

REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS

Daniel GARDNER

Volume 117, Number 1, 2015

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043514ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043514ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GARDNER, D. (2015). REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 117(1), 43–76. <https://doi.org/10.7202/1043514ar>

REVUE DE JURISPRUDENCE EN DROIT DES OBLIGATIONS

Daniel GARDNER*

1. Nous sommes tous des consommateurs crédules.	46
2. Une transaction immobilière qui ne pouvait que mal tourner.	55
3. La détection et la qualification des servitudes, le cauchemar des notaires	62
4. Quand un pacte de préférence ne permet pas de marquer sa préférence	69
Conclusion : toutes les conséquences de ta faute tu paieras	74

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.
<Daniel.Gardner@fd.ulaval.ca>.

Le lecteur régulier de cette chronique ne s'attend pas à trouver autre chose que des commentaires relatifs à la jurisprudence québécoise. La tenue d'un colloque intitulé Regards croisés sur la responsabilité notariale, en octobre 2014 à Québec, a permis aux participants de comparer les solutions dégagées en France et au Québec sur des sujets intéressant directement la pratique notariale. Nous ferons écho à ce colloque en glissant quelques éléments d'information sur le droit français, dans un objectif d'enrichissement de nos connaissances. Rien de trop lourd à ce niveau, rassurez-vous : peu de références et un résumé rapide des points de convergence et de divergence entre nos deux systèmes.

La connaissance des réalités françaises peut d'ailleurs avoir un aspect thérapeutique pour le notaire québécois. Vous considérez que votre prime d'assurance de responsabilité, qui avoisine les 3 000 \$ depuis quelques années, est élevée ? Sachez qu'elle ne correspond même pas à la prime *mensuelle* que paie le notaire pratiquant en Bretagne ! Il faut dire qu'en France, le foisonnement législatif est tel qu'une chatte y perdrait ses petits – et le notaire ses clients : le seul aspect fiscal des transactions immobilières est devenu d'une complexité inouïe et donc source infinie d'occasions de rechercher en justice la responsabilité du notaire. On a même vu un notaire français être tenu responsable de ne pas avoir prévu un revirement jurisprudentiel dans la préparation d'un acte qu'il était chargé de rédiger (on ne savait pas que la formation notariale comprenait un cours avancé sur les techniques divinatoires).

Le rôle respectif du notaire et du vendeur, lors d'une transaction immobilière, reviendra à quelques reprises dans la chronique de cette année. On constatera que le notaire peut parfois échapper à sa responsabilité, parfois non, en fonction de la conduite adoptée par le vendeur. La formule « le professionnel du droit, c'est le notaire » permettra d'expliquer certaines décisions où sa responsabilité est engagée même si le vendeur, un arpenteur-géomètre ou même un officier du bureau de la publicité des droits a commis une erreur.

Avant tout, une série de trois arrêts de la Cour suprême retiendra notre attention puisqu'il s'agit, en droit des obligations, des déci-

sions les plus marquantes rendues en 2014. Si elles ne concernent pas directement la pratique notariale, elles sauront vous intéresser à titre personnel si vous voyagez à l'extérieur du pays.

1. Nous sommes tous des consommateurs crédules

Dans l'arrêt *Time* rendu en 2012, la Cour suprême a retenu qu'en matière de publicité destinée aux consommateurs, il fallait rechercher « l'impression générale que la représentation est susceptible de donner chez le consommateur crédule et inexpérimenté »¹. Ces qualificatifs peu flatteurs ne s'appliquent évidemment pas au lecteur de cette chronique et ni vous ni moi n'avons besoin d'un tel niveau de protection, n'est-ce pas ? J'ai été pourtant fort crédule lorsque ma banque me faisait miroiter, dans les années 1990, les avantages liés à l'utilisation de ma carte de crédit à l'étranger : fini les chèques de voyage, les commissions et les frais de change, on pouvait même se servir de la carte dans les guichets automatiques de plusieurs pays européens !

Cette souplesse et cette simplicité d'utilisation avaient cependant un coût caché puisque les émetteurs de cartes de crédit appliquaient – en sus du taux de change – des « frais de conversion » variant entre 1,5 % à 2,5 % du montant de chaque transaction, en omettant toutefois de nous le mentionner lors de la formation de ce contrat de crédit variable. Lorsque le pot aux roses a été découvert, au tournant du millénaire, les banques se sont empressées d'ajouter une clause à cet effet dans le contrat d'émission de leurs cartes, ainsi que sur les relevés de compte mensuels envoyés à leurs clients : examinez votre état de compte, vous verrez la clause bien en évidence, en majuscules. Il était toutefois trop tard pour les crédules dans mon genre : je n'allais tout de même pas poursuivre ma banque pour quelques dizaines, voire quelques centaines de dollars de frais cachés.

Le mécanisme du recours collectif n'a pas toujours bonne presse et il comporte certes des défauts, enrichissant souvent davantage les procureurs impliqués que les membres du groupe victorieux. Ce moyen procédural, qui sera plus exactement appelé l'*action collective* lors de l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*², a cependant pleinement joué son rôle en l'espèce. Il

1. *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 78, 2012 CSC 8.

2. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

s'agit certainement de l'un des plus importants recours de ce type, si l'on s'attarde au nombre de défendeurs visés, aux membres potentiels concernés par le recours et aux sommes d'argent concernées. Bien sûr, il a fallu plus d'une décennie pour arriver au bout du processus – la première requête en autorisation a été déposée en avril 2003 – mais le résultat est concluant.

En fait, il faut davantage parler de trois recours collectifs. Le recours initial, déposé contre toutes les institutions financières exploitées au Québec, a dû être scindé en deux lorsque les banques ont décidé de présenter un argument constitutionnel fondé sur la compétence fédérale sur les banques prévue au paragraphe 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³. Les caisses populaires Desjardins, des coopératives de crédit non assujetties à la législation fédérale sur les banques, n'étaient évidemment pas concernées par ce débat. Quant au troisième recours visant American Express, il a la particularité de regrouper des consommateurs *et* des non-consommateurs titulaires de cartes de crédit et de cartes de paiement (alors que les recours contre Desjardins et les autres banques s'appuient exclusivement sur les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*)⁴.

Traitions d'abord du recours principal⁵ visant l'ensemble des banques ; nous ajouterons par la suite quelques commentaires sur les deux autres. On aura deviné que chacune des institutions financières avaient ses pratiques en matière d'utilisation de sa carte de crédit à l'étranger et qu'une analyse pointue de cette trilogie d'arrêts amènerait à constituer des sous-groupes pour étudier l'ensemble des arguments invoqués. De plus, chaque institution financière délivrait plusieurs cartes avec ses conditions d'utilisation particulières. Enfin, certaines banques mentionnaient l'existence de frais de conversion sans les préciser davantage alors que d'autres se contentaient de mentionner des « frais de change ». Dans le cadre de cette chronique, nous nous en tiendrons à l'essentiel.

Le véhicule procédural utilisé posait au départ une question de représentativité. En effet, le représentant désigné, M. Marcotte, ne possédait évidemment pas une carte de crédit émise par chacune des banques poursuivies. Cette absence de lien de droit direct avec

3. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 (15).

4. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

5. *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55 (ci-après « *Marcotte* »).

chacun des défendeurs n'a pas empêché la Cour suprême, à l'instar des tribunaux inférieurs, de valider le recours en l'espèce :

[32] [...] Dès lors que le représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate du groupe, comme le veut l'al. 1003*d*) C.p.c. et que les recours entrepris contre chaque défendeur soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, comme le veut l'al. 1003*a*), il est loisible au juge d'autoriser le recours collectif. Une telle conclusion favorise l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice et évite le risque de jugements contradictoires sur une même question de droit ou de fait.⁶

Sur le plan constitutionnel, les banques invoquaient deux arguments. Le premier concernait la doctrine de l'exclusivité des compétences, en vertu de laquelle la législation provinciale relative à la protection des consommateurs empiéterait indûment sur le « contenu essentiel irréductible » de la compétence exclusive réservée par la Constitution au gouvernement fédéral. Les extraits ci-dessous de l'arrêt *Marcotte* montrent bien le fossé qui séparerait la position des banques de celle du plus haut tribunal du pays :

[66] [...] Bien que le prêt d'argent, au sens large, appartienne au contenu essentiel des activités bancaires et ait été reconnu comme tel par la Cour dans des arrêts antérieurs, on ne peut prétendre que l'obligation de mentionner certains frais accessoires à un type de crédit à la consommation porte une « atteinte importante » à l'exercice de la compétence fédérale qui permet de légiférer en matière de prêt bancaire [...]

[68] [...] Les dispositions de la L.p.c. n'empêchent pas les banques de prêter de l'argent ou de convertir des devises ; elles exigent seulement que ces frais de conversion soient mentionnés aux consommateurs.⁷

Quand on lit dans le jugement qu'une « application élargie de cette doctrine [de l'exclusivité des compétences] est à contre-courant de la conception moderne du fédéralisme coopératif qui préconise l'application, dans la mesure du possible, des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement »⁸, on se dit que tout n'est pas joué dans le litige relatif à la conservation du registre des armes à feu⁹...

6. *Ibid.*, par. 32.

7. *Ibid.*, par. 66 et 68.

8. *Ibid.*, par. 63.

9. L'arrêt de la Cour suprême sur le sujet aura été rendu au moment où vous lirez cette chronique, ce qui vous permettra de juger de la portée de cette « conception moderne du fédéralisme coopératif ».

Le second argument d'ordre constitutionnel concerne la doctrine de la prépondérance fédérale. Comme l'indique la Cour, « celle-ci entre en jeu lorsqu'il y a conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale validement adoptées. En pareil cas, la loi fédérale l'emporte, et la loi provinciale devient inopérante dans la mesure du conflit »¹⁰. L'argumentaire développé par les banques n'a pas obtenu davantage de succès, comme le résume le paragraphe suivant :

[84] L'argument général soulevé par les banques, à savoir que les provinces ne peuvent ajouter aux sanctions fédérales, nous paraît semblable à celui de l'exclusivité des compétences qu'elles invoquent à l'appui d'une immunité absolue les soustrayant à l'effet des lois provinciales d'application générale. De nombreuses lois provinciales prévoient différentes causes d'action susceptibles d'être opposées aux banques. Ce n'est pas parce que la *Loi sur les banques* est muette sur ce point que les recours civils sont incompatibles avec elle, en l'absence de conflit avec les art. 16 et 988. En l'espèce, il n'y a pas de conflit, les demandeurs ne cherchant pas à faire annuler leur contrat. Comme la Cour l'affirme au par. 24 de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, « [les doctrines constitutionnelles] doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un « fédéralisme coopératif » ». Nous concluons que les art. 12 et 272 *L.p.c.* ne sont pas incompatibles avec les art. 16 et 988 de la *Loi sur les banques* et qu'ils n'empêchent aucunement la réalisation d'un objectif fédéral. Ainsi, la doctrine de la prépondérance fédérale n'entre pas en jeu.¹¹

Une fois les arguments constitutionnels écartés, le sort de l'action devenait évident, puisque la transgression de l'article 12 *L.p.c.* était manifeste. La disposition se lit comme suit : « Aucuns frais ne peuvent être réclamés d'un consommateur, à moins que le contrat n'en mentionne de façon précise le montant »¹². Au-delà de la variété des clauses applicables à chacune des cartes de crédit (ou à l'absence pure et simple de clause à cet effet), il est indéniable qu'aucune institution financière ne dévoilait « de façon précise le montant » de ces frais de conversion. Leur remboursement a donc été ordonné en application de l'article 272 *L.p.c.*, qui prévoit que le consommateur a droit à « la réduction de son obligation » lorsque le commerçant « manque à une obligation que lui impose la présente loi ».

10. *Marcotte*, préc., note 5, par. 70.

11. *Ibid.*, par. 84.

12. *L.p.c.*, préc., note 4, art. 12.

En première instance, les banques qui avaient totalement passé sous silence l'existence de ces frais de conversion avaient en outre été condamnées à verser à chaque membre visé par le recours collectif des dommages punitifs de 25 \$. Ces banques, appelées dans le cadre du procès les « banques du groupe A », avaient réussi à faire casser cette dernière condamnation par la Cour d'appel, notamment au motif que le mode de recouvrement privilégié par le juge de première instance (le recouvrement collectif) comportait en soi une dimension punitive¹³. La Cour suprême rétablit le jugement de première instance et conclut :

Bien qu'il puisse y avoir une part de vérité dans la thèse selon laquelle les objectifs et les effets du recouvrement collectif et ceux des dommages-intérêts punitifs se recoupent, ce recoupement ne saurait jouer dans l'analyse juridique servant à déterminer s'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts punitifs et leur montant. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, le seuil d'octroi de dommages-intérêts punitifs serait plus élevé dans le cas d'un recours collectif où le tribunal aurait ordonné qu'il soit procédé par recouvrement collectif plutôt que par voie de réclamations individuelles. À notre avis, il n'y a aucune raison valable de tirer pareille conclusion. Après tout, le recouvrement collectif n'est rien de plus que la pleine mesure de l'obligation du défendeur si les demandeurs établissent le bien-fondé de leur réclamation.¹⁴

La fonction préventive des dommages punitifs sort renforcée de ce jugement, la Cour suprême insistant à plusieurs reprises sur la nécessité de « décourager la répétition de comportements indésirables »¹⁵, tout en rappelant qu'« il n'est pas *nécessaire* d'établir un

13. Rappelons qu'une ordonnance de recouvrement collectif est prononcée si la preuve permet d'établir de façon suffisamment précise le montant total des réclamations des membres, et ce, même si leur identité et le montant exact de la réclamation ne sont pas établis (art. 1031 C.p.c.), alors que le recouvrement individuel sera choisi en l'absence de tels éléments, obligeant chaque membre du recours à produire une réclamation qui sera évaluée individuellement (art. 1028 C.p.c.). En cas de recouvrement collectif (comme dans l'affaire *Marcotte*), le montant établi par le juge ne pourra être récupéré par le défendeur même si un nombre important de membres potentiels ne réclament pas leur part de l'indemnité.

14. *Marcotte*, préc., note 5, par. 104. Cf. : par. 112 : « [l]e juge du procès N'a fait aucune erreur manifeste et dominante en accordant des dommages-intérêts punitifs comme mesure de prévention pour dissuader non seulement les banques mais aussi tous les commerçants de démontrer pareille insouciance. »

15. *Ibid.*, par. 101, la Cour se référant alors à sa décision rendue quelques années plus tôt dans l'affaire *Richard c. Time Inc.*, préc., note 1, par. 180.

comportement antisocial ou répréhensible pour que des dommages-intérêts punitifs soient attribués en vertu de la L.p.c. »¹⁶.

Un mot en terminant sur les deux autres arrêts rendus en même temps que l'arrêt *Marcotte*, dont les motifs sont beaucoup plus courts en raison des questions moins nombreuses qui étaient soulevées (plusieurs aspects de la décision rendue dans *Marcotte* étant applicables à ces recours). Dans le pourvoi impliquant les caisses Desjardins¹⁷, le juge de première instance avait ordonné le recouvrement collectif de 28 392 240 \$ pour le remboursement des frais de conversion perçus entre 2004 et 2007, complété par une ordonnance de recouvrement individuel pour les frais perçus entre 2000 et 2003, en raison de l'application des règles de la prescription. L'aspect distinctif le plus intéressant de ce pourvoi résulte du fait que Desjardins avait toujours indiqué les frais de conversion au verso du relevé mensuel envoyé à ses clients. Cela n'a pas empêché la Cour suprême de confirmer la contravention à l'article 12 L.p.c., puisque la mention apparaissant sur le relevé mensuel constituait une *clause externe* par rapport au contrat de crédit, au sens de l'article 1435 C.c.Q., clause dont Desjardins n'avait pu prouver la connaissance par le consommateur *au moment de la formation* du contrat¹⁸. La Cour suprême va encore plus loin en concluant :

[28] Le juge du procès a conclu à tort que le renouvellement d'une carte de crédit emporte la formation d'un nouveau contrat. Il y a une seule convention-cadre et elle entre en vigueur à la première utilisation de la carte de crédit. (N. L'Heureux, É. Fortin et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (4^e éd. 2004), p. 610 et 634 ; art. 29 et 30 L.p.c.). Le remplacement de la carte de crédit n'a pas pour effet de créer une nouvelle relation contractuelle. Il est donc impossible que les consommateurs aient eu connaissance de la clause externe faisant état du taux de conversion au moment de la formation de la convention, étant donné que cette clause ne figurait qu'au premier relevé mensuel de la carte de crédit : ils ne pouvaient donc en prendre connaissance qu'après avoir utilisé la carte une première fois. En conséquence, Desjardins a contrevenu à l'art. 12 L.p.c. en imposant des frais sans les indiquer dans ses contrats avec les consommateurs, c'est-à-dire dans la convention régissant l'utilisation de la carte.¹⁹

16. *Ibid.*, par. 109. L'exigence d'une conduite délibérée ou gravement fautive rejoindrait davantage un objectif de punition.

17. *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57.

18. *Ibid.*, par. 22-27. Cette connaissance est en effet le seul moyen de valider la clause externe incluse à un contrat de consommation ou d'adhésion.

19. *Ibid.*, par. 28.

La conduite plus transparente de Desjardins en l'espèce, lorsque comparée à celle des autres institutions financières, lui a toutefois permis d'éviter une condamnation à des dommages punitifs²⁰.

En ce qui concerne le dernier pourvoi²¹ impliquant le recours collectif intenté contre Amex tant au nom des consommateurs que des non-consommateurs floués par cette pratique de non-divulgateion des frais de conversion, la situation était particulièrement choquante puisque la banque avait retiré, à partir de 1993, la clause informant les titulaires d'une carte American Express de l'existence de ces frais de conversion, au surplus plus élevés (2,2 %) que la moyenne.

Outre le fait que la période visée par l'obligation de remboursement est plus longue que dans les autres cas (la prescription ne pouvait courir alors que le titulaire de la carte était maintenu dans l'ignorance de l'existence même de ces frais de conversion), l'arrêt est intéressant en ce qu'il confirme la solution applicable, tant en vertu la L.p.c. que du Code civil. Sur ce dernier point, voici comment la Cour suprême pose la question et y répond :

[33] En résumé, la Cour doit seulement se demander si les adhérents – en l'occurrence, les titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs – étaient tenus de payer les frais de conversion. Selon le juge du procès, la preuve établissait clairement que, de 1993 à 2003, les conventions régissant l'utilisation des cartes ne faisaient aucune mention des frais de conversion parce qu'on ne peut prétendre que de tels frais étaient inclus dans le [traduction] « taux de change déterminé par Amex ». Ainsi, aucune obligation de payer ces frais n'incombait aux titulaires (par. 357 ; voir également par. 123-124 et 358-359). Il n'a pas été démontré que cette conclusion, qui repose sur un examen attentif et minutieux de la preuve, et qui a été confirmée en appel, comportait une erreur manifeste et dominante. Nous concluons que les titulaires de cartes Amex n'étaient nullement tenus de payer les frais de conversion et que les dispositions relatives à la réception de l'indu s'appliquent. En conséquence, en application de l'art. 1699 C.c.Q., Amex doit restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion qu'ils ont payés.²²

20. *Ibid.*, par. 33.

21. *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56.

22. *Ibid.*, par. 33.

En effet, le mécanisme de la réception de l'indu est applicable en la matière puisqu'il suppose qu'un « paiement fait par erreur [...] oblige celui qui l'a reçu à le restituer » (art. 1491 C.c.Q.). Les titulaires d'une carte American Express n'ont jamais su qu'ils acquittaient des frais de conversion : nul besoin d'annuler en entier le contrat de crédit variable mais simplement d'ordonner la restitution de ce qui a été payé en trop. En pratique, la réception de l'indu concerne bien davantage des cas de paiements en trop que des hypothèses où l'entièreté de l'obligation a été acquittée sur la base d'une erreur de l'*accipiens*.

Toutefois, en vertu du Code civil, Amex ne pouvait être condamnée à verser des dommages punitifs puisqu'il n'existe aucune assise législative permettant d'accorder de tels dommages dans un contexte de réception de l'indu. La législation consumériste, qui permet au consommateur « également [de] demander des dommages-intérêts punitifs » (art. 272 *in fine* L.p.c.), montre ici son utilité.

Pour aller plus loin

Les trois arrêts rendus à l'automne 2014 par la Cour suprême auront un effet qui ira bien au-delà du droit de la consommation.

En ce qui concerne la dimension procédurale de ces dossiers, le mécanisme du recours collectif en ressort gagnant puisque la Cour suprême confirme la souplesse dont doivent faire preuve les tribunaux dans l'application de ce recours qui n'a plus rien d'exceptionnel. Le représentant choisi ne doit pas nécessairement posséder un droit d'action individuel contre chacun des défendeurs : il représente les membres d'un groupe et c'est le groupe qui compte.

La dimension constitutionnelle de l'arrêt *Marcotte* est également porteuse d'enseignements pour l'avenir. Manifestement, depuis l'arrêt *Banque Canadienne de l'Ouest* de 2007²³, la tendance lourde va vers une application aussi large que possible de la législation provinciale aux entreprises assujetties au pouvoir fédéral : seule une attaque directe au cœur de la législation fédérale peut permettre d'écarter la législation provinciale²⁴. Depuis des décennies,

23. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, où le litige concernait l'application de la législation provinciale aux banques se livrant à des activités liées à l'assurance.

24. Pour un exemple clair de ce type d'attaque frontale (en restant dans le domaine bancaire), voir *Morin c. Banque de Montréal*, [1995] R.J.Q. 457 (C.S.), par. 30 : « L'exigence de l'article 32 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui oblige

cette question de l'application de la législation consumériste aux banques empoisonne les débats judiciaires et l'arrêt *Marcotte* devrait y mettre fin. Les transporteurs aériens, dans leurs rapports avec les voyageurs, seront les prochains à se voir imposer cette vision des choses.

Enfin, l'utilité du recours collectif trouve sa consécration dans ce genre d'affaire, en équilibrant le rapport de force entre les institutions bancaires et les consommateurs. Seule une obligation de remboursement de plusieurs dizaines de millions de dollars, doublée – pour la plupart des banques impliquées – d'une condamnation à des dommages punitifs représentant au total plus de 2,5 millions de dollars, est susceptible d'assainir les pratiques contractuelles de nos institutions financières.

Une timide avancée du droit français

En 2014, la France a mis en vigueur un nouveau régime d'action collective²⁵ inspirée des solutions développées en Amérique du Nord. Cette « action de groupe » a toutefois peu à voir avec notre régime, tant la peur des dérives à l'américaine a pesé lourd dans la balance du législateur français. Parmi les différences majeures entre les deux systèmes, on signalera qu'en France :

- Seules des associations de consommateurs accréditées ont le pouvoir d'initier ce genre d'action, par définition limitée au domaine de la consommation (que fait-on du droit de l'environnement ?) ;
- Seuls les dommages matériels sont indemnisables : ni dommages moraux, ni dommages corporels, encore moins de dommages punitifs qui demeurent étrangers au système français ;
- Le système mis en place, de type *opt-in*, où seuls les consommateurs qui se manifesteront après le jugement ou le règlement intervenu seront comptabilisés dans la fixation du montant de la

le commerçant à remettre au consommateur un double d'un contrat relatif à un bien ou un service pour pouvoir l'exécuter, contrevient, à mon avis, au « Pith and substance » de la *Loi sur les lettres de change* ».

25. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui ajoute les articles L.423-1 et suivants au Code de la consommation. Il est possible d'intenter une action de groupe depuis le 1^{er} octobre 2014.

condamnation. Ce procédé, à l'opposé du modèle *opt-out* québécois (celui qui ne veut pas être visé par le jugement à intervenir doit s'exclure explicitement du groupe), entraînera un effet plus que limité sur les condamnations à venir et donc sur l'effet dissuasif de la procédure²⁶.

2. Une transaction immobilière qui ne pouvait que mal tourner

Un vendeur peu scrupuleux, un acheteur au-dessus de ses affaires, une municipalité laxiste et un notaire pour le moins téméraire, tous les ingrédients étaient réunis pour faire un bon procès à la suite de la vente d'un immeuble à logements. C'est ce qui est arrivé et un arrêt rendu par la Cour d'appel en mai 2014 sera l'occasion de rappeler certaines règles élémentaires de droit civil... et de pratique notariale.

René Bélisle, aujourd'hui retraité, a exploité au cours de sa carrière plusieurs immeubles à revenus en complément de ses activités dans le domaine de la construction. C'est l'un de ces immeubles situé à Québec qui est à l'origine du litige, puisqu'il y avait aménagé 11 logements résidentiels sans obtenir les permis requis, alors que la réglementation municipale en autorisait un maximum de trois dans le secteur visé (il s'agissait à l'origine d'un immeuble commercial). À la suite de la réception de constats d'infraction, au début des années 2000, Bélisle requiert en 2002 une modification au règlement de zonage, ce qui lui est refusé en mars 2003. Sa demande de réévaluation de la décision n'aura pas de suite, Bélisle ayant fait défaut de fournir des plans signés par un architecte. Il formule tout de même une deuxième demande écrite de modification, qui sera refusée le 24 mars 2004.

À la même époque, un homme d'affaires de Québec, Kamel Stambouli, se montre intéressé à acquérir l'immeuble en question. Après quelques pourparlers, une promesse d'achat est signée le 25 avril 2004, Bélisle se gardant bien de faire mention de ses démêlés avec les autorités municipales. La vente sera finalisée en juillet de la même année mais on comprend que la machine bureaucra-

26. Au Québec, une part importante des condamnations obtenues (dépassant souvent 70 %) n'est pas réclamée par les membres potentiels du recours collectif, ce qui n'empêche pas le défendeur de devoir déboursier l'entièreté de la somme à laquelle il est condamné, le solde non réclamé étant en bonne partie remis au Fonds d'aide au recours collectif.

tique finira par rattraper le nouvel acheteur... trois ans plus tard. Une requête en cessation d'un usage dérogatoire, en vertu de l'article 227 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, sera déposée en 2007 contre Gestion Paradigme inc., l'*alter ego* de M. Stambouli qui avait officiellement acquis l'immeuble. La requête sera accueillie en décembre 2009²⁷, le juge St-Pierre choisissant cependant de différer l'effet de son jugement jusqu'au moment où un règlement interviendra dans le litige opposant la défenderesse à l'ancien propriétaire de l'immeuble, René Bélisle. C'est ce dernier litige qui retiendra dorénavant notre attention.

En première instance²⁸, le juge Émond refuse d'annuler la vente pour cause de dol. Tout en reconnaissant que le défaut du vendeur Bélisle de signaler les problèmes liés à la conformité de l'immeuble était condamnable, il considère que la conduite inexcusable de l'acheteur en l'espèce ne lui permet pas de réussir sur ce point. En effet, une simple consultation du certificat de localisation – dont la préparation avait d'ailleurs été mise à sa charge – lui aurait permis de réaliser que l'utilisation de l'immeuble à des fins résidentielles était prohibée. L'arpenteur-géomètre avait en effet bien réalisé son travail, en signalant que « [l]e zonage actuel (zone O31-M) de cette propriété, en vigueur depuis 1987, n'autorise pas la construction de maison unifamiliale. [...] De plus, aucun permis n'a été émis pour la transformation de la maison initiale en immeuble à logements »²⁹.

Sur la foi de ces éléments, le juge conclut :

À l'évidence [...] M. Stambouli a contribué à s'induire lui-même en erreur, en se fermant les yeux et en agissant de façon négligente.

De l'avis du Tribunal, son erreur est inexcusable et ne peut donner ouverture à un recours en nullité, que ce soit pour une erreur provoquée par le dol ou pour une cause de simple erreur.³⁰

En mettant sur le même pied le dol et la « simple erreur », le juge de première instance ouvrait la porte à une intervention de la Cour d'appel puisque les règles applicables ne sont pas les mêmes. Examinons-les rapidement.

27. *Québec (Ville de) c. Gestion Paradigme inc.*, 2009 QCCS 6487.

28. *Gestion Paradigme inc. c. Bélisle*, 2012 QCCS 3545.

29. Cet extrait du certificat de localisation est rapporté dans le jugement de première instance, *ibid.*, par. 108.

30. *Ibid.*, par. 246-247.

L'erreur est une cause de nullité des contrats lorsque l'une des parties se trompe, notamment, « sur tout élément essentiel qui a déterminé [son] consentement » (art. 1400 al. 1 C.c.Q.). Le second alinéa de cet article 1400 ajoute toutefois que « [l']erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement ». Cette dernière règle était absente du *Code civil du Bas Canada*, « le législateur ne faisant pas de distinction entre l'erreur excusable et l'erreur inexcusable »³¹ avant 1994. En introduisant cette limite au droit de soulever l'erreur, le législateur contemporain entendait protéger le cocontractant innocent qui, n'ayant rien fait pour induire l'autre partie en erreur, devait toutefois assumer les conséquences de la conduite grossièrement négligente du « trompé ». Le cas le plus fréquent d'erreur inexcusable résulte du fait de ne pas avoir lu le contrat en cause avant de le signer, par exemple lorsqu'il s'agit d'un « court document d'une page, de facture simple et écrit dans un langage sans piège »³².

La situation est bien différente en matière d'erreur provoquée par le dol, puisque c'est la conduite répréhensible de l'une des parties qui est à l'origine de l'engagement de l'autre ; il ne saurait donc ici être question de protéger l'auteur du dol. C'est ce qui explique que l'erreur (art. 1400) a été séparée du dol (art. 1401) lors de la rédaction du nouveau Code et que la limite liée à l'erreur inexcusable n'a pas été reproduite dans le second cas. La preuve du dol est difficile à faire en raison de la présomption générale de bonne foi prévue par le législateur (art. 2805 C.c.Q.), mais une fois cette preuve faite, le droit prend résolument le parti du cocontractant floué même si celui-ci a adopté une conduite négligente.

C'est la conséquence qu'en tire la Cour d'appel en disant que le premier juge « commet une erreur de droit puisque le dol de l'appelant [Bélisle] est la cause de l'erreur de l'intimée [Gestion Paradigme] qui ne peut alors être considéré juridiquement comme étant inexcusable »³³.

En réalité, ce qui semble avoir guidé la décision du juge de première instance est le doute qu'il entretient sur les mauvaises intentions du vendeur. En effet, lorsque Bélisle vend son immeuble en juillet 2004, il n'a toujours pas reçu la réponse de la ville de

31. *Dumoulin c. Rawleigh Co. Ltd.*, (1925) 39 B.R. 241, 245.

32. *Centre du camion Gamache inc. c. Bolduc*, J.E. 2000-241 (C.Q.), p. 14.

33. *Bélisle c. Gestion Paradigme inc.*, 2014 QCCA 857, par. 21.

Québec à sa demande de réévaluation de son dossier : « en raison d'un cafouillage bureaucratique inexpliqué et difficilement justifiable, M. Bélisle n'est pas informé de cette décision »³⁴ du 24 mars. Partant de là, Bélisle soutient qu'il croyait ses problèmes de conformité de l'immeuble réglés et le juge a sans doute accordé un certain poids à cette affirmation.

De son côté, la Cour d'appel considère que le dol a bel et bien été prouvé en l'espèce. Il faut dire qu'une clause insérée au contrat de vente ne laissait aucun doute quant aux réticences du vendeur :

[17] Quant à cette déclaration de l'appelant [Bélisle] qu'il n'a reçu « aucun avis d'une autorité compétente à l'effet que l'immeuble n'est pas conforme aux règlements et lois en vigueur », elle est à la fois dolosive et mensongère puisqu'il en a reçu plusieurs durant les trois années qui ont précédé la vente et qu'il a même enregistré un plaidoyer de culpabilité à l'égard d'une infraction que lui reprochait d'avoir enfreint le règlement de zonage.³⁵

Le vendeur ne pouvait décemment croire que ses démêlés avec la ville s'étaient réglés comme par magie, du seul fait qu'il n'avait reçu aucune réponse à sa demande de réévaluation du dossier. De toute façon, il était faux de prétendre qu'aucun avis n'avait été reçu des autorités municipales, avis pour lesquels il avait même plaidé coupable antérieurement à la vente.

Le dol commis en l'espèce par Bélisle permet d'absoudre certains autres acteurs impliqués dans ce dossier, sans que leur conduite ne soit pour autant exempte de tout reproche.

La Ville de Québec s'en tire fort bien. Son « cafouillage bureaucratique inexpliqué et difficilement justifiable »³⁶ n'a finalement pour elle aucune conséquence fâcheuse. Une décision non transmise au propriétaire de l'immeuble, un inexplicable délai de trois ans avant d'agir face à un nouveau propriétaire qui n'a jamais entendu parler de cette histoire de non-conformité de l'immeuble ; il est à espérer qu'il s'agit là d'un cas isolé. En droit criminel, il y a longtemps qu'on aurait invoqué – et obtenu – un arrêt des procédures.

34. *Gestion Paradigme inc. c. Bélisle*, préc., note 28, par. 78.

35. *Bélisle c. Gestion Paradigme inc.*, préc., note 33, par. 17.

36. Ce sont les termes employés par le juge de première instance, au paragraphe 78 de sa décision.

La notaire qui a reçu l'acte de vente a également dû pousser un grand soupir de soulagement. Le dol du vendeur a en effet rhabillé une série de maladroites qui auraient, en d'autres circonstances, entraîné sa responsabilité. Au chapitre des éléments surprenants de ce dossier, on peut signaler :

- Le fait que Gestion Paradigme inc. apparaisse comme acquéreur de l'immeuble en juillet 2004, alors qu'aucun document ne fait état de la cession des droits de M. Stambouli aux termes de la promesse d'achat du mois d'avril précédent ;
- L'ajout d'une clause selon laquelle la vente est faite « aux risques et périls » de l'acquéreur, sans qu'aucune demande n'ait été faite en ce sens et sans qu'aucune explication ne soit fournie lors de la lecture de l'acte³⁷.

L'aspect le plus surprenant de cette histoire demeure toutefois le fait que la notaire a procédé à la vente sans avoir pris connaissance du certificat de localisation. Or, rappelons-le, le certificat indiquait clairement la contravention à la réglementation municipale et sa connaissance aurait évidemment bloqué la transaction. Le juge de première instance rejette à bon droit la défense selon laquelle le certificat n'était pas disponible au jour de la signature de l'acte de vente :

[140] Il est évident que M^e Fortin et M. Stambouli auraient eu intérêt à faire ce que tout notaire ou acheteur prudent et diligent aurait fait en pareilles circonstances, soit de prendre connaissance du certificat de localisation préparé par l'arpenteur-géomètre avant de signer l'acte de vente.

[141] Tel que mentionné précédemment, même si le certificat n'était pas disponible comme M^e Fortin le laisse entendre, il lui incombait de retarder la séance de clôture pour permettre aux parties d'en prendre connaissance.³⁸

On touche ici un aspect élémentaire de la pratique notariale : le certificat de localisation est un document essentiel dont il faut prendre connaissance avant et non après la transaction. Et quand on lit que la notaire « admet n'avoir examiné ce certificat qu'après les

37. Ce fait avait entraîné, en première instance, le dépôt d'une requête en inscription de faux incident de la part de Gestion Paradigme. La requête est devenue sans objet à la suite de l'annulation de la transaction.

38. *Gestion Paradigme inc. c. Bélisle*, préc., note 28, par. 140-141.

publications de l'acte de vente et de l'acte hypothécaire, et ce, sans même relever les mentions relatives aux non-conformités de l'immeuble »³⁹, on se dit qu'elle est bien chanceuse d'échapper en l'espèce à toute condamnation.

Pour aller plus loin

Tout en refusant de prononcer la nullité de la vente pour cause de dol, le juge de première instance avait prononcé la *résolution* du contrat en s'appuyant sur les règles relatives à la garantie. On se rappellera qu'une clause du contrat prévoyait que la vente était faite aux risques et périls de l'acheteur, ce qui est permis étant donné que le vendeur est un non-professionnel (art. 1733 C.c.Q.). Toutefois, l'article qui précède prévoit une limite à une telle exclusion de la garantie légale :

1732. Les parties peuvent, dans leur contrat, ajouter aux obligations de la garantie légale, en diminuer les effets, ou l'exclure entièrement, *mais le vendeur ne peut, en aucun cas, se dégager de ses faits personnels.* [italiques ajoutés]

Toute la question était donc de savoir si le défaut par Bélisle de dénoncer les avis d'infractions reçus de la ville de Québec entrait dans le cadre de l'article 1732 *in fine*. Selon le juge de première instance :

Bien que la doctrine et la jurisprudence ne le mentionnent pas, le Tribunal ajoute que l'obligation du vendeur de divulguer tout droit, charge, hypothèque, empiètement qu'il a lui-même consenti ou tout vice de titre qui lui est personnellement attribuable devrait également emporter celle de dénoncer toute violation aux limitations de droit public qui découle de ses propres faits et gestes.⁴⁰

En tout respect, nous ne sommes pas de cet avis car l'article 1732 C.c.Q. ne vise pas ce genre de situation. Reprenant la règle en vertu de l'ancien Code, la garantie du fait personnel du vendeur est fondée sur la maxime « celui qui doit garantie ne peut évincer ». Ainsi, le vendeur ne pourrait réclamer le bénéfice d'une servitude affectant l'immeuble vendu, au profit d'un autre immeuble dont il

39. *Ibid.*, par. 133.

40. *Ibid.*, par. 259.

conserve la propriété⁴¹. L'utilisation non conforme du bâtiment par rapport aux limitations de droit public n'entre pas dans la catégorie.

Cela ne signifie nullement que la clause relative à la vente aux risques et périls de l'acheteur puisse permettre de couvrir le dol du vendeur. La fraude corrompt tout (*fraus omnia corrumpit*) et il ne saurait être question que les règles relatives à la garantie – ou à l'absence de garantie – supplantent les règles fondamentales touchant la formation du contrat. Un des aspects où le droit rejoint nos principes moraux est certainement le traitement réservé à l'auteur de manœuvres faites dans le but de tromper un éventuel cocontractant. Or, on ne peut faire indirectement, par l'inclusion au contrat d'une clause de vente aux risques et périls de l'acheteur, ce que la règle relative au comportement dolosif entend justement prohiber.

En vendant la résidence que j'habite depuis un quart de siècle, je peux fort bien employer la formule de l'article 1733 C.c.Q. et prévoir que « l'acheteur achète à ses risques et périls » afin de me protéger d'une éventuelle réclamation pour des vices cachés⁴². Je peux également me protéger pour des défauts affectant mon immeuble et dont je connais l'existence, en les dénonçant explicitement à l'acheteur. Mais je ne peux pas, tout en connaissant l'existence de ces vices cachés, me taire et me retrancher derrière la formule de la vente aux risques et périls de l'acheteur pour échapper à ma responsabilité. Dans ce dernier cas, nous sortons du domaine de la *garantie* pour entrer dans les causes de *nullité* du contrat, puisque mon défaut de révéler ce que l'acheteur devrait savoir constitue alors un dol. Il n'existe pas de clause d'exclusion relative au dol, tout comme on ne peut écarter par contrat l'une des quatre conditions nécessaires à sa formation : capacité, consentement, objet et cause.

Les solutions du droit français

L'article 1732 C.c.Q., exposé ci-dessus, a son équivalent dans le Code Napoléon, article 1628 : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle ». La règle est comprise de la même manière en France et au Québec : seul le droit consenti par le vendeur ou exercé

41. Pour plus de détails, voir Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 3^e éd., avec la collaboration de Michelle CUMYN, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n^o 140, p. 180-181.

42. Rappelons que le vendeur professionnel n'a pas cette possibilité.

directement par lui contre l'acquéreur est visé par la limite à l'exclusion de la garantie légale.

En ce qui concerne l'erreur, l'article 1110 du Code Napoléon ne mentionne pas l'exception relative à l'erreur inexcusable, ce qui est tout à fait conforme à la vision classique des choses : l'absence de réelle rencontre des consentements l'emporte sur le désir de sanctionner celui qui a été gravement négligent lors de la formation du contrat. Rappelons que c'était la solution en vigueur sous le *Code civil du Bas Canada*. La jurisprudence française s'est toutefois chargée, *de lege ferenda*, d'ajouter l'erreur inexcusable à la liste des erreurs ne pouvant entraîner la nullité du contrat, à côté de l'erreur d'appréciation économique. La réforme du droit des contrats (le projet de la Chancellerie a été déposé en 2014) entérine cette solution. Toutefois, comme au Québec, la limite ne joue pas en cas de dol.

3. La détection et la qualification des servitudes, le cauchemar des notaires

Année après année, le rapport annuel du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires nous apprend que le motif le plus important de poursuites civiles contre les notaires est le manquement à son devoir de conseil : cela représentait 29 % des causes de réclamations pour l'année 2013⁴³. La « recherche de titre inadéquate » venait au deuxième rang avec 16,2 % du total des dossiers et il est clair que la mauvaise qualification ou le défaut de détection d'une servitude est à l'origine de la majorité des litiges où la qualité de l'examen des titres effectué par le notaire est remise en cause.

Il est vrai que la jurisprudence se montre parfois fort exigeante envers l'examineur de titres. Ainsi, dans une affaire rendue en mai 2014, un notaire a été tenu pour responsable pour ne pas avoir détecté un droit de passage affectant un lot ayant servi à la construction d'unités de copropriété⁴⁴. La cause semble entendue mais la faute du notaire devient moins évidente lorsque l'on tient compte des aspects suivants du dossier :

43. Selon les dernières données disponibles au moment de la rédaction de cette chronique, en janvier 2015.

44. *Développements immobiliers BCG inc. c. Robinette*, 2014 QCCQ 3891.

- Il « s’agit d’un droit de passage atypique. Cette servitude est créée aux termes d’une loi privée de 1969. De l’avis de tous, cette situation est très exceptionnelle » (par. 10) ;
- Le droit de passage est mentionné « dans la colonne “Remarques” [du registre foncier] ce qui est inhabituel » (par. 49) ;
- La « preuve démontre que plusieurs autres notaires et arpenteurs-géomètres ayant fait l’étude des titres de ce terrain ont conclu, comme M^e Robinette, à l’absence de servitude » (par. 48), ce qui inclut l’arpenteur-géomètre ayant travaillé de concert avec le notaire ;
- Le notaire tente de limiter les dégâts en obtenant des renoncements à ce droit de passage. Or, l’une des parties impliquées « flairant la bonne affaire, exige 100 000,00 \$ pour cette renonciation » alors que pour une autre (la Fabrique d’une paroisse), « les approbations tardent sans raison apparente » (par. 22) ;
- Même si le propriétaire antérieur « dit n’avoir vu personne emprunter ce terrain de stationnement pour accéder à la ruelle située derrière », la juge Lavigne est d’avis que « [c]ette preuve obtenue après la signature de l’acte d’achat du terrain n’est pas suffisante pour conclure au non usage de la servitude de passage pendant 10 ans » (par. 50).

Bref, cela fait beaucoup d’éléments qui jouaient en l’espèce en faveur du notaire. La juge a beau dire que celui-ci assume une obligation de moyens (par. 38-40), le résultat final se rapproche davantage, à notre avis, de l’intensité associée à une obligation de résultat.

Il existe toutefois des cas où la responsabilité du notaire est plus évidente. L’affaire *Laflamme c. Kapsa*⁴⁵, sur laquelle se portera maintenant notre attention, en est une illustration. Il s’agit en fait de la conclusion d’une longue saga judiciaire ayant nécessité deux jugements de la Cour supérieure, tous deux confirmés en appel.

La subdivision d’un lot situé dans la ville de Gatineau, propriété de Maurice Foley, est à l’origine de toute cette histoire. La subdivision opérée en 1940 avait eu pour conséquence la création d’un lot enclavé, au profit duquel une servitude de passage est prévue

45. *Laflamme c. Kapsa*, 2014 QCCA 391.

lorsqu'il est vendu à un dénommé Browne, en 1942. Voici le texte de la clause :

THIS SALE includes in favour of the purchaser, his successors, heirs and assigns and in favour of the other members of the family of the purchaser and friends a right of way, in common with the vendor his successors, heirs and assigns of a right of way for vehicles or otherwise through the residue of the said lot number 9 at the places indicated by the vendor, to communicate from the parcel of land presently sold to the Public Road ; including use of gates, and said gates shall be kept closed each time when used.⁴⁶

Sept ans plus tard (en 1949), le terrain bénéficiant du droit de passage est vendu à Henri Trudeau et il restera dans la famille jusqu'à la conclusion du litige. Quant au fonds servant, il demeurera la propriété de la famille Foley jusqu'en 1988. Ce n'est qu'en 1994 que son nouveau propriétaire, Robert Grenier, décide de subdiviser le terrain en deux pour créer les lots 9-54 et 9-55. Il entreprend des discussions avec la famille Trudeau afin de déplacer l'assiette du droit de passage, située au même endroit depuis 1949. Les parties s'entendent pour la placer sur le lot 9-55, lot qui sera peu après vendu à Jan Kapsa. L'acte de vente, passé devant le notaire Laflamme, contient pourtant une clause où le vendeur « declares that the immovable property is free of servitudes »⁴⁷. On comprend que les problèmes du notaire commencent là.

Lorsque Kapsa débute la construction de sa future résidence, il reçoit la visite d'un membre de la famille Trudeau, qui l'informe de son droit de passage sur la propriété. Persuadé du contraire en raison des termes du contrat d'acquisition du terrain, Kapsa n'y prête pas attention et installe même un puits au centre de l'assiette du droit de passage. Il sera donc surpris lorsqu'une action en reconnaissance de servitude, en injonction permanente et en dommages-intérêts sera déposée contre lui en 1997. Il sera encore plus surpris lorsque l'action sera accueillie en 2004⁴⁸. Comme l'écrit la Cour d'appel dans son arrêt confirmatif rendu deux ans plus tard, en traitant de la clause incluse au contrat originaire de 1942 : « L'écrit est suffisamment précis pour identifier le fonds dominant (le lot Trudeau), de même que le fonds servant (à l'époque, le résidu du lot 9) et pour établir que le droit de passage avait pour but de relier le

46. *Ibid.*, par. 3.

47. *Ibid.*, par. 6.

48. *Dennis Trudeau c. Sawdon*, J.E. 2004-1481 (C.S.). Sawdon s'était porté co-acquéreur du terrain à l'origine avec Kapsa, qui a par la suite racheté sa part.

lot Trudeau à la voie publique »⁴⁹. Nous ne commenterons pas davantage cette décision, qui relève de la chronique du droit des biens, si ce n'est pour dire que le notaire ayant reçu l'acte de vente de 1995 aurait pu être alerté par une série de facteurs propres à ce dossier :

- En présence d'un terrain enclavé, il est naturel de penser qu'une servitude réelle – et non personnelle – a été créée, sous peine de recréer le problème de l'enclave lors de la vente de l'un des terrains en présence ;
- Tant le vendeur (Grenier) que les voisins (Trudeau) sont convaincus de l'existence d'un droit de passage toujours valide en 1994, puisqu'ils entreprennent des discussions et concluent une entente afin d'en déplacer l'assiette ;
- Le terrain vendu à Kapsa le fut pour 10 000 \$ de moins que l'autre lot issu de la subdivision de 1994.

En tout état de cause, la reconnaissance d'une servitude grevant le lot de Kapsa ouvre grande la porte à un recours en justice contre le vendeur Grenier (tenu à la garantie contre l'éviction) et contre le notaire Laflamme (pour ne pas avoir su détecter l'existence de la servitude). C'est ce litige relatif au droit des obligations qui retiendra dorénavant notre attention.

Le juge de première instance condamne le notaire Laflamme tout en exonérant le vendeur Grenier⁵⁰ ; nous allons donc reprendre ces deux parties du jugement dans l'ordre, à la lumière de la décision de la Cour d'appel.

La faute commise par le notaire est résumée de la façon suivante par le juge de première instance :

Le Tribunal conclut que Laflamme, dans l'exécution de son mandat, a été téméraire, sinon négligent, en ne dénonçant pas à Kapsa et Sawdon à tout le moins, l'existence à une certaine époque de ce qu'il qualifiait de droit personnel et en ne poussant pas plus loin ses recherches. Sa responsabilité est donc engagée.⁵¹

49. *Sawdon c. Dennis-Trudeau*, 2006 QCCA 553, par. 41.

50. *Dennis Trudeau c. Sawdon*, 2011 QCCS 4695.

51. *Ibid.*, par. 44.

On notera que ce n'est pas tant la mauvaise qualification de la servitude qui est l'élément déterminant en l'espèce, mais plutôt la conduite du notaire qui, totalement certain que son opinion soit la seule valable, refuse d'envisager d'autres hypothèses et surtout enferme les acheteurs dans un faux sentiment de sécurité. On retrouve ici le même reproche que celui adressé par la Cour suprême au notaire qui avait fermement conseillé à des promettants-acheteurs de ne pas acquérir un immeuble, alors qu'ils « n'ont pas été avisés des répercussions légales que pourrait avoir une décision de ne pas donner suite à la vente »⁵². On n'a voulu retenir de cette affaire *Roberge* que la condamnation prononcée malgré le respect de la « pratique notariale courante » par le notaire, alors que c'est l'avis trop tranché, donné sans plus d'explications à ses clients, qui est à l'origine de la condamnation. On retrouve le même processus décisionnel dans l'affaire *Laflamme*.

La faute du notaire n'est d'ailleurs plus remise en cause en appel, le débat portant sur l'absence de lien de causalité entre cette faute et les dommages subis par Kapsa. En effet, ce dernier avait été averti – verbalement – par un membre de la famille Trudeau de l'existence du droit de passage, alors que les travaux de construction n'avaient pas encore commencé. On pourrait donc penser que cette prise de conscience de l'existence du droit de passage rompt, à partir de ce moment, tout lien entre la faute du notaire et les dommages subséquents qui découleront de la poursuite des travaux. La Cour d'appel n'est pas de cet avis :

Sur la foi du conseil du notaire et de la déclaration de M. Grenier, M. Kapsa croyait, à tort, que le terrain était libre de toute servitude (sauf pour le droit de passage à pied au profit de M. Hett). Cette croyance erronée l'a amené à subir un préjudice entre le moment où le notaire a donné son conseil fautif et le moment où M. Kapsa a appris la vérité, c'est-à-dire qu'une servitude au profit du terrain voisin Trudeau traversait l'immeuble acheté de M. Grenier. Le lien causal entre la faute et le préjudice est ainsi établi dans les faits. Pendant cette période, M. Kapsa a subi des pertes en raison de la confiance qu'il avait dans l'opinion du notaire fautif, notamment en creusant un puits artésien dans l'assiette de la servitude.⁵³

Le professionnel du droit, c'est le notaire, et il est normal que son client se fie davantage à son opinion qu'à l'alerte exprimée par

52. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, par. 192.

53. *Laflamme c. Kapsa*, 2014 QCCA 391, par. 39.

un voisin. Quant à la « déclaration de M. Grenier » (le vendeur), elle ne permet pas davantage au notaire d'échapper à sa responsabilité :

[48] En effet, avant la vente, M. Grenier était plutôt incertain sur la nature juridique du chemin de passage qu'il dénonçait aux futurs acheteurs. À sa connaissance, toutefois, il n'y avait pas de droit « inscrit » ou de « servitude légale » sur le terrain. Devant cette incertitude, les parties sont allées consulter le notaire Laflamme – le notaire utilisé par M. Grenier pour d'autres transactions visant le même terrain – avant la conclusion de la vente pour y voir clair. Le notaire leur a dit qu'il n'y avait pas de servitude réelle inscrite contre le terrain. Il explique plutôt qu'un M. Browne – l'auteur des Trudeau – a créé un droit de passage sous forme de « servitude personnelle » en 1942 mais que ce droit était éteint depuis 1949, date à laquelle M. Browne transfère le terrain à M. Trudeau, père. Le notaire Laflamme confirme qu'il a donné cette opinion aux deux parties avant la vente.

[49] M. Grenier se fie donc au conseil du notaire quand il fait la déclaration à l'acte de vente du 6 juillet 1995 selon laquelle il n'y a pas de servitude grevant l'immeuble [...].⁵⁴

Encore ici, on peut y voir une conséquence de l'expertise dont dispose le notaire et de ses conséquences sur le plan juridique. On ne peut demander au vendeur d'un immeuble, profane en droit, de se prononcer sur l'existence d'une servitude ; c'est au notaire qu'incombe cette tâche. Tout ce qu'on demande au vendeur, c'est de ne pas mentir, et Grenier a ici fait preuve de retenue et de franchise dans ses déclarations aux acheteurs.

C'est la même logique qui explique la décision de ne pas tenir le vendeur Grenier pour responsable de la présence de la servitude, en application des règles relatives à la garantie contre l'éviction. En effet, l'article 1723 C.c.Q. prévoit que « [l]e vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien est libre de tous droits, à l'exception de ceux qu'il a déclarés lors de la vente », alors que Grenier déclare qu'il n'existe aucune servitude affectant son terrain, dans l'acte de vente : on pourrait donc penser que la règle de l'article 1723 C.c.Q. est ici transgressée. Pourtant, le juge de première instance et la Cour d'appel sont d'accord pour dire que « dans la garantie du droit de propriété, le vendeur n'a pas à supporter les conséquences de la négligence du notaire instrumentant »⁵⁵.

54. *Ibid.*, par. 48-49.

55. *Ibid.*, par. 88.

Qu'elle semble loin l'époque où la théorie de la subsidiarité permettait au notaire d'échapper à sa responsabilité en se retranchant derrière un manquement du vendeur, notamment en matière de garantie contre l'éviction. On peut même affirmer que la règle a été retournée et que la faute du notaire instrumentant peut aujourd'hui permettre au vendeur d'échapper à son obligation de garantie.

Pour aller plus loin

À la différence de l'affaire commentée dans la section précédente, la déclaration erronée du vendeur Grenier, dans l'acte de vente, n'a aucun effet exonératoire pour le notaire. Il n'y a pourtant aucune contradiction entre les deux décisions. Dans l'affaire *Laflamme*, il n'existe aucune preuve de mauvaise foi de la part du vendeur Grenier, qui n'a nullement fait sa déclaration sur la servitude dans le but de tromper son cocontractant et ainsi l'amener à conclure le contrat. C'est ce que la Cour d'appel reconnaît en disant que « M. Grenier n'a pas caché, par dol, l'existence de la servitude »⁵⁶. Il en va tout autrement du vendeur Bélisle qui, en déclarant n'avoir reçu aucun avis d'infraction de la part d'une autorité compétente, induisait consciemment son cocontractant en erreur.

Comme nous l'avons écrit plus tôt, la fraude corrompt tout et la réticence du vendeur Bélisle pouvait expliquer, dans l'affaire précédente, que la nullité de la vente soit prononcée. En l'espèce, il n'est pas question d'annuler le contrat mais plutôt d'obtenir des dommages-intérêts pour les inconvénients créés par la découverte de la servitude : il est normal que le notaire assume le poids de cette condamnation.

Une situation toute simple en droit français

La situation à l'origine de toute cette saga judiciaire (il aura fallu près de 20 ans pour régler les différentes dimensions de ce dossier) est propre au Québec. En France, le problème ne se présenterait pas de cette manière puisque l'opposition entre les servitudes réelles et les servitudes personnelles ne se pose pas de cette manière.

Le contentieux relatif à la qualification des servitudes est à peu près inexistant en France, parce que les notaires ne créent pas de

56. *Ibid.*, par. 82.

démembrements innomés de la propriété. Pour le notaire français, il n'existe que quatre démembrements de la propriété : usufruit, droit d'usage, emphytéose et servitude, étant entendu que l'on réfère alors à la servitude réelle puisque l'expression « servitude personnelle » est inconnue dans ce pays. Il n'y a donc aucune confusion possible à ce niveau et le notariat québécois pourrait s'inspirer de la solution française en réservant le terme *servitude* aux seules servitudes réelles et en s'assurant de la présenter clairement, avec un titre approprié. Cela ne règle évidemment pas les problèmes de qualification pour les servitudes inscrites dans les actes antérieurs mais on mettrait fin aux incertitudes pour l'avenir.

Un autre facteur expliquant la simplicité de la situation française est qu'il était interdit, avant 2013, de déroger au *numerus clausus* des démembrements établis par le législateur et de créer un droit réel innommé. La Cour de cassation⁵⁷ a ouvert la porte dans un arrêt rendu le 31 octobre 2012 mais comme les notaires ont pris l'habitude de désigner explicitement le droit réel qu'ils entendent créer, les risques de confusion sont faibles avec une « obligation personnelle » qui prendrait fin avec la vente de l'immeuble par son bénéficiaire.

4. Quand un pacte de préférence ne permet pas de marquer sa préférence

Dans le langage courant, accorder sa préférence à quelqu'un a une connotation éminemment personnelle et marque – c'est le cas de le dire – sa préférence pour une personne parmi d'autres. Si au surplus cette préférence est exprimée dans un pacte officiel, on atteint alors le summum de l'affection que l'on porte à la personne choisie.

En droit, le *pacte de préférence* a un sens beaucoup moins « affectif » et il est tout à fait possible que le bénéficiaire du pacte ne soit pas celui qui avait été désigné à l'origine. Une décision de la Cour supérieure⁵⁸ met en lumière cette portée du pacte de préférence et permettra d'attirer l'attention du notaire soucieux de traduire exactement la volonté des parties. Le *droit de premier refus*,

57. Civ. 3^e, 31 oct. 2012, *Bull. civ.* III, n^o 1285 : « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ».

58. 9068-6767 *Québec inc. (Proposition de)*, 2014 QCCS 3042.

appellation couramment employée dans les contrats en lieu et place du pacte de préférence, rend probablement mieux compte du caractère non personnel de la notion.

L'entreprise 9068-6767 Québec inc. est propriétaire d'un immeuble commercial situé à Drummondville, qu'elle loue à différents commerçants. À la suite de sa faillite survenue en juillet 2013, un séquestre est nommé afin d'assurer la transition dans le cadre de la liquidation des actifs de l'entreprise. C'est ainsi que moins de deux semaines après la faillite de l'entreprise, un bail concernant l'immeuble commercial est signé entre le séquestre (dûment autorisé par la Cour) et Khrome Puissance Transmission inc. Le même jour, les parties concluent une promesse d'achat-vente relative à l'immeuble, qui renferme la clause suivante :

6. DROIT DE PREMIER REFUS

Malgré la présente promesse d'achat, si le Vendeur reçoit une offre d'achat d'un tiers visant l'Immeuble pendant la Durée du bail telle que définie au bail intervenu ce jour entre les Parties, il doit, préalablement à l'acceptation d'une telle offre, offrir à l'Acquéreur la possibilité de se porter acquéreur de l'Immeuble aux mêmes prix, conditions et modalités que ceux contenus dans l'offre. L'Acquéreur bénéficiera d'un délai de dix (10) jours à compter de la réception de l'offre ainsi reçue par le Vendeur afin de lui faire connaître son choix d'acquérir ou non l'Immeuble. À défaut de répondre dans le délai imparti, l'Acquéreur sera réputé refuser d'exercer son droit de premier refus.⁵⁹

Comme l'indique la juge Hardy-Lemieux au paragraphe 15 du jugement, « [d]iverses offres d'achat plus ou moins sérieuses sont transmises au syndic au cours de l'automne 2013 et au début de l'hiver 2014 »⁶⁰. Coupons court à toutes ces procédures pour en arriver à l'essentiel de notre propos. Une offre de 2,1 M \$ est déposée par une entreprise (9005-1798 Québec inc.) et est dûment transmise à Khrome, qui choisit d'exercer son droit de premier refus dans le délai imparti. Le problème vient du fait que l'offrant (9005) sait fort bien que Khrome veut en réalité que cette transaction soit réalisée par une nouvelle compagnie à être formée, d'où la requête en jugement déclaratoire déposée en Cour supérieure. Selon 9005-1798 Québec inc., le droit de premier refus n'est pas transférable et son offre doit donc être acceptée par le syndic. La juge Hardy-Lemieux lui donne tort.

59. *Ibid.*, par. 14.

60. *Ibid.*, par. 15.

Si l'on retourne au texte de la clause 6 du contrat, il n'y a pourtant rien qui prévoit la transmissibilité de ce droit de premier refus. Au contraire, on y parle de l'*acquéreur* en se référant à l'évidence au signataire du contrat, tout en précisant qu'il doit informer le promettant-vendeur de « son choix d'acquérir ou non l'Immeuble ». De plus, la promesse d'achat-vente est clairement établie en lien avec le bail consenti ; on pourrait donc penser que seul le locataire est bénéficiaire du pacte de préférence. La décision de la juge Hardy-Lemieux est pourtant en phase avec la jurisprudence établie sur cette question.

Ainsi, dans une affaire où le locataire d'un espace commercial, bénéficiaire d'un droit de premier refus, avait cédé à un tiers (à titre onéreux) les droits résultant de ce pacte de préférence, le propriétaire plaidait que « le droit de préférence était accordé au Locataire, en propre, « *intuitu personæ* » et qu'il n'était donc pas cessible »⁶¹. Le juge Lemelin résume parfaitement la solution applicable dans le passage suivant :

[...] la nature du droit de préférence et l'obligation qu'il crée pour le promettant peut en faire un droit cessible au même titre qu'un autre droit de créance dont la cession est permise et régie par les articles 1637 et suivants du *Code civil du Québec*. L'article 1641 C.c.Q. prévoit que la cession est opposable au débiteur dès que ce dernier y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie de l'acte de cession. L'opposabilité ne requerrait pas le consentement du débiteur de l'obligation.⁶²

En effet, s'il est possible de céder la créance que l'on possède contre quelqu'un sans son consentement (il suffit, en cas de refus de sa part, de lui faire parvenir un extrait pertinent de l'entente intervenue avec le tiers cessionnaire), la même solution est applicable au droit conditionnel qui résulte d'un pacte de préférence. Le caractère *intuitu personæ* des relations contractuelles, qui constituait le fondement du droit romain des contrats et représentait une forme juridique de l'esclavage, a depuis longtemps été abandonné à titre de principe général : la cession de créance en est la meilleure preuve. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un droit ne peut être cédé, par exemple en matière de « violation d'un droit de la personnalité », où le

61. 9099-7594 *Québec inc. c. Les Investissements Imqua inc.*, [2001] R.D.I. 466 (C.S.), par. 23.

62. *Ibid.*, par. 46. La même solution avait été dégagée sous le *Code civil du Bas Canada*, notamment dans l'affaire *St-Laurent c. Ouellet*, [1984] C.A. 124, dont le juge Lemelin cite les passages pertinents aux paragraphes 41 à 43 de son jugement.

« droit à des dommages-intérêts est incessible » (art. 1610 al. 2 C.c.Q.). Il est donc logique, *a fortiori* en matière commerciale, que le caractère cessible des droits soit la règle et l'incessibilité, l'exception.

Au final, pour en revenir à la décision de la juge Hardy-Lemieux, le passage-clé pour le notaire, rédacteur de contrats, est le suivant :

[30] En résumé, le Tribunal retient que le droit de transmettre un pacte de préférence est la règle et que son impossibilité de cession est l'exception. La restriction à la cessibilité de ce droit repose sur l'intention des parties tels que la preuve et les documents le révèlent.⁶³

Le rédacteur du pacte peut éviter bien des problèmes en indiquant clairement le caractère cessible ou non de ce droit de premier refus. Si cela avait été fait dans l'affaire commentée, on aurait probablement évité un procès et les délais que cela implique.

Pour aller plus loin

Le pacte de préférence est certes un outil intéressant pour celui qui en bénéficie, mais la protection doit être mesurée à l'aune de la bonne foi du promettant. Si ce dernier, faisant fi du droit de premier refus qu'il a consenti, vend l'immeuble à un tiers, l'avantage pour le bénéficiaire du pacte se ramènera à un recours en dommages-intérêts et non à une action en revendication :

Art. 1397 C.c.Q. Le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier.

Il en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence.

On notera que le concert frauduleux entre le promettant et le tiers ne permet pas de mettre de côté la règle de l'opposabilité du contrat fait en violation du pacte de préférence ; le seul « avantage » pour le bénéficiaire privé du droit conféré par le pacte est de pouvoir poursuivre en dommages son cocontractant *et* le tiers impliqué.

63. 9068-6767 *Québec inc. (Proposition de)*, préc., note 58, par. 30.

Cette solution peut surprendre alors que la bonne foi est érigée au rang de valeur cardinale du droit des obligations, devant « gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution » (art. 1375 C.c.Q.). Le second alinéa de l'article 1397 a d'ailleurs modifié la solution retenue sous le *Code civil du Bas Canada*⁶⁴ : le choix du législateur en faveur de la stabilité des conventions est ici manifeste. Et puisqu'il n'est pas possible d'enregistrer un pacte de préférence afin de le rendre opposable aux tiers⁶⁵, on réalise que la protection du bénéficiaire du pacte est toute relative. Le notaire soucieux d'informer complètement son client pourra lui en glisser un mot... hors la présence du promettant, s'il veut éviter de soumettre ce dernier à la tentation.

La solution du droit français

Notre malaise face à la situation où le bénéficiaire d'un pacte de préférence est floué, en toute connaissance de cause, par le promettant et un tiers acquéreur qui connaît l'existence du pacte, trouve en tout cas un écho en droit français. Le professeur Rémy Cabrillac résume parfaitement l'évolution jurisprudentielle sur le sujet, en l'absence d'une disposition législative équivalente à notre article 1397 C.c.Q. :

La jurisprudence traditionnelle considérait qu'un pacte de préférence faisait naître une obligation de faire, insusceptible d'exécution forcée, qui ne pouvait en principe déboucher que sur des dommages-intérêts, mais elle admet aujourd'hui la substitution du bénéficiaire au contractant de mauvaise foi, c'est-à-dire qui connaissait l'existence du pacte de préférence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.⁶⁶

Le texte formel de l'article 1397 C.c.Q. empêche la jurisprudence québécoise d'adopter une solution semblable. Au vu des nombreux litiges générés par l'application de la règle, dont nous avons

64. Voir *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 20 : « Le droit ancien reconnaît, dans certains cas, au bénéficiaire d'un pacte de préférence le droit d'exiger en nature du promettant et du tiers qui, de mauvaise foi et à la suite de manœuvres frauduleuses, ont conclu un contrat en violation de son droit. Le droit nouveau rejette cette mesure. »

65. L'article 2966 C.c.Q. concerne l'action en passation de titre qui découle d'un tel pacte mais non le droit lui-même, la préinscription ne pouvant par ailleurs être faite que si le bien visé par le pacte appartient toujours au promettant.

66. Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 473, p. 364. L'auteur renvoie à l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006 : D. 2006. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy.

fait état dans des chroniques antérieures, nous sommes loin d'être convaincu que la solution actuelle du droit positif soit la bonne.

Conclusion : toutes les conséquences de ta faute tu paieras

À mi-chemin de la chronique de l'année dernière, nous avons résumé une affaire où le Fonds d'assurance responsabilité de la Chambre des notaires s'en tirait au final plutôt bien, malgré la reconnaissance de quatre fautes distinctes de la part de son assurée, une notaire pratiquant sur la rive sud de Montréal⁶⁷. Il s'agissait du recours intenté par un retraité qui prêtait des sommes d'argent avec une garantie hypothécaire de deuxième ou de troisième rang et qui n'avait pu recouvrer son investissement, à la suite de la faillite de l'emprunteur, en raison notamment du défaut d'enregistrement de l'un des actes de prêt.

Comme l'indique le juge Chamberland : « Les fautes – nombreuses – commises par la notaire Léger sont clairement identifiées par la juge de première instance et elles ne font plus l'objet d'un débat en appel »⁶⁸. On comprend donc que ce n'est pas elle qui a porté la décision en appel mais bien le prêteur déçu, insatisfait d'une victoire à la Pyrrhus : malgré la preuve de fautes multiples de la notaire, il avait dû se contenter d'une indemnité inférieure à 10 000 \$ alors que ses pertes s'établissaient dans les six chiffres. La juge de première instance avait en effet conclu que sa conduite n'avait pas été suffisamment prudente et qu'il avait largement contribué à l'aggravation de ses dommages *après* avoir été informé des erreurs de la notaire.

C'est ici que la Cour d'appel choisit d'intervenir, le juge Chamberland « estim[ant] que la juge de première instance a exigé de l'appelant plus que ce que l'on aurait été en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances, en termes d'efforts pour mitiger ses dommages »⁶⁹. On sait en effet que « [l]a personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter » (art. 1479 C.c.Q.). C'est par application de cette règle que la juge de première instance avait conclu qu'une large por-

67. *Geffard c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, 2012 QCCS 3179.

68. *Geffard c. Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 911, par. 48.

69. *Ibid.*, par. 8.

tion des dommages subis par le prêteur Geffard (« la victime ») était le résultat de son laxisme à protéger ses droits.

Le juge Chamberland ne voit pas les choses du même œil. Ainsi, en ce qui concerne l'immeuble à l'égard duquel l'acte de prêt n'a pas été publié au registre foncier en temps opportun, il souligne d'abord qu'« il ne faut pas perdre de vue que c'est la faute de la notaire Léger qui est à l'origine de la situation inconfortable dans laquelle il s'est trouvé »⁷⁰, pour ensuite conclure :

[63] Ceci étant, l'appelant [Geffard] n'est pas resté à rien faire. La juge le note d'ailleurs dans son récit des faits, il consulte un avocat spécialisé en droit immobilier (paragr. 15). Peut-on lui reprocher de ne pas avoir protégé son hypothèque, par exemple en désintéressant le tiers créancier hypothécaire ? Je ne le crois pas. Il lui aurait fallu déboursé une somme considérable (plus de 165 000 \$, sans compter les frais afférents à une telle démarche) à une époque où il se croyait toujours créancier hypothécaire de premier et de second rang sur l'immeuble St-Thomas.

[64] Peut-on par ailleurs lui reprocher de ne pas avoir cherché à obtenir de M. Rousseau une nouvelle hypothèque sur cet immeuble dont il était devenu propriétaire, à son insu, quelques mois plus tôt ? Je ne le crois pas non plus. Les résultats d'une telle démarche sont purement hypothétiques par rapport à la sécurité que procuraient à l'appelant les deux hypothèques de qualité qu'il croyait détenir sur l'immeuble St-Thomas.⁷¹

Le fait que le prêteur ait été un homme peu instruit, plâtrier de son métier et qui n'avait commencé à prêter de l'argent qu'à sa retraite, a probablement eu une certaine influence sur l'appréciation du caractère raisonnable de sa conduite. On n'aurait probablement pas fait preuve de la même mansuétude en présence d'un prêteur institutionnel. Il n'en reste pas moins que le fardeau de prouver le caractère déraisonnable de la conduite de la victime repose sur les épaules du débiteur (en l'espèce, la notaire fautive) et que le test est exigeant :

[80] Il faut prendre garde de ne pas transformer l'obligation de tout créancier de minimiser les dommages en obligation de réparer la faute du débiteur. Le critère doit toujours demeurer celui de la personne

70. *Ibid.*, par. 62.

71. *Ibid.*, par. 63-64.

raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances.⁷²

Au final, la décision de première instance est confirmée sur la question de la responsabilité mais avec des conséquences beaucoup plus lourdes pour le Fonds d'assurance. En Cour supérieure, la condamnation s'établissait à 8 423,79 \$, soit le montant représentant les honoraires extrajudiciaires engagés par M. Geffard pour faire valoir son rang de créancier hypothécaire concernant l'un des immeubles en cause. L'arrêt de la Cour d'appel porte la condamnation à 150 806,45 \$ afin d'inclure le solde des montants prêtés que M. Geffard n'a pu récupérer. Voilà qui ne contribuera certes pas à réduire la prime moyenne d'assurance responsabilité des notaires québécois mais, doit-on le rappeler, la comparaison avec la situation des notaires français demeure tout à notre avantage...

72. *Ibid.*, par. 80.