouvoir *délégué* que le notaire reçoit de l'État est celui qui conforme la fonction notariale, étant consubstantiel à celle-ci au point où son retrait entraînerait la mort de l'institution notariale, et la confusion du notaire dans le vaste océan des conseillers juridiques⁴⁶. Il s'agit du pouvoir d'authentification.

4.1.2 L'authenticité : une fonction publique

Si les effets probatoires de l'acte authentique ont été largement décrits par la doctrine, la dimension subjective de l'authenticité, en tant que pouvoir ou fonction, est moins connue. Étant donné la communauté des principes que nous partageons avec les États de notariat latin, nous nous permettons de recourir aux sources provenant de la doctrine notariale européenne pour illustrer au besoin notre analyse.

43. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* définit l'officier public comme « une personne à qui l'État a confié une charge publique et qui a le pouvoir d'authentifier les actes qu'elle pose en cette qualité. Ex., le notaire est un officier public ». Voir : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 429.

44. André COSSETTE, « La fonction notariale et l'acte authentique », (1971) 74 *R. du N.* 451, 455.

45. Paul-Yvan MARQUIS, « L'acte notarié et l'inscription de faux », (1981) 15 *R.J.T.* 81, 88-89. Dans le même sens, voir A. COSSETTE, préc., note 2, 197. Pour Jacques BEAULNE, « Déontologie et faute disciplinaire professionnelles : une perspective notariale », (1986-87) 89 *R. du N.* 480, 508-510, « l'obligation de fournir un acte authentique » intègre la mission sociale du notaire. La doctrine plus récente confirme ce principe : A. ROY, préc., note 11, p. 3.

46. Dans le même sens, Louis CHAINE, cité par Julien S. MACKAY, « Règles de déontologie notariale et de tarification », (1976) 1 *C.P. du N.* 13, 20.

L'authenticité est un attribut de l'autorité constituée ou de la souveraineté. Elle ne peut émaner que de l'État⁴⁷. Ainsi, le pouvoir d'authentification constitue une prérogative régaliennne déléguée à certains officiers publics, au premier rang desquels le notaire. Détenteurs d'une parcelle de l'autorité publique, les officiers publics sont investis d'une mission de service public. Ils participent au *service public de l'authenticité*⁴⁸ (notre italique).

Dans sa recherche des composantes publiques de la fonction notariale, Rodríguez Adrados conclut que la fonction publique est l'élément constitutif du notariat. Cette « fonction publique » est désignée selon les systèmes, avec deux expressions principales : *authenticité* et *foi publique*. Les lois notariales espagnole (1862) et italienne (1913) utilisent l'expression « foi publique », alors que pour les notariats français et belge, régis par la *Loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant l'organisation du notariat*, il est question de « l'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique »⁴⁹. Ces deux expressions sont équivalentes et réfèrent à la *fides publica* qui, d'après le *Code téodosien*, définit la force probante publique, par opposition aux preuves simplement privées. Pour l'auteur, la nature publique de la fonction notariale consistant à conférer l'authenticité ou foi publique aux actes est reconnue dans ce même adjectif « publique » ou par la référence de la loi française à « l'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique »⁵⁰.

Le fondement de l'authenticité réside dans le témoignage de l'officier public, exprimé au moyen de l'*instrument public* que constitue l'acte notarié. C'est la raison pour laquelle il fait foi jusqu'à preuve de faux « des faits que l'officier public avait mission de constater » (art. 2821 C.c.Q.). La force probante de l'acte notarié vient du

47. A. COSSETTE, préc., note 2, 182.

48. Jean-Michel OLIVIER, « L'authenticité en droit positif français », dans *Modernité de l'authenticité*, L.P.A. 1993.77.14 ; Michel GRIMALDI, « Rapport de synthèse », dans *L'efficacité des actes publics dans l'espace francophone en matière civile. Comment concilier souveraineté nationale et mondialisation ?*, Colloque de l'Association du notariat francophone du 9 mars 2003, Paris, 2004, p. 153, p. 164.

49. Voir en France l'article 1 de l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.

50. Antonio RODRIGUEZ ADRADOS, « Los componentes públicos de la función notarial », (1997) 850 *Revista del notariado*. Colegio de Escribanos de la Capital federal, 147, 150-151.

fait que le notaire est un témoin privilégié⁵¹. L'authenticité repose sur le *testimonium publicum*⁵². En somme, « authentifier est exercer une fonction étatique »⁵³.

4.1.3 L'acte notarié : un document public de droit privé

L'élément public de l'acte authentique. Seule une approche comparative pourrait guider l'analyse du caractère public de l'acte authentique. Préoccupé par la confusion pouvant résulter des différences terminologiques existantes au sein du notariat latin entre, d'une part, les lois héritières du Code napoléon qui emploient le terme « acte authentique » et, d'autre part, les lois qui s'expriment en termes de « document public »⁵⁴, Rodríguez Adrados conclut, après une étude historique sur l'utilisation des deux expressions dans les sources romaines et médiévales, qu'elles réfèrent à une réalité identique. Les deux documents partagent la même efficacité et les mêmes exigences de fond. Les documents signés par l'officier public font foi par eux-mêmes de leur contenu et n'ont besoin d'aucun complément juridique pour produire ses effets⁵⁵. L'histoire de l'acte authentique nous révèle qu'il est celui qui est écrit par une main publique (*manus publica*), c'est-à-dire par le notaire⁵⁶. Le pouvoir d'écrire le droit (la juriscrption) est seulement réalisé par l'acte authentique, c'est-à-dire l'écrit reçu par une personne publique agissant dans les limites de son pouvoir d'authentifier⁵⁷.

51. M. GRIMALDI, préc., note 48, p. 158.

52. A. MOREAU, « L'histoire de l'authenticité », dans *Modernité de l'authenticité*, L.P.A. 1993.77.6.

53. J.-L. SOURIOUX, préc., note 1, 31.

54. Par exemple, utilisent les termes « acte authentique » les législations française, belge, portugaise, luxembourgeoise et québécoise. Pour leur part, les législations espagnole, italienne, allemande et celles de l'Amérique du Sud emploient le terme « instrument public » ou « acte public ». Certaines législations latino-américaines utilisent les deux expressions dans une même disposition légale, par exemple, les codes civils du Chili, El Salvador et du Venezuela (« document public ou authentique », « acte public ou authentique »).

55. Pour une étude historique des concepts « document public » et « document authentique » à partir du droit romain, voir le magnifique article de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, « Documento público y documento auténtico », (2005) 55 *Revista jurídica del Notariado* 137-168.

56. L'instrument public est celui fait *per manum publicam, id est, per notarium: ibid.*, 160. Elle est également utilisée dans la décrétale *Scripta autentica* édictée par le pape Alexandre III en 1163 : voir A. MOREAU, préc., note 52, 7.

57. J.-L. SOURIOUX, préc., note 1, 31.

L'harmonisation internationale des règles en matière d'actes authentiques est particulièrement illustrative à ce sujet. Que l'acte authentique et le document public sont des termes juridiquement équivalents est démontré dans les textes des conventions internationales telles la *Convention de Lugano* du 30 octobre 2007 et la *Convention de Bruxelles* du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁵⁸. Par exemple, alors que les versions espagnole, italienne et allemande utilisent l'expression *actes/documents publics*, les versions française, anglaise et portugaise emploient le terme *acte authentique*.

L'identité des deux concepts est en général confirmée par la doctrine européenne, qui perçoit l'acte authentique comme appartenant à la famille de l'acte public. L'acte authentique est nécessairement rattaché au pouvoir public et en constitue une émanation⁵⁹. En matière de preuve, l'acte notarié, puisqu'il est reçu par un officier public, intègre la catégorie de l'écrit public, par opposition à l'écrit privé⁶⁰.

L'élément privé de l'acte authentique. Le fait que l'officier public qu'est le notaire soit délégataire d'une parcelle de l'autorité publique qui se traduit dans le pouvoir d'authentification ne veut pas dire que son exercice répond à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État⁶¹. Comme le souligne Fessler, tout en gardant sa qualité d'acte public, l'acte authentique n'est pas pratiqué par une administration de l'État, mais par un particulier auquel l'État a conféré une partie de ses tâches. En effet, le notaire latin est un professionnel libéral dépositaire de la fonction publique d'authentification.

Le concept de document public est un concept unitaire qui englobe plusieurs catégories de documents. L'acte notarié présente des caractéristiques particulières qui réclament un régime juridique indépendant. Par son objet, l'acte notarié est un *document de droit*

58. Aujourd'hui le Règlement européen Bruxelles I : *Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*.

59. Helmut FESSLER, « Actes publics : leur caractère commun et leur diversité », dans *L'efficacité des actes publics dans l'espace francophone en matière civile. Comment concilier souveraineté nationale et mondialisation ?*, Colloque de l'Association du notariat francophone du 9 mars 2003, Paris, 2004, p. 25, p. 27.

60. A. MOREAU, préc., note 52, 4.

61. Nathalie POLI, *L'influence de l'Union européenne sur le notariat. Bilan et perspectives*, Carcassonne, Lu.na.pi., 1998, p. 83.

privé. À la différence des autres actes publics émanant des organes de l'État dans l'exercice de leur pouvoir législatif et exécutif, l'acte notarié porte sur un rapport de droit privé qui trouve sa source notamment dans l'expression d'un consentement par une personne qui exerce librement son autonomie privée. Par contre, le *document public de droit public* renferme la volonté politique de l'organe dont il émane et son efficacité n'est pas assurée par l'intervention d'un tiers impartial mais par la volonté de son auteur directement⁶². En revanche, dans l'acte notarié, les déclarations de l'officier public visent à conférer l'authenticité aux déclarations des parties et dans cette mesure, elles en sont l'accessoire⁶³.

Le contenu strictement privé de l'acte notarié se concrétise dans deux principes fondamentaux : le secret du greffe notarial (par rapport aux tiers étrangers à l'acte) et son corollaire logique, le droit des parties à la communication des actes au moyen de l'émission des copies. Notre analyse nous amène à voir, dans le contenu privé de l'acte notarié, le critère de classification « non exprimé » qui permet à la doctrine québécoise de distinguer entre « actes authentiques à caractère privé », dont les actes notariés, et « actes authentiques à caractère public » (actes législatifs, administratifs et judiciaires)⁶⁴, suivant l'énumération prévue à l'article 2814 C.c.Q. qui nous vient par ailleurs des articles 1207 et 1208 du *Code civil du Bas-Canada* et de ses commentateurs⁶⁵. Si, comme exposé aupara-

62. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, préc., note 55, 165. Pour une étude détaillée de la distinction entre document public et privé, voir Rafael NÚÑEZ LAGOS, « Conceptos y clases de documentos », (1957) 16 *Revista de Derecho Notarial* 25, 25 et s.

63. Joaquín DE PRADA GONZALEZ, « Función notarial y protocolo. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de mayo de 1987 », dans *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XXIX, janvier 1990, par. 14, p. 16, en ligne : <<http://www.vlex.com/vid/238500>>.

64. L. DUCHARME, préc., note 42, p. 85-130.

65. Albert NADEAU et Léo DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, « La preuve en matières civiles et commerciales », Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, p. 200-240. Par ailleurs, Jean-Louis BAUDOIN, « Le secret professionnel du conseiller juridique », (1962-63) 65 *R. du N.* 483, 505-507 introduit une autre approche conceptuelle selon laquelle l'acte public ne réfère pas à l'acte authentique par opposition à l'acte sous seing privé, mais il désigne l'acte fait devant notaire destiné à être porté à la connaissance du public par l'enregistrement. L'acte privé, pour sa part, n'est pas appelé à être dévoilé au public, son existence n'est connue que du notaire, des parties et des témoins. Dans le raisonnement de l'auteur, un acte notarié peut être public ou privé selon qu'il fait l'objet ou non d'une inscription dans un registre public. Il ne peut être question que du critère de distinction fondé sur le contenu privé de l'acte, bien qu'en fonction de l'opposabilité de l'acte et non pas du rapport de droit qu'il contient, toujours de droit privé.

vant, l'acte authentique et le document public évoquent la même réalité juridique, cette classification n'est pas en soi opposée à celle qui divise l'acte public en deux catégories en fonction de son contenu : de droit privé et de droit public.

Puisque l'acte notarié comporte deux dimensions, l'une de nature publique en raison de son caractère authentique, et l'autre de nature privée à cause de son objet ou contenu, nous souscrivons à la classification de l'acte notarié parmi les *documents publics de droit privé*⁶⁶ (qui ne s'oppose pas à la division classique de l'« acte authentique à caractère privé »). Ces deux dimensions coexistent harmonieusement sans que l'une triomphe sur l'autre car elles illuminent deux angles distincts d'un même phénomène : l'origine de l'acte et son objet respectivement.

Finalement, parce que nous ne pouvons mieux le dire, nous nous permettons de reproduire les conclusions du notaire français A. Moreau, président de l'Institut international de l'histoire du notariat, dans son étude magistrale sur l'histoire de l'authenticité, auxquelles nous adhérons :

Le notaire assure donc un service public, celui de l'authenticité. Il est officier *public* et non privé. Les actes qu'il authentifie sont des documents *publics* et non privés. Il n'est d'ailleurs pas, ou plus, propriétaire de ses minutes. Il exerce une partie du 'pouvoir' ce qui est manifesté d'évidence par l'établissement des contrats qu'il reçoit. On ne peut donc évoquer, de manière quelque peu passéiste l'exercice privé d'une fonction publique, mais souligner que le notaire est un officier de la République, fonction 'sui generis'. S'il n'est pas fonctionnaire (au sens de la définition du statut de la fonction publique) il exerce une fonction publique. Dans le cadre de cette fonction, l'ensemble de l'activité du notaire forme une globalité. Mais en se référant à la théorie italienne dite 'publico officio notarile' on peut affirmer que l'un de ses aspects est supérieur à tous les autres, au point de vue juridique et social : 'l'activité de formation des actes publics'.⁶⁷

4.2 Controverse doctrinale en droit québécois

Le lien de droit qu'entretient le notaire avec son greffe n'a pas spécialement occupé la doctrine au Québec. Il semblerait que la question n'a jamais été abordée de façon explicite. Probablement à cause de l'ambiguïté du législateur, qui a préféré garder le silence

66. Classification empruntée à R. NÚÑEZ LAGOS, préc., note 62, 25 et s.

67. A. MOREAU, préc., note 52, 10-11.

sur le sujet de la propriété du greffe. La loi tient-elle pour acquis certains principes *naturels* du notariat ?

En effet, le péché de la loi notariale est son ambiguïté : elle n'utilise pas ouvertement le mot « vente » du greffe, elle a plutôt opté pour les termes « cession » ; « notaire cédant », « notaire cessionnaire » ; les modes de transmission sont « entre vifs » et « à cause de mort » sans qualifier la nature du droit transmis ni le traitement juridique de l'indemnité de cession ; le notaire est le « gardien », le « dépositaire » du greffe. Lorsque le greffe est déposé à la Cour, il « fait partie de ses archives » (art. 154 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2 et 75 *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3). Pas un mot sur la propriété. Le plus proche que la loi est arrivée de cette notion est lorsqu'elle affirme que le greffe social « fait partie des biens de la société », et encore, cet article de droit nouveau n'est pas en vigueur (art. 64 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3).

Par ailleurs, les dispositions légales qui régissent les actes authentiques dans le Code civil traduisent le rapport entre l'officier public et le document qu'il reçoit toujours en termes de *garde* et de *dépôt* : « l'officier public qui en est le dépositaire » (art. 2815, 2816 et 2817 C.c.Q.). Pour sa part, le *Code de procédure civile* s'exprime dans le même sens en matière d'inscription de faux lorsqu'il donne au juge le pouvoir d'exiger la production au dossier de l'original de l'écrit à celui qui en a la « garde » (art. 228 C.p.c.). Bien entendu, cette relation de dépôt n'a aucun parallèle avec le contrat de dépôt du Code civil. Il s'agit d'un dépôt institué de plein droit, une obligation légale impérative attachée à la condition de notaire. « En sa qualité d'officier public, le notaire a pour mission [...] d'en conserver le dépôt dans un greffe » (art. 10, al. 2 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3).

Bien que la question soit pour l'essentiel peu présente dans la doctrine, certains auteurs se sont prononcés sur la nature juridique du droit dans le greffe notarial, soit de façon indépendante, soit dans le cadre de la vente de l'entreprise notariale.

Dans ce même numéro de la *Revue du notariat*, François Frenette développe la théorie de la propriété privée du notaire sur son greffe, laquelle deviendrait publique uniquement lors du versement final du greffe aux Archives nationales⁶⁸. Pour Pierre

68. Au sujet de ce versement, voir notre point 3. Bibliothèque et Archives nationales du Québec : le destin d'un acte notarié.

Ciotola⁶⁹, lorsque le notaire exerce seul ses activités, « le greffe est la propriété de ce notaire sous réserve évidemment des contraintes imposées par les lois professionnelles ». Dans le cas d'une société regroupant plusieurs notaires, le greffe lui appartient en propriété et celle-ci est le seul titulaire d'un greffe commun pour l'ensemble des notaires qui y œuvrent. La société aurait un « patrimoine notarial » dont le greffe serait une composante importante. Par ailleurs, le greffe notarial peut être perçu comme un élément d'actif de la société des notaires⁷⁰. Il s'agirait d'un actif tangible composé d'actes notariés et enregistrés⁷¹.

La question de la propriété des greffes déposés aux archives de la Cour supérieure fut directement posée en commission parlementaire lors de l'adoption de l'article 74 du projet de loi 139 (actuellement l'article 75 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3)⁷². La ministre de la Justice a répondu que ces greffes n'appartiennent ni aux notaires ni à la Chambre des notaires, mais à l'État⁷³. Ce commentaire, limité à l'hypothèse du dépôt judiciaire du greffe seulement, ne peut être invoqué à l'appui d'une thèse générale sur la propriété du greffe.

Malgré la position doctrinale exposée ci-dessus, d'autres voix ont répondu à la question de la propriété du greffe de façon bien distincte. Après s'être dévoué à compiler et étudier soigneusement l'ensemble des lois et dispositions normatives diverses ayant régi le notariat québécois depuis sa naissance⁷⁴, Julien Mackay n'hésite pas à affirmer qu'

il ne faut pas perdre de vue qu'aussitôt qu'un acte notarié est clos, il devient *la propriété de l'État*. Le notaire n'est plus que le dépositaire et le gardien jusqu'à ce qu'il quitte l'Ordre par décès ou autrement alors que le greffe est temporairement transféré à un autre notaire du consentement de la Chambre des notaires pour enfin se retrouver aux archives du tribunal comme antichambre des Archives nationales.

69. Pierre CIOTOLA, *Les archives notariales au Québec, Document produit dans le cadre du programme de coopération entre l'Ordre des notaires du Québec, l'Ordre des notaires d'Ukraine et le ministère de la Justice de l'Ukraine*, 1998, p. 33 et 36.

70. *Ibid.*, p. 350.

71. Nicolas PANAGIS, Jean-Claude GAGNON et Patrick TARDIF, *Évaluation d'une étude notariale*, Congrès de la Chambre des notaires du Québec, 1983, p. 23 ; Denys PELLETIER, « Le contrat de société entre notaires », (1978) *C.P. du N.* 335, 350.

72. Art. 75. Les greffes déposés à la Cour supérieure font partie de ses archives.

73. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 31 (M^{me} Linda Goupil, ministre de la Justice).

74. Julien S. MACKAY, *Compilation des ordonnances royales et des lois concernant le notariat québécois*, Montréal, Fondation du notariat en coll. avec la Chambre des notaires du Québec, 2003.

À partir du fondement de la propriété de l'État sur le greffe, cet auteur déplore la position de la L.R.Q., c. N-3 qui permet à l'article 105 que la responsabilité de conserver les greffes soit assumée par la Chambre des notaires et non pas par la Cour supérieure lors de leur dépôt :

Lorsqu'on réalise que la fonction fondamentale de l'ordre professionnel est l'administration ponctuelle de la profession pendant que les notaires en sont membres, pourquoi le Gouvernement abdiquerait-il devant les difficultés de *conservation de ces documents publics*. C'est son obligation. Ces documents constituent la petite histoire d'un peuple [...]. Nous suggérons qu'ils fassent encore un effort pour conserver ces documents aux archives nationales.⁷⁵ (notre italique)

François Aquin argumente dans le même sens :

La trajectoire de l'authenticité nous conduit ainsi de la préparation de l'acte jusqu'au dépôt perpétuel de celui-ci dans les greffes de la Cour supérieure du Québec. Émanant du pouvoir public, l'acte authentique retourne aux archives des cours pour la plus grande sécurité des contractants dont les actes et conventions peuvent ainsi s'inscrire dans l'histoire même de l'État. Le régime juridique de la garde des greffes représente, comme on le voit, un système complet et sophistiqué d'archivage et de repérage des actes authentiques qui garantit à ces derniers, dans une perspective d'ordre public, l'immutabilité, l'inaltérabilité, l'insaisissabilité, l'accessibilité, ainsi que la pérennité.⁷⁶

En effet, les actes notariés ne sont pas des documents privés, mais bien des *documents publics* : émanant d'un *officier public* investi légalement du pouvoir de conférer authenticité aux déclarations des parties, les actes notariés font preuve de leur contenu face aux tiers jusqu'à preuve de faux. La *conservation* du greffe notarial n'est pas un droit, mais une obligation sanctionnée par la loi qui se justifie par les principes de pérennité et intégralité des documents publics. Ce devoir de conservation est la manifestation concrète de l'intérêt public dans la préservation de la mémoire collective dont le greffe notarial est appelé à faire partie. Il incomberait en dernier ressort à l'État et non pas à l'ordre professionnel. Le notaire est le *dépositaire* du greffe notarial jusqu'à ce qu'il cesse l'exercice de ses

75. Julien S. MACKAY, « La Loi sur le notariat, son évolution et son histoire (suite et fin) », (2002) 104 R. du N. 49, 86-87.

76. François AQUIN, « L'acte notarié », (1987-88) 90 R. du N. 228, 242.

fonctions. Dépositaire des actes, le notaire assume une responsabilité légale : la conservation et la garde permanente du greffe notarial.

Cela dit, nous nous permettons d'illustrer l'état de la question dans trois pays civilistes membres de l'Union internationale du notariat latin : La France, la Belgique et l'Espagne. Ils ont été choisis en raison de l'importance de leur tradition notariale ainsi que de la réponse législative qu'ils donnent à la question à l'étude. Dans ces États, comme au Québec, le notaire a un double caractère : il est un professionnel du droit et un officier public.

4.3 Trois exemples tirés des notariats membres de l'Union internationale du notariat latin

4.3.1 Notariat français

En France, la *Loi contenant l'organisation du notariat*, connue historiquement comme la *Loi du 25 ventôse an XI* (16 mars 1803) établit les dispositions relatives à la garde et transmission des minutes aux articles 54 et suivants. Plus précisément, l'article 1 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 statue que le notaire reçoit les actes pour en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. C'est à l'office notarial que sont conservés les actes notariés pendant cent ans à compter de leur date d'établissement. Ultérieurement, les minutes et répertoires sont versés aux archives départementales ou aux archives nationales pour les notaires de Paris⁷⁷.

Les minutes (originaux) des actes ne sont pas la propriété du notaire, mais sont attachées à l'office notarial, exploité individuellement ou en société, de telle manière qu'une copie authentique puisse être délivrée à tout moment à son signataire ou ses ayants droit⁷⁸. En France, le notaire est dépositaire des minutes de son étude, mais il n'en est pas propriétaire : les minutes ne sont pas susceptibles d'une appropriation privée.

77. Jean-Paul MATTEI, « L'acte notarié, instrument de développement dans la société », dans *Rapports du notariat français*, Congrès international du notariat latin, Madrid, 3-6 octobre 2007, p. 26.

78. *Ibid.*, p. 140.

Malgré ces règles en apparence claires, Marie-Françoise Limon⁷⁹ se préoccupe de la confusion qui peut parfois exister quant à la nature publique des minutes :

Qu'elles puissent rester cent ans à l'étude notariale – et donc 'passer' plusieurs fois d'un notaire à un autre – avant leur dépôt obligatoire aux Archives départementales ajoute à cette confusion. Les minutes notariales sont des *archives publiques produites en contexte privé*. La *Loi sur les archives publiques* n° 79-18 du 3 janvier 1979 définit clairement les archives publiques dans son article 3, comprenant explicitement les minutes et répertoires des notaires « Les archives publiques sont : [...] 3° Les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels.

Les minutes et répertoires – continue l'auteure – « en tant qu'archives publiques, bénéficient de l'imprescriptibilité, c'est-à-dire l'impossibilité pour quiconque de s'en rendre propriétaire au moyen de la prescription. La personne privée qui, parfois de bonne foi, peut se croire propriétaire d'une minute ou d'un répertoire de notaire, car cette pièce est entre ses mains depuis des années voire des décennies, ou encore parce qu'elle l'a acquise en vente publique quelque temps auparavant, ne sera jamais qu'un possesseur, non un propriétaire. Certes, la loi n'est aussi précise que depuis 1979. Cependant, la notion d'archives publiques n'est pas une donnée nouvelle. Le caractère public des minutes et répertoires est déjà présent dans le texte fondateur du notariat moderne, la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), qui précise que les notaires ne sont que les dépositaires de tels documents.⁸⁰

L'auteure s'appuie également sur la jurisprudence française qui confirme le caractère d'archives publiques des minutes, en leur attribuant une appartenance au domaine public mobilier par nature, valable dès leur création, et rappelle qu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.

Se reportant à la suppression de la vénalité des offices notariaux en France par la loi du 1^{er}, 20 et 29 septembre 1791, Alain Moreau⁸¹ précise que les minutes sont maintenant classifiées à juste raison, à la suite d'un certain nombre de textes, dont le dernier de 1979, comme des documents publics, à l'instar des jugements, des actes de l'état civil, etc., et ne sont donc plus considérées comme

79. Marie-Françoise LIMON, « Le caractère 'archives publiques' des minutes notariales », dans CONSEIL SUPÉRIEUR DES ARCHIVES, *Compte-rendu de la réunion du 4 juillet 2003*, Commission des archives notariales, Paris, en ligne : <www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/4075>.

80. *Ibid.*

81. Alain MOREAU, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, Paris, Economica, 1999, p. 121-125.

la propriété de leur auteur. C'est sur les éléments économiques, autres que le titre que porte la convention avec un successeur.

En référence à la loi du 28 avril 1816, l'auteur affirme qu'elle ne reconnaît aux officiers aucun droit de propriété, au sens de l'ancien régime sur les offices dont ils sont titulaires. Elle les autorise seulement à présenter leur successeur à l'agrément de l'État.

Ce système solutionne habilement et sans qu'il en coûte rien aux contribuables, le problème de la pérennité de l'office et de l'indemnisation de la transmission des éléments y donnant droit ». [...] On peut donc s'assurer qu'il n'y a rien de commun entre les offices vendus par l'État sous l'ancien régime, c'est-à-dire les offices vénaux, supprimés par la Révolution, et les offices notariaux modernes, qui font simplement l'objet d'un système de transmissibilité spécifiquement élaboré.⁸²

4.3.2 Notariat belge

Comme en France, la loi régissant l'activité notariale en Belgique est la *Loi du 25 ventôse an XI contenant l'organisation du notariat*. Équivalent du terme « greffe », le nom de « protocole » réfère à l'ensemble des minutes et répertoires dont les notaires sont gardiens.

Roland De Valkeneer précise que « le protocole fait l'objet d'une propriété publique, inaliénable par nature et sur lequel le notaire ne possède aucun droit patrimonial, n'étant que le dépositaire en qualité de gardien officiel »⁸³.

Il est à noter la distinction que fait la loi aux articles 54 et 55 relativement à la transmission des minutes et autres éléments de l'étude notariale. Tandis que l'article 54 de la *Loi de ventôse* précise que les minutes et répertoires d'un notaire remplacé sont remis *sans indemnité*, par lui ou par ses héritiers, au notaire nommé en remplacement, l'article 55 permet la remise *moyennant indemnité* de tous les éléments meubles corporels et incorporels liés à l'organisation de l'étude ainsi que les honoraires dus pour les expéditions et les honoraires d'exécution.

82. *Ibid.*, p. 123 et 125.

83. Roland DE VALKENEER, *Précis du notariat*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 214.

De Valkeneer étudie la nature du droit à l'indemnité de cession, prévu à l'article 55 de la Loi, et précise, que la cession connaît une triple limite :

a) quant à son objet, la transmission comprend *uniquement la possession et non la propriété* des minutes du notaire et de ses prédécesseurs, les répertoires, en d'autres termes, le protocole ; b) quant à son prix, il ne s'applique qu'au recouvrement des honoraires, salaires et débours encore dus au notaire et du bénéfice des expéditions, à l'exclusion de tous autres éléments ; c) quant aux personnes, cette convention ne peut intervenir qu'entre un *notaire démissionnaire ou destitué* et son successeur, ou entre les héritiers d'un *notaire décédé* et le successeur de celui-ci.⁸⁴ (notre italique).

Dans le même sens abonde Raucent⁸⁵ en précisant que ces transmissions

ne portent évidemment pas sur la propriété des minutes, mais seulement sur leur possession. Elles emportent la responsabilité de la garde et le droit de délivrer des grosses et expéditions, moyennant les rétributions prévues. [...] Les minutes et répertoires ne font pas partie du fonds notarial, ils font l'objet d'une propriété publique.⁸⁶

La jurisprudence belge ancienne, dont les principes demeurent inchangés, reconnaît que dans une matière réglée par la loi dans un intérêt d'ordre public, loin d'admettre que ce qui n'est pas interdit doit être considéré comme licite, il faut reconnaître, au contraire, que les héritiers du notaire décédé, qui lui-même était dépositaire public et nullement propriétaire de ses minutes et répertoires, n'ont d'autres droits que ceux que la loi leur confère expressément. La loi de ventôse imprime à la remise des minutes et répertoires le caractère d'obligation légale dans le chef des héritiers du notaire décédé ; cette remise ne constitue pas une convention, mais elle s'opère en vertu de la loi⁸⁷.

4.3.3 *Notariat espagnol*

S'il existe un texte clair qui définit la propriété du greffe, c'est l'article 36 de la *Loi organique sur le notariat espagnol* : « Les protoco-

84. *Ibid.*, p. 216.

85. Léon RAUCENT, *Fonction et statut des notaires*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1988, p. 75.

86. *Ibid.*, p. 77.

87. Cour de Gand, 1^{re} ch., 4 mai 1889, dans *Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique en matière civile, commerciale, criminelle, de droit public et administratif – deuxième partie*, Bruxelles, 1889, p. 546.

les appartiennent à l'État. Les notaires les conserveront, selon les lois, comme archivistes des ceux-ci et sous leur responsabilité »⁸⁸. En droit notarial espagnol, le protocole (notre greffe) est une *chose* qui fait partie du domaine public. Cette réponse si explicite de la loi s'est produite comme une réaction au problème de la vénalité des offices notariaux qu'à une époque donnée suggérait la propriété privée des notaires sur le protocole en Espagne⁸⁹.

Pour Pardo⁹⁰, l'État possède une titularité qui justifie, en premier lieu, l'exclusion des protocoles du trafic juridique privé ; et en deuxième lieu, l'attribution à l'État d'une série de pouvoirs pour le développement de la fonction publique à laquelle le protocole est affecté, une fonction qui n'est pas dissociable de la fonction d'authentification.

Dans son étude de la nature juridique du protocole, De Prada Gonzalez⁹¹ établit la dualité du régime juridique qui le régit. L'incorporation de la graphie au support documentaire fait de celui-ci non seulement une *chose*, un bien mobilier, mais aussi le véhicule d'une pensée humaine, qui est en elle-même différente du support matériel.

Le protocole, entendu comme chose, est une collection de documents en tant que biens corporels mobiliers ; tandis que du point de vue de son contenu, il constitue des pensées documentées (déclarations du notaire et déclarations des parties exprimées dans ces documents). Cette distinction nous permet de comprendre la raison pour laquelle la loi refuse aux parties tout droit dans le document considéré comme chose corporelle, tout en leur attribuant un droit à la communication du contenu du document au moyen des copies, ce qui suppose la reconnaissance à celles-ci d'un droit sur la pensée documentée.

Sur ce fondement, l'auteur affirme que la titularité de l'État porte uniquement sur la chose corporelle, comme seul moyen de protéger les droits et intérêts des personnes qui documentent ses déclarations de volonté par acte notarié pour obtenir l'authenticité et la force probante que l'État accorde aux documents publics. Dans cette catégorie, les actes notariés sont des documents publics

88. Traduction de l'auteur.

89. J. DE PRADA GONZALEZ, préc., note 63, par. 13 et note 43.

90. Esteve PARDO, cité par J. DE PRADA GONZALEZ, préc., note 63, p. 13.

91. J. DE PRADA GONZALEZ, préc., note 63, p. 12-17.

de droit privé, ce qui se manifeste notamment dans les principes du secret du protocole et du droit à la communication appartenant aux parties et à leurs ayants droit.

Le notaire a aussi une double position juridique eu égard au protocole. Face à l'État, il est le gardien du protocole comme chose, obligé légalement à le conserver sous sa responsabilité ; face aux particuliers, il est le dépositaire de leurs déclarations exprimées dans les documents faisant partie de la collection. À cet effet, il a un devoir de défendre leur droit à la confidentialité et au contenu de ces déclarations, d'une part, en étant obligé de respecter le secret du protocole, et le caractère privé des déclarations y contenues, et d'autre part, en étant obligé d'expédier les copies aux personnes qui y ont droit.

Dans son étude de la législation notariale espagnole, Velez Garcia soutient que la nature juridique du protocole doit s'analyser à partir de l'investiture publique du notaire qui trouve sa source dans la loi, permettant l'attribution de l'authenticité aux actes notariés⁹³. Le protocole est une propriété spéciale appartenant au domaine de l'État.

CONCLUSION

Sur le plan des principes qui régissent les systèmes de tradition civiliste membres de l'Union internationale du notariat latin, le lien qu'entretient le notaire avec l'ensemble des documents qu'il reçoit est concrétisé dans une obligation légale de garde et conservation. Cette obligation intrinsèque à la fonction notariale fait en sorte que le notaire ne puisse s'en départir tant qu'il exerce sa charge. La position juridique du notaire sur son greffe est celle d'en être le dépositaire. Par conséquent, il n'en a que la possession légale et non pas la propriété. Certes, cette position juridique spéciale entraîne l'existence d'un droit patrimonial du notaire à l'obtention des honoraires pour le service de communication des actes, ainsi qu'à la contrepartie de la transmission légale de la possession du greffe dans

93. Jorge Enrique VELEZ GARCIA, *El protocolo como instrumento público*, III Congreso Latinoamericano de notarios, La Havane, Cuba, mars 2011, p. 3-4, en ligne : <www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com/PONENCIA%20CUBA%20IA%20DEF.pdf>.

les cas où la loi l'autorise. Or, cette contrepartie ne représente pas l'acquisition de la propriété du greffe, qui n'existe pas chez le notaire cédant et, par conséquent, ne fait pas l'objet du transfert.

Au Québec, la question relative au droit de propriété du greffe notarial ne fait pas l'unanimité dans la doctrine ni dans la pratique. La *Loi sur le notariat* n'apporte pas de réponse précise sur le sujet. Cependant, l'analyse historique et comparative entamée témoigne d'une évolution législative devant s'interpréter à la lumière des principes communs aux notariats du système latin et dont la source historique est identique. La conservation des actes étant intrinsèque au fondement même de l'institution notariale, le lien de droit entre le notaire et son greffe ne peut être défini en termes de propriété, mais de possession nécessaire à l'accomplissement de cette obligation légale. Seule l'authenticité de l'acte notarié, indissociable de la qualité d'officier public du notaire et du caractère public du document, pourrait fonder la thèse de la propriété publique du greffe. Mais si cela ne suffisait pas, l'exclusion expresse du droit dans le greffe et des revenus qu'il produit de la succession du notaire, le caractère temporaire de la cession du greffe, les conditions dans lesquelles elle doit avoir lieu, la prohibition du dessaisissement volontaire des minutes et le dépôt obligatoire dans les archives publiques auxquelles le greffe sera intégré *ad perpetuam* nous parlent certainement de l'esprit de la loi.

ANNEXE

CYCLE DE VIE D'UN ACTE NOTARIÉ

