Document généré le 12 oct. 2024 05:51

Les Cahiers de droit

La commercialité des immeubles : une théorie en construction

Nabil N. Antaki

Volume 19, numéro 1, 1978

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042229ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042229ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Antaki, N. N. (1978). La commercialité des immeubles : une théorie en construction. *Les Cahiers de droit*, *19*(1), 157–176. https://doi.org/10.7202/042229ar

Résumé de l'article

Until recently, the rule in Quebec was that an immoveable could not be the object of a commercial operation. For many years, this anachronic rule had major effects on a number of key sectors of the law. Although unanimously criticised by academics, it was still largely applied by the courts.

In 1965, a new trend appeared with the key decision of *Colonia Development* v. *Belliveau*, according to which the Court of Appeal departed for the first time from the traditional pattern, applying a new test wholly based on the purpose of the parties in entering into the agreement and refraining, by the same way, from holding that contracts in respect to immoveables were *per se* a civil matter. Three recent decisions of the Court of Appeal confirmed this precedent and applied it to situations involving different aspects of immoveable transactions.

These decisions repeatedly adopted the purpose test definitely prefering the subjective approach to commercial activities over the objective one. This settled another important controversy between academics.

After a general review of the situation since the *Colonia Development* case, the article spots a new dark area in the field and tries to draw a new line between civil and commercial transactions, especially when an immoveable is concerned.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1978

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La commercialité des immeubles : une théorie en construction

Nabil N. ANTAKI*

Until recently, the rule in Quebec was that an immoveable could not be the object of a commercial operation. For many years, this anachronic rule had major effects on a number of key sectors of the law. Although unanimously criticised by academics, it was still largely applied by the courts.

In 1965, a new trend appeared with the key decision of Colonia Development *v.* Belliveau, *according to which the Court of Appeal departed for the first time from the traditional pattern, applying a new test wholly based on the purpose of the parties in entering into the agreement and refraining, by the same way, from holding that contracts in respect to immoveables were* per se *a civil matter. Three recent decisions of the Court of Appeal confirmed this precedent and applied it to situations involving different aspects of immoveable transactions.*

These decisions repeatedly adopted the purpose test definitely preferring the subjective approach to commercial activities over the objective one. This settled another important controversy between academics.

After a general review of the situation since the Colonia Development *case, the article spots a new dark area in the field and tries to draw a new line between civil and commercial transactions, especially when an immoveable is concerned.*

Pages

1. La situation jusqu'en 1965 159
2. *Colonia Development v. Belliveau* 162
3. Les premières décisions après *Colonia Development* 166
4. Les décisions récentes de la Cour d'appel 168
5. Bilan et prospective 172

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval, Conseiller en lois au Barreau de Québec.

L'esprit cartésien du juriste formé à l'école du Droit civil est depuis longtemps torturé par un certain nombre de questions relatives au domaine du droit commercial. Est-ce que le droit commercial est un droit objectif ou est-il plutôt un droit subjectif ? Comment résoudre le dilemme des deux définitions fondamentales qui veulent qu'un commerçant soit celui dont « la profession habituelle est de faire des actes de commerce » et qu'un acte de commerce soit « l'acte passé par le commerçant dans le cadre de sa profession ? » Pourquoi, rationnellement, un immeuble ne peut-il pas être l'objet d'un acte de commerce ? Pourquoi cette dichotomie, meubles/immeubles, dans le droit commercial ?

Il ne nous revient pas, dans le cadre de ce petit article, de retracer les origines de cette situation fâcheuse, ni de rappeler l'intérêt pratique qu'il y a à trouver des solutions satisfaisantes à ces questions importantes. Ces questions forment l'essence même de la théorie de la commercialité et ont été très bien exposées par la doctrine la plus récente[1]. Nous n'entendons ici reprendre la question que depuis 1965, et de l'endroit où l'avaient laissé ceux qui nous ont précédé en dernier.

Trois décisions de la Cour d'appel[2] viennent de mettre fin à des décennies d'incertitude, en déclarant de la manière la plus nette possible que les immeubles, tout comme les meubles, pouvaient faire l'objet de transactions commerciales, terminant ainsi l'évolution déjà amorcée dans *Colonia Development* v. *Belliveau*[3] et mettant fin au flottement jurisprudentiel qui a suivi cette décision. Par ailleurs, ces décisions ont opté aussi, très clairement, pour une approche subjective du droit commercial, remettant en cause, par le fait même, l'équilibre instable et équivoque qui semblait avoir été atteint malgré la confusion des principes, relativement aux options de base qui s'offraient aux juristes entre l'approche objective

1. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, Montréal, Éd. Thémis, 1975; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1975; J. GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965-66) 7 *C. de D.* 84; L. LILKOFF, « Le Code civil et l'autonomie du droit commercial », (1966) 44 *R. du B. Can.* 443; L. LILKOFF, « Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.* 534. Sur la question plus précise de la commercialité des immeubles : J.W. DURNFORD, « Can an Immoveable Be the Object of a Commercial Operation ? », (1965) 11 *McGill L.J.* 310; J.W. DURNFORD, « Another Step Towards Immoveables Being Objects of Commercial Operations », (1968) 14 *McGill L.J.* 290. Il ne nous a pas paru nécessaire, dans le cadre de cette étude de référer systématiquement aux grands traités classiques.
2. *Kenscol Properties Ltd v. Security Real Estate Co. Inc.*, C.A. Mtl, n°. 09-001035-740, 23 septembre 1976; *Lefebvre v. Therrien*, C.A. Qué., n°. 200-09-534-74, 30 mai 1977; *Les Entreprises Pabi Inc. v. Cassulo & Copeman Inc.*, C.A.Qué., no. 200-09-000058-77, 14 septembre 1977.
3. [1965] B.R. 161.

ou subjective. Ces décisions offrent ainsi la possibilité de fonder le droit nouveau sur des assises plus stables, mais exigent une période d'adaptation qui pourrait s'avérer assez longue. Les modifications juridiques, occasionnées par ce branle-bas général pourraient atteindre une ampleur qu'il est encore difficile de mesurer, même avec une certitude relative.

Après avoir rappelé très rapidement la situation juridique des immeubles avant *Colonia Development*, nous analyserons cet arrêt avant de commenter les décisions subséquentes dans le domaine et, notamment, les décicions récentes de la Cour d'appel. Finalement, nous essayerons de déterminer les implications de cette nouvelle théorie et de tirer certaines conclusions très fragmentaires quant aux conséquences de l'approche subjectiviste adoptée si clairement par les tribunaux. Il nous a semblé que l'étude chronologique des décisions de ces dernières années nous permettait de mieux présenter les différentes étapes de l'évolution.

1. La situation jusqu'en 1965

Avant la décision rendue par la Cour d'appel de Montréal en 1965 dans l'affaire *Colonia Development v. Belliveau*[4], et sauf de rares exceptions[5], il était entendu qu'en principe, les immeubles ne pouvaient pas être directement l'objet de transactions commerciales[6]. Cette réalité ne manquait pas de critiques, à cause de son manque de fondement dans notre système juridique et de l'absence de justification économique. Les solutions traditionnelles étaient acceptées avec réserve, même par les auteurs classiques[7]. La doctrine récente a été unanime à suggérer un revirement de la jurisprudence[8].

Les exceptions à ce principe traditionnel étaient nombreuses, mais ne faisaient pas l'unanimité. Les solutions étaient souvent incertaines et le fondement théorique des décisions était parfois difficile à cerner. La plupart des exceptions référaient à la théorie de l'accessoire, mais il est préférable de nuancer davantage les différentes situations.

4. *Ibid.*
5. *Gamma Realty Ltd v. Brummer*, [1962] C.S. 607.
6. Pour une revue de la situation durant cette époque, voir N. L'HEUREUX, *supra.*, note 1, pp. 52 et ss.; J.W. DURNFORD, « Can an Immoveable Be the Object of a Commercial Operation ? », (1965) 11 *McGill L.J.* 310, 311; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, tome 1, Montréal, LÉVESQUE, no. 314 et ss., pp. 325 et ss.. Il est assez remarquable que les auteurs classiques, en faisant cette affirmation sentaient le besoin de nuancer leur pensée.
7. P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome 6, Montréal, THÉODORET, 1902, p. 63.
8. *Cf. supra* note 1.

La première exception, et la plus généralement admise, concerne les cas où l'immeuble est un élément simplement accessoire dans une opération par ailleurs commerciale, lorsque les éléments mobiliers sont plus importants[9]. Pour appliquer cette théorie, il faut évaluer les différents éléments qui constituent l'objet du contrat[10], et refuser d'accepter l'immeuble comme accessoire si sa valeur (ou son prix) est supérieur à celui des éléments mobiliers[11]. Certains ont aussi suggéré de distinguer entre les cas où, dans le contrat, on a prévu deux prix distincts et ceux où on n'aurait prévu qu'un seul prix[12]. Le test à appliquer dans ce cas reste néanmoins celui de la divisibilité ou non du contrat[13]. Par définition, selon cette théorie, l'immeuble concerné ne peut être, en soi, l'objet d'un contrat commercial.

La deuxième exception concerne les contrats où l'élément immobilier sert à favoriser l'activité générale d'un commerçant, sans être en soi destiné à la spéculation directe, à l'entremise ou à la circulation[14]. Lorsqu'on rattache l'activité immobilière, principalement, à l'activité du commerçant, on applique un critère plutôt objectif et on subit les limites de la théorie de l'accessoire au sujet de l'exception précédente. Mais les conséquences peuvent être même plus graves encore puisque le rattachement à la théorie de l'accessoire est plus artificiel. Ainsi, dans un cas où un commerçant avait fait agrandir le local dans lequel il exerçait son commerce pour y loger un salon de modes, la Cour a reconnu que le contrat aurait pu être commercial pour le commerçant si les travaux entrepris l'avaient été entièrement ou principalement en vue du commerce, mais a décidé, en l'occurrence, que le contrat était civil puisqu'il n'avait « pas été établi que le salon de modes fut la partie principale de l'entreprise »[15]. Selon cette logique, la construction d'un nouveau local pour y déménager le commerce si, par exemple, le coût de construction dépasse la valeur de l'inventaire habituel, ce qui est souvent le cas, ainsi que toute tentative d'agrandir un magasin pour introduire une nouvelle ligne commerciale ou une nouvelle activité, sont des activités civiles. Le seul acte immobilier commercial que le commerçant pourrait faire est l'acte par lequel il décide de favoriser sa ligne commerciale la plus importante, à l'exception de toute autre activité. Cette approche de la commercialité est pour le moins anti-commerciale.

9. J.W. DURNFORD, *supra.*, note 6, p. 319; PERRAULT, *id.*, p. 339.
10. *Massé v. McEvilla*, (1895) 4 B.R. 197.
11. *Malo v. Laliberté*, [1958] R.L. 321. (C.S.)
12. Cf. A PERRAULT, *supra.*, note 6, no. 323 suite, p. 338.
13. *Massé v. McEvilla, supra.*, note 10, p. 200.
14. *Blais v. Paradis*, (1933) 54 B.R. 495.
15. *Boivin v. Paquet*, (1914) 46 C.S. 461, 462.

Le seul moyen d'éviter cette approche mathématique, irrationnelle dans ce cas particulier, aurait consisté à rattacher l'activité immobilière non pas à une activité particulière du commerçant, mais à sa qualité générale de commerçant par le biais d'un critère plutôt subjectif. Cette approche subjective avait été acceptée par les tribunaux dans le cas de la vente d'un fonds de commerce comprenant ou non un immeuble[16]. Malheureusement, des décisions plus récentes ont mal interprété cet arrêt en préférant y voir une application de la théorie de l'acte de commerce « par nature »[17], théorie difficilement soutenable dans le droit de la Province[18] sur ce point au moins.

Une autre limite à l'approche de la commercialité des immeubles par le chemin des exceptions et la voie de l'accessoire est l'opinion que cette théorie, quelle que soit l'importance de l'élément de rattachement principal — qu'il soit objectif ou subjectif — n'a pas le moyen de transformer un élément de nature civile en un élément commercial, même accessoirement[19]. Ceci a amené les auteurs classiques à faire des nuances intéressantes[20].

La troisième exception au principe général concerne les cas où l'objet réel de la transaction n'est pas l'immeuble concerné, mais la fourniture d'un service[21]. Ainsi, on pourrait dire que pour l'entrepreneur en construction, l'objet d'un contrat de construction n'est pas l'immeuble à construire, mais le service d'entreprise de construction, et l'objet d'un contrat de courtage immobilier n'est pas la vente de l'immeuble, mais le service à rendre en rapprochant vendeur et acquéreur[22].

Malgré ces exceptions, le principe demeurait que l'immeuble, en soi, ne pouvait pas être l'objet d'une transaction commerciale[23]. Ainsi le

16. Dans *Massé v. McEvilla*, (1895) 4 B.R. 197, 199, il a été dit : « Je n'ai guère de doute que l'achat d'un fonds de commerce, fait par un commerçant d'un commerçant, comme dans l'espèce, ne soit un acte commercial ». Cependant après cette affirmation de principe, la Cour a étudié la valeur respective des différents éléments du contrat.
17. La Cour supérieure dans *Aluminium of Canada v. Selig*, [1952] C.S. 455, 458, et plus tôt, la Cour d'appel dans *National Cash Register v. Demetre*, (1905) 14 B.R. 68, 69, se sont appuyées sur *Massé v. McEvilla, supra*, note 16, pour conclure que la vente d'un fonds de commerce était une affaire commerciale par nature. Cet arrêt fut cité dans le même sens dans *Malo v. Laliberté*, [1958] R.L. 321, 326. (C.S.).
18. *Cf.* L. LILKOFF, « Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.* 534. *Cf.* cependant J. GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965-66) 7 *C. de D.* 84.
19. *Bell Telephone Co. of Canada v. Dame Lefrançois*, [1952] B.R. 101.
20. *Cf.* A. PERRAULT, *supra.*, note 6, par. 325, p. 339.
21. *Blais v. Paradis, supra.*, note 14, p. 502.
22. *Cf.*, J.W. DURNFORD, *supra.*, note 6, pp. 324-325.
23. *Id.*, p. 318.

promoteur immobilier, les sociétés immobilières et tout autre spéculateur en immeubles, contrairement à leurs concurrents dans le domaine mobilier, étaient régis par le régime juridique des transactions de nature civile et leurs co-contractants, parfois plus faibles et plus vulnérables, ne pouvaient pas utiliser contre eux certaines armes juridiques efficaces comme la preuve testimoniale.

En 1965, une décision importante devait mettre en marche la machine de l'évolution et jeter les fondements de la nouvelle théorie de la commercialité des immeubles.

2. Colonia Development v. Belliveau[24]

La compagnie Colonia Development faisait construire vingt-quatre maisons dans le but de les vendre. Elle avait confié l'exécution des travaux à une société d'entreprise qui, par sous-contrat, a chargé Belliveau de l'exécution des travaux de chauffage et de plomberie. Suite à une inondation qui a endommagé les installations de chauffage dans plusieurs maisons, avant la fin des travaux, un officier de la compagnie aurait demandé oralement à Belliveau d'effectuer les réparations nécessaires. Pour prouver ses prétentions, Belliveau désirait utiliser l'article 1233, par. 1 C.C., qui permet la preuve testimoniale de tout fait relatif à des matières commerciales. Selon la théorie bien admise des actes mixtes et le principe de la personnalité des lois qui en découle, il aurait suffi d'étudier la nature de l'acte posé pour Colonia Development. Cependant la Cour a préféré étudier cette nature juridique pour les deux parties.

L'opinion de la Cour a été rédigée par le juge en chef Tremblay qui, après avoir décidé que l'entrepreneur est un commerçant, a fait le rapprochement suivant entre ce dernier et la compagnie appelante :

> Il n'y a pas de doute que le demandeur est un commerçant et que la preuve testimoniale est admissible contre lui. En effet, il est bien établi que l'entrepreneur qui construit une maison pour autrui, est un commerçant s'il spécule sur les matériaux ou la main-d'œuvre [. . .].
>
> Dans *Blais* v. *Paradis*, voici comment s'exprimait le juge Létourneau [. . .] :
>
>> Il me paraît qu'une entreprise de travaux et de construction ne soit pas de sa nature un acte de commerce; elle peut toutefois l'être pour le constructeur s'il est établi qu'il a, en l'occurence, spéculé, soit sur les matériaux fournis, soit sur la main-d'œuvre des ouvriers, soit même sur la location de l'outillage.
>
> Ne peut-on pas en dire autant de la défenderesse ? Celle-ci faisait construire vingt-quatre maisons par un entrepreneur non pas dans le but de les occuper ou de les louer mais de les vendre au plus tôt. À cette fin, elle gardait un vendeur sur

24. [1965] B.R. 161.

> les lieux. Elle aussi, tout comme l'entrepreneur, spéculait sur les matériaux et la main-d'œuvre.
>
> Je suis d'avis que la défenderesse était une commerçante et que la preuve testimoniale est admise contre elle.[25]

Le juge Owen a émis une opinion concurrente à celle de la Cour mais, après avoir passé en revue la jurisprudence en la matière, a préféré remettre en cause le fondement même du principe traditionnel refusant aux immeubles la possibilité d'être en soi des objets de commerce et a proposé un test plus universel, fondé sur l'intention de spéculer. Il l'a fait dans les termes suivants :

> In my opinion it should no longer be held that if a contract is with respect to an immoveable then such contract is *per se* a civil matter. At one time it may have been the accepted view that gentlemen dealt with land and that such transactions were on a higher level and distinct from those entered into by persons lower in the social scale who were engaged in trade and dealt in moveables. Today, however, there is no justification for such a distinction. A person who buys and sells or otherwise deals with immoveables for the purpose of private gain or profit is just as much a trader or a *commerçant* as the person who does the same thing with respect to moveables.
>
> Instead of merely looking at a contract and, on seeing that it relates to an immoveable, declaring that such contract is *per se* civil, it is now necessary in my opinion to look behind such a contract and consider the parties and their purpose in entering into the agreement. Applying this test to the present case I am of the opinion that defendant Colonia Development Corporation with respect to the alleged contract was a trader or *commerçant*. Its purpose was not to live in the house when completed but to sell it for a profit.[26]

Cette décision a été immédiatement remarquée par la doctrine qui a unanimement réalisé son importance[27], même si nous pensons que l'analyse qui en a été faite auparavant s'est avérée un peu trop rapide.

Il est possible que l'existence même de l'opinion du juge Owen milite en faveur d'une thèse voulant que la Cour, par la voix du juge en chef, ait préféré, dans les circonstances, ne pas poser le problème en termes de principes généraux d'application universelle. Avec l'avantage du recul que nous avons sur les autres commentateurs, nous nous permettons de différer d'opinion avec eux quant à la portée non seulement de l'opinion de la Cour, mais même quant à celle du juge Owen.

Il nous semble que loin de loger sa décision dans une exception au principe de la non-commercialité des immeubles, en déclarant que l'objet

---

25. *Id.*, p. 163.
26. *Id.*, p. 166. Ultérieurement, et tout au long de cette étude, il sera référé à cette opinion simplement comme étant l'opinion du juge Owen sans autre identification.
27. Voyez les références citées *supra*., note 1.

de la transaction n'était pas l'immeuble même, mais un contrat de service — ce qui est effectivement le cas dans cette cause — la Cour a carrément accepté que l'immeuble puisse, en soi, être l'objet d'un contrat commercial lorsque l'intéressé a l'intention de spéculer. Nous ne partageons pas l'opinion évidemment autorisée du professeur Durnford qui a émis des réserves quant à la valeur de cette décision pour appuyer un principe général qui allait à l'encontre d'une jurisprudence ancienne et bien ancrée[28]. Sa position nous semble être trop prudente.

Par ailleurs, contrairement aussi à la majorité des premières décisions ultérieures[29], nous pensons que même l'opinion de la Cour acceptait, non seulement la commercialité de l'acte de vente d'un immeuble dans un but de spéculation, mais aussi celle de l'acte de location dans le même but. Nous appuyons notre affirmation sur le fait que la Cour a fondé sa décision sur *Blais v. Paradis* et rapporté en l'affirmant, le passage de cet arrêt où il est dit que la spéculation peut porter « soit sur les matériaux fournis, soit sur la main-d'œuvre des ouvriers, soit même sur la *location de l'outillage* »[30]. Le principe voulant que les meubles puissent être l'objet d'un contrat commercial de location est ancien[31], même s'il a été exprimé pour la première fois de façon claire dans *Blais v. Paradis*. Il nous semble qu'en acceptant qu'un immeuble puisse, en soi, être l'objet d'un contrat commercial et en adoptant le raisonnement de *Blais v. Paradis* quant à la commercialité de l'acte de location d'un meuble, la Cour d'appel a, dans *Colonia Development*, assimilé les immeubles aux meubles, sur tous les points, y compris la location et nous nous expliquons mal la réticence des tribunaux à accepter ce fait.

Nous avons été davantage surpris par l'interprétation restrictive que les tribunaux ont donné au principe général énoncé par le juge Owen[32]. La clarté de l'opinion se passe de tout commentaire. Le principe est simple : il n'y a aucune différence entre un meuble et un immeuble relativement à la théorie de la commercialité. L'immeuble, en tant que tel, en soi, peut être l'objet d'un acte de commerce. Il faut et il suffit pour cela que la personne intéressée soit animée par une intention de spéculation. Il est

28. J.W. DURNFORD, *supra.*, note 6, p. 331.
29. Le professeur DURNFORD n'a pas analysé la décision sous cet aspect mais son argumentation laisse croire qu'il n'accepte pas nos conclusions sur ce point, *cf.* J.W. DURNFORD, *supra.*, note 6, p. 331.
30. *Blais v. Paradis*, (1933) 54 B.R. 495, 497. Nous avons souligné « location de l'outillage ».
31. Ceci est un argument de plus en faveur de la thèse que nous appuyerons plus tard dans cette étude, à l'effet que le simple investissement spéculatif peut être un acte de commerce en l'absence de toute idée de circulation ou d'entremise.
32. *Cf. Lefebvre v. Therrien*, [1974] C.S. 572, 574.

redondant de rappeler la phrase clef : « A person who buys and sells or *otherwise deals* with immoveables for the purpose of private gain or profit is just as much a trader or a *commerçant* as the person who does the same thing with respect to moveables »[33]. Comme nous le comprenons, ce principe s'applique dans toutes les circonstances et sans restriction, qu'il s'agisse d'achat pour revendre, de revente après achat ou de location.

En plus d'énoncer le principe général de manière plus claire que dans l'opinion de la Cour, cette opinion concurrente, et c'est là que réside son intérêt principal, a le mérite de remettre en question et de ridiculiser l'attachement des tribunaux au principe classique et à ses justifications médiévales. Nous ne pensons pas que cette opinion « ne peut que faire sourire, tant sa candeur et sa sincérité sont apparentes »[34]. Pour nous, c'est une réaction louable et conforme aux positions récentes de la Cour suprême[35]. Il est malheureux qu'elle n'ait pas été suffisamment violente pour contre-balancer la force d'inertie traditionnelle de certains précédents.

Il nous semble maintenant assez clair que même le juge en chef Tremblay pensait que *Colonia Development* devait être interprétée de manière à comprendre toutes les transactions immobilières, et notamment, le contrat de bail. Ceci est perceptible dans *Industrial Glass Co. Ltd v. Allan*[36], où le juge en chef faisait partie du banc qui a rendu la décision. Dans cette cause, il s'agissait de savoir si Allan avait loué d'Industrial Glass un terrain pour l'aménager en terrain de golf. La Cour devait se prononcer sur l'admissibilité de la preuve testimoniale proposée. Le résumé rapporté de la cause dit en l'occurrence :

> Allan prétend d'abord que la preuve testimoniale du contrat de louage n'est pas admissible. Les deux parties conviennent que le premier paragraphe de l'article 1233 C.C. ne s'applique pas parce que, écrit Industrial Glass Company Ltd., dans son mémoire, « le louage d'un immeuble constitue une opération civile même si les lieux loués servent principalement ou accessoirement à des fins

33. [1965] B.R. 161, 166. Nous avons souligné « *or otherwise deals* ».
34. J. GOULET, *supra*, note 1, p. 94.
35. *Cf.* à titre d'exemple *Canadian Aero Service Ltd v. O'Malley et autres*, [1974] R.C.S. 592, pp. 608-609 où le juge LASKIN, après avoir passé en revue les précédents d'un ancien principe a conclu : « Je fais remarquer, cependant, que le principe, ou plutôt, les principes, tels qu'énoncés, ont été tirés d'affaires anciennes portant sur des fiduciaires autres que les administrateurs ou les fonctionnaires exécutifs d'une compagnie moderne et je ne les considère donc pas comme énonçant un critère strict dont il faut observer les termes à la lettre pour apprécier les affaires subséquentes. . . À cet égard, comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit, des faits nouveaux peuvent rendre nécessaire une nouvelle formulation d'un principe existant pour que celui-ci s'applique au nouveau contexte ».
36. [1968] B.R. 250.

> commerciales ». C'est l'enseignement de la plupart des auteurs classiques et c'est ce qui ressort d'une certaine jurisprudence. Cependant, la Cour d'appel, dans *Colonia Development Corporation v. Belliveau* [. . .], et la doctrine moderne [. . .] mettent en doute la justesse de cette opinion, dans les conditions sociales présentes. Toutefois, vu la conclusion qu'elle adopte sur l'autre moyen, la cour ne prononce pas sur ce point[37].

3. Les premières décisions après Colonia Development

Une seule décision publiée, à notre connaissance, a clairement accepté *Colonia Development* comme énonçant un principe général applicable à toutes les transactions immobilières, y compris les contrats de location[38]. Dans cette cause le juge Puddicombe, après avoir rappelé sa position antérieure dans les termes suivants :

> In my view, as I have held before, in *Kirally v. Jay-Ell Realties*, [. . .] reversed by the Court of Queen's Bench sitting in appeal, [. . .] contracts which have to do with immoveables are not necessarily civil because of that fact alone. In my opinion, the deciding factor is the quality of the participants in the contract. In other words if the lessor's business is leasing premises and the lessee's reason for entering into the lease is commercial then the contract is a commercial contract. It is well understood that this concept has lacked the approval of the higher Courts until quite recently.[39]

a cité en les approuvant *Colonia Development* et l'opinion du juge Owen pour enfin conclure :

> Now, in my opinion, the proof of the termination of this lease although made verbally must be accepted. There can be no doubt but that the parties involved entered into the lease as « commerçants ». Plaintiff, obviously, leased not only the premises in question but all the surrounding premises in the same building to different tenants. Nor can there be the slightest doubt but that defendant was occupying and using the premises for commercial purposes. »[40]

Cette décision est assez remarquable puisque, dans l'espèce, il a été possible de faire admettre la preuve testimoniale contre un propriétaire qui louait quelques locaux. Toutes les autres décisions ont limité l'application de *Colonia Development* au cas de vente d'immeubles et ont exclu les cas de location par un propriétaire.

Dans *Desrochers v. The Royal Trust Co.*[41], l'appelant, Desrochers, avait été pendant plusieurs années le mandataire du propriétaire d'un bloc appartements de cinquante logements pour l'administration générale de

37. *Id.*, p. 251.
38. *Pine Avenue Construction Co. v. Reputation Hosiery Mills Ltd*, C.S.Mtl., 687, 125, 13 décembre 1966, rapportée et commentée dans 15 *McGill L.J.* 119.
39. 15 *McGill L.J.* 119, 120.
40. *Id.*, p. 121.
41. [1969] B.R. 1128.

sa propriété. Aucun contrat n'ayant été signé du vivant du mandant, l'exécuteur testamentaire a contesté le droit du mandataire à la commission d'usage dans de pareils cas. Desrochers tentait de faire accepter la preuve testimoniale de l'article 1233, par. 1 C.C.. Il est permis de penser que la Cour d'appel aurait peut-être été disposée à élargir la portée du principe énoncé dans *Colonia Development*, mais s'est considérée limitée par la marche du procès. Le résumé rapporté de l'arrêt dit en l'occurrence :

> Le commerçant jusqu'à dernièrement, pour être classifié comme tel, devait ne faire commerce qu'en ce qui concerne des biens mobiliers. L'arrêt *Colonia Development Corporation v. Belliveau*[1] attache l'étiquette de commerçant également à celui qui fait construire plusieurs maisons par un entrepreneur dans le but de les vendre au plus tôt. L'ancienne théorie que seuls des objets mobiliers peuvent faire l'objet d'un commerce est maintenant démodée.
>
> Dans *Colonia Development Corporation*, il n'était question que de vente de propriétés immobilières.
>
> Dans le contexte moderne, un commerçant de choses mobilières ne cesse pas de l'être, lorsque, au lieu de les vendre, il ne fait que les louer : de plus en plus ce genre de commerce de location est florissant.
>
> Doit-on adopter le même raisonnement pour le propriétaire de maison à logements multiples dont le commerce est de louer des appartements ? La cour pose seulement la question sans y répondre.
>
> Elle considère, en effet, que la question a été mal posée par les parties en insistant qu'il s'agissait dans l'espèce d'un mandat.[42]

Paradoxalement, *Colonia Development* a été le prétexte nécessaire, dans certains cas, pour marquer un recul par rapport aux décisions antérieures. Ainsi, c'est en se fondant sur cette décision que les tribunaux ont refusé le caractère commercial aux contrats de location passés par un commerçant pour favoriser son commerce[43]. À notre avis, les principes généraux dégagés par *Colonia Development*, ainsi que l'adoption du critère subjectif par la Cour d'appel à cette occasion, auraient dû plutôt encourager les tribunaux à étendre le champ d'application de *Blais v. Paradis*[44] aux cas où le commerçant louait un local commercial. La façon dont la Cour supérieure, à l'occasion de *Lefebvre v. Therrien*, a présenté et interprété l'opinion du juge Owen nous a étonné et découragé. Nous rapportons ici, sans commentaire, le paragraphe le plus surprenant de cette décision :

---

42. *Id.*, p. 1129-1130.
43. *Lefebvre v. Therrien*, [1974] C.S. 572; *Henry Construction Inc. v. Nackley*, [1976] C.S. 957.
44. *Blais v. Paradis*, (1933) 54 B.R. 495.

> Dans cette même cause, l'honorable juge Owen fait une étude exhaustive de la jurisprudence en la matière, pour conclure qu'elle paraît constante, à l'effet d'exclure les immeubles des actes de commerce. Il trouve, avec raison, trop absolu ce principe qu'elle consacre. Cependant, dans cette décision, il se limite à étendre l'admissibilité de la preuve testimoniale au cas d'un propriétaire qui fait construire des maisons pour les revendre, prenant soin de déclarer : [. . .]
>
> > Its purpose was not to live in the house when completed but to sell it for a profit.
>
> S'il déclare trop absolu le principe qui veut qu'un immeuble ne puisse être l'objet d'un acte de commerce, par le seul fait qu'il s'agisse d'un immeuble, il n'infirme pas la jurisprudence abondante et constante à l'effet qu'une location d'immeuble, fut-elle pour y opérer un commerce, n'est pas un acte de commerce.[45]

4. Les décisions récentes de la Cour d'appel

Trois décisions récentes de la Cour d'appel ont fini par clarifier la situation. Nous allons analyser chacune d'elles séparément avant de tenter de faire la synthèse générale.

Kenscol Properties Ltd v. Security Real Estate Co. Inc.[46] est une décision unanime de la Cour d'appel de Montréal sur une question de réclamation de commissions par un courtier en immeubles. Ici, le courtier voulait utiliser la preuve testimoniale contre le propriétaire des immeubles vendus. L'opinion de la Cour a été rédigée par le juge Bernier qui adopte le raisonnement du juge Owen dans *Colonia Development* et dit :

> Il ne peut faire aucun doute que Kenscol est une commerçante en immeubles et que les contrats que celle-ci donne à des agents d'immeubles dans le cours de ce commerce font partie des activités commerciales courantes de l'entreprise.[47]

Le juge Montgomery a pour sa part senti le besoin d'être encore plus explicite. Il l'a fait dans ces termes :

> Counsel for Defendant invite us to turn back the clock : to disregard our decisions in *Colonia Development Corp. v. Belliveau*, 1965 Q.B. 161, and *Desrochers v. Royal Trust Co.*, 1969 Q.B. 1128, and to revert to the ancient rule that dealings in immoveable property were essentially non-commercial. Whatever may have been the historic justification for this rule, I agree with my colleagues who have found it inapplicable to present-day practices. Why, when the broker who sells a business not involving real estate can make verbal proof of his authorisation, should a written contract be required if an immoveable be involved ? The ordinary home-owner has nothing to fear from these decisions, and the speculator in real estate is generally capable of taking care of himself.[48]

---

45. *Lefebvre v. Therrien*, [1974] C.S. 572, 574.
46. C.A. Mtl., no. 09-001035-740, 23 septembre 1976.
47. *Id.*, p. 2 de l'opinion.
48. *Id.*, p. 1 et p. 2 de l'opinion.

Cette décision unanime de la Cour d'appel endosse le revirement jurisprudentiel amorcé par *Colonia Development*. Elle incorpore aussi, dans l'opinion de la Cour, le raisonnement et le test du juge Owen. Le juge Montgomery interprète finalement la décision de la Cour d'appel dans *Desrochers v. Royal Trust Co.*[49] comme nous l'avions comprise. À notre avis, il ne fait plus de doute qu'à partir de cette décision, au moins, tout contrat de vente d'un immeuble, pourrait être traité comme une vente commerciale si l'intention de spéculer est prouvée.

Un point reste cependant troublant dans cette décision : pourquoi le juge Bernier a-t-il senti le besoin d'insister sur le fait que Kenscol achetait les immeubles dans le seul but de les revendre rapidement[50] ? Une réponse possible pourrait bien être que son intention était d'opposer l'achat pour revendre (qui serait un acte commercial) à l'achat pour effectuer un placement (qui serait un acte civil), et donner ainsi au mot « spéculation » un sens restrictif; ceci nous semble être peu probable puisque l'achat d'un immeuble pour fins de placement ne peut être envisagé par un commerçant que dans la perspective de réaliser un profit à plus ou moins longue échéance, soit en disposant du bien acheté, soit en l'affectant à ses autres activités commerciales[51]. Par ailleurs, rationnellement, le commerçant qui achète un immeuble va essayer, toutes choses étant égales par ailleurs, de maximaliser son profit en obtenant un rendement par la voie de la location ou autrement[52]. On pourrait alors se demander si le juge Bernier n'a pas voulu restreindre l'application du principe aux cas où l'achat est fait uniquement dans le but d'une revente rapide, à l'exclusion des cas d'achat avec l'intention de louer. Ceci, encore une fois, est peu probable, étant donné l'adoption par la

49. [1969] B.R. 1128.
50. *Cf., supra.*, note 46, p. 2 de l'opinion. Le juge BERNIER a rapporté le paragraphe suivant de l'interrogatoire préalable du vice-président de la compagnie :
    Q. What is the business of Kenscol Properties Limited ?
    A. The business of Kenscol is the purchase and sale of property.
    Q. And I take it the ownership of property for investment purposes ?
    A. No.
    Q. You just buy and sell property ?
    A. Yes.
    Q. You don't hold ?
    A. No. We only hold until such time we find it feasible to sell but we are not investors.
    Q. I see. So really your intention is to purchase property and sell profitably as wuickly (*sic*) as you can ?
    A. Yes.
51. Sur ce point, *cf. infra* p. 173.
52. L'intérêt fiscal de la distinction entre le placement et la spéculation en matière d'immeubles est étranger à cette étude.

Cour du raisonnement du juge Owen qui ne distingue pas entre l'achat et la location d'immeubles. La seule explication plausible, à notre avis, est qu'étant donné la nouveauté des principes énoncés le juge Bernier a voulu, par simple mesure de prudence, assurer à sa décision une assise ferme en la rattachant, sans équivoque possible, à *Colonia Development*; ceci est évidemment dans le meilleur intérêt de la justice.

Lefebvre v. Therrien[53] est un appel de la décision de la Cour supérieure[54] discutée plus haut[55]. Il s'agissait, rappelons-le, pour l'appelant de faire accepter la preuve testimoniale contre la défenderesse intimée qui avait loué un local pour les fins de son commerce. Le fait important est que cette fois, l'opinion de la Cour a été rédigée par le juge Owen. Celui-ci a incorporé dans sa nouvelle opinion le principe général qu'il avait déjà énoncé dans *Colonia Development* et il l'applique ici dans le cas de la location d'un immeuble. Ceci dit, les faits de *Colonia Development* sont différents; là-bas il s'agissait d'un commerçant qui spéculait sur les immeubles, tandis qu'ici, il s'agit d'un commerçant qui loue un local commercial pour les fins de son commerce. À cette occasion, le juge Owen, sans citer les précédents dans la matière, décide sans équivoque possible que ce contrat est une affaire commerciale pour le commerçant. Cette approche du problème est sage puisqu'elle met l'accent sur le caractère subjectif du critère à utiliser en rattachant l'acte à la qualité de commerçant, ce qui évite de troubler les esprits avec la théorie de l'accessoire et ses lacunes, cette théorie n'ayant plus d'ailleurs sa raison d'être depuis *Colonia Development*. Le passage suivant de l'opinion est intéressant :

> The premises were leased from Lefebvre by Therrien for the purposes of her commerce. The contract was a commercial matter for Therrien. I repeat what I said in 1965 that it should no longer be held that if a contract is with respect to an immoveable then such contract is *per se* a civil matter. We must look behind the contract and consider the parties and their purpose in entering into the agreement. Here the two parties were both « commerçants » or traders. Therrien's purpose in entering into the agreement was commercial. She wanted to carry on her business on the premises leased. The verbal contract Therrien entered into with Lefebvre was a commercial matter from her point of view and proof could be made by testimony against her of all facts concerning the said contract (Article 1233[1] C.C.).[56]

53. C.A.Qué., 200-09-534-74, 30 mai 1977.
54. [1974] C.S. 572.
55. *Supra.*, note 43.
56. *Supra.*, note 53, p. 6 de l'opinion.

Finalement, dans *Les Entreprises Pabi Inc. v. Cassulo et Copeman Inc.*[57], les Entreprises Pabi avaient loué de l'intimée un local commercial. Le contrat de bail donnait au locataire le privilège de renouveler unilatéralement le bail pour une nouvelle période, à condition de donner au propriétaire un avis écrit dans les délais prescrits au contrat. Le locataire a affirmé dans son plaidoyer qu'il avait respecté cette modalité; ceci est contesté par le propriétaire. Il s'agissait de savoir si le locataire pouvait utiliser la preuve testimoniale pour établir que le contrat avait été effectivement reconduit oralement et d'un commun accord, donc selon les modalités différentes que celles qui étaient initialement prévues dans le contrat. La preuve testimoniale, refusée par le premier juge, a été admise par la Cour d'appel.

Après avoir rapporté et adopté toutes les décisions récentes de la Cour d'appel sur la question, et avoir référé aux arguments du professeur Durnford sur les baux d'immeubles[58], le juge Kaufmann a dit au sujet de l'ancien principe refusant la commercialité des opérations dont l'objet est un immeuble :

> The rule was created by judicial interpretation, and whatever justification may have existed when it was first pronounced, has long since disappeared. It is totally unreasonable, in this day and age, when individuals and corporations regularly deal with immoveable in the course of their business, to say that such operations are civil in nature and therefore outside the gambit of the exception created by Art. 1233(1).
>
> The case at bar vividly demonstrates this point. Both parties are companies. The lessor is in the business of leasing commercial premises, and one of the reasons why it wanted the lessee to quit was that it intended to open a *brasserie* in the space now occupied by the Appellant (*cf.* J.R., p. 28). It is equally clear that the present lessee is a *commerçant*, whose operations of a restaurant in the disputed premises grossed $ 189,262 in 1972 (the first year of operation) and $ 306,000 in 1976 (J.R., pp. 70 ff.).
>
> To say, by reason of an antiquated rule, that the lease entered into by these parties was not commercial in nature is contrary to common sense. Happily, no text of law obliges us to say so and, with deference to those of contrary mind, I will not do so.[59]

Les notes du juge Lavoie sont aussi dans le même sens :

> Je suis d'avis que les relations entre les parties au présent litige étaient de nature commerciale. D'une part, Cassulo & Copeman exploite commercialement l'immeuble dont elle est propriétaire, Les Entreprises Pabi Inc. y loue un local pour y exercer un commerce.

57. C.A. Qué., 200-09-000058-77, 14 septembre 1977.
58. J.W. DURNFORD, « Can an Immoveable Be the Object of a Commercial Operation ? », (1965) 11 *McGill L.J.* 310, 333.
59. *Supra.*, note 57, pp. 5 et 6 de l'opinion.

> S'il fut longtemps jugé que les immeubles ne pouvaient être l'objet d'opérations commerciales, dans le contexte actuel, et en l'absence d'un texte qui prescrive de penser autrement, je suis d'avis, conformément à la jurisprudence et la doctrine la plus récente, que le bail intervenu entre les parties au présent litige constitue une matière commerciale.[60]

Avec une décision aussi claire, il n'est plus possible de douter du fait que dorénavant, la location d'un immeuble peut être considérée comme un acte commercial pour le propriétaire. Mais l'importance cumulative de ces décisions récentes dépasse de loin celle de chacune d'elles considérées séparément.

5. Bilan et prospective

Après cette longue analyse de la jurisprudence, il est temps de faire le bilan de la situation et d'envisager le problème sous un angle prospectif.

Il est dorénavant bien établi que l'immeuble, au même titre que le meuble, peut être l'objet d'une transaction commerciale. Il peut être l'objet d'un achat[61], d'une vente[62], d'une location[63] ou de toute autre transaction commerciale[64].

Il résulte de cette première constatation qu'il n'est plus nécessaire d'avoir recours à des palliatifs et à des exceptions pour faire accepter un immeuble en tant qu'accessoire à une opération par ailleurs commerciale. Ceci règle évidemment le problème des inconvénients et des insuffisances de cette théorie mais peut aussi avoir une portée plus grande. Par exemple, si des immeubles font partie de la vente en bloc d'un fonds de commerce[65], on n'aura plus besoin, pour les fins de la théorie de la commercialité, de rédiger deux contrats différents pour les éléments mobiliers et l'immeuble. Il est fort probable que le gage des créanciers du vendeur du fonds s'étende plus facilement aux immeubles[66].

Les actes par lesquels un commerçant achète, loue, sous-loue ou autrement acquiert un immeuble pour les fins de son commerce seront des actes commerciaux pour le commerçant[67], que son intention soit de di-

60. *Id.*, p. 6 de l'opinion. L'opinion du juge Paré porte sur une question différente.
61. *Colonia Development v. Belliveau*, [1965] B.R. 161 (juge Owen).
62. *Kenscol Properties Ltd v. Security Real Estate Co. Inc.*, *supra.*, note 46.
63. *Les Entreprises Pabi Inc. v. Cassulo et Copeman Inc.*, *supra.*, note 57.
64. *Cf.*, *supra.*, note 61.
65. Art. 1569 a et ss. du *Code civil*.
66. L. PAYETTE, « Vente en bloc », *Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires*, Montréal, Chambre des Notaires de la province de Québec 1970, 47, 60.
67. *Lefebvre v. Therrien, supra.*, note 53.

versifier ses activités ou d'agrandir ses locaux actuels. C'est une conséquence directe de l'approche subjective adoptée par les tribunaux.

Il ne sera plus nécessaire, non plus, de recourir à des nuances judicieuses pour distinguer les contrats dont l'objet est l'immeuble, des contrats de service et d'entreprise.

On répète souvent que l'acte de commerce se caractérise par la circulation, l'entremise et la spéculation[68]. Cependant la jurisprudence et la doctrine ont, depuis longtemps, soit réservé la première place à la spéculation[69], soit retenu celle-ci comme élément unique[70]. Les décisions récentes viennent consacrer cette dernière tendance.

Le mot spéculation, employé dans le contexte de la commercialité, doit être entendu au sens le plus simple du terme, soit l'espoir de réaliser un profit indépendamment de toute référence à la qualité du placement ou du degré du risque consenti, comme ce serait le cas si on avait à choisir entre les valeurs d'une compagnie de prospection minière ou celle d'une compagnie industrielle bien établie. La nature du placement est une question de jugement et d'opportunité qui doit être laissée à l'appréciation de l'intéressé. Donc il s'agit simplement d'espérer de réaliser un profit, par la plus-value du capital investi ou par un rendement, à titre de loyer ou autres prestations, à courte ou à longue échéance. Ceci nous amène à dire que le temps durant lequel le bien, objet de la spéculation, est retenu, avant la réalisation ou non du profit est sans importance. Il est de même de l'importance de la somme investie. Nous posons comme postulat que le placement et l'investissement immobiliers sont synonymes de spéculation pour les fins de la qualification commerciale des actes posés[71].

Les décisions récentes ont adopté un critère subjectif, l'intention de spéculer, pour déterminer si un acte est commercial ou civil. Si l'intention de spéculer existe chez une partie, l'acte sera pour elle un acte commercial. Ce critère s'applique à tout acte, que son objet soit un meuble ou un immeuble. Même si ceci n'est qu'une expression directe et franche de la jurisprudence antérieure[72], nous pouvons au moins affirmer que nos tribunaux ont résolument écarté l'approche objective qu'une partie de la doctrine chérissait encore[73].

---

68. A. PERRAULT, *supra.*, note 6, par. 306, p. 314.
69. A. PERRAULT, *id.*, par. 310, p. 318.
70. *Darling v. Brown*, (1876-77) 1 R.C.S. 360; *Fortin v. Cimon*, (1931) 50 B.R. 242; *Blais v. Paradis*, (1933) 54 B.R. 495.
71. *Cf. supra.*, p. 169.
72. *Cf.* L. LILKOFF, « Le code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.* 534, 558.
73. J. GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965-66) 7 *C. de D.* 84.

La détermination de l'intention de spéculer pose des problèmes de preuve importants, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer l'acte unique ou le premier acte fait avec l'intention de spéculer. Il est possible que cette difficulté pratique impose finalement les limites du champ commercial. Nous retrouvons ici le cercle vicieux auquel nous avions fait allusion dans l'introduction de cette étude. La définition classique veut qu'un commerçant soit celui qui fait des actes de commerce à titre de profession habituelle[74]. Cette définition a été en fait quelque peu contredite par une jurisprudence plutôt attachée à l'intention de spéculer. Le professeur Lilkoff a bien souligné cette difficulté[75]. À l'avenir, nous pourrons soutenir que l'intention de spéculer, même une fois, fera de celui qu'elle anime un commerçant pour les fins de l'acte en question[76]. Les facteurs de répétition et d'habitude ne seront plus que des éléments de preuve permettant de disposer des présomptions[77]. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les références répétées, dans les décisions récentes, à la qualité de commerçant des intéressés et, notamment, la référence dans *Les Entreprises Pabi* aux activités commerciales de Cassulo et Copeman et à son intention d'opérer une brasserie[78]. Essayons d'envisager quelques hypothèses.

Le premier acte immobilier d'un commerçant établi, un restaurateur par exemple, fait dans un but d'investissement ou de spéculation, sera présumé être un acte commercial. Si, par contre, le restaurateur achète un appartement pour des fins « civiles », personnelles, non commerciales, la présomption de commercialité pourra être écartée par une preuve appropriée.

Le premier acte immobilier d'une personne qui n'est pas encore connue comme ayant des activités commerciales, sera présumé être un acte

74. *Roy v. Ellis*, (1898) 7 B.R. 222.
75. L. LILKOFF, *supra.*, note 72, 558-559.
76. Dans *Colonia Development v. Belliveau*, [1965] B.R. 161, le juge Owen avait dit à la page 166 en parlant de Colonia Development, « Its purpose was not to live *in the house* when completed but to sell it for a profit ». Le souligné est ajouté.
77. Ceci confirme les résultats de l'étude du professeur LILKOFF, *supra.*, note 75 et remet en relief *Roy v. Ellis*, (1898) 7 B.R. 222 où le juge en chef LACOSTE avait dit à la page 231 : « Je ne crois pas qu'il soit absolument nécessaire qu'un individu ait fait des actes répétés de commerce pour être réputé commerçant, bien que l'habitude des actes de commerce soit un élément très puissant de la preuve de la profession. Ainsi une personne qui fait annoncer qu'elle se propose d'ouvrir un magasin et qui ensuite débite des marchandises dans un établissement où elle a mis son enseigne, devient commerçante dès le premier achat ou la première vente qu'elle fait ». Ce raisonnement a été approuvé et appliqué dans *Ducharme v. Bélair*, (1941) 79 C.S. 244 et *Gosselin v. Blouin*, [1951] R.P. 329. (C.S.) *Cf.* cependant *Wilson v. Chaput*, (1916) 50 C.S. 321.
78. *Cf.*, *supra.*, note 57, p. 6 de l'opinion du juge KAUFMAN.

civil. C'est le cas d'un avocat qui achèterait un appartement dans un condominium dans le but de l'habiter ou d'en faire une libéralité. Si l'avocat répétait ces actes immobiliers, il pourrait être traité comme un commerçant ayant l'intention de spéculer, même s'il prend soin de nier cette intention. Les tribunaux retiendront la réalité économique de préférence à la déclaration de l'intéressé[79].

Si, par contre, un avocat achète un appartement en déclarant qu'il entend spéculer ou faire un placement, cet achat sera déclaré commercial. Il en sera de même du contrat de location des lieux.

La question nous semble être plus complexe si le non-commerçant loue l'appartement acheté sans intention de spéculation, en attendant de l'habiter. Cet acte doit-il être considéré comme civil ou commercial ? Si la location d'un immeuble est un acte commercial lorsqu'elle est faite avec l'intention de spéculer, comment nier l'intention de spéculer dans ce cas ? Si on traite cette location comme un acte commercial, on aboutit nécessairement à la conclusion que tout acte de location d'un appartement est, *per se*, un acte commercial. Est-ce qu'en adoptant un critère subjectif par excellence pour qualifier les actes juridiques commerciaux, les tribunaux ont donné naissance à un acte commercial « par nature » ? Ce serait le comble du paradoxe.

On pourrait rapprocher de ce dernier cas celui où un non-commerçant achète un duplex avec l'intention d'habiter un appartement et de défrayer ses coûts — capital, intérêts, taxes et frais d'entretien — du loyer du second appartement. En prenant en considération l'ensemble de l'opération, il est logique de penser qu'il s'agit d'un acte civil. Est-ce que la solution serait la même si le non-commerçant entend arriver au même but mais par deux actes différents, séparés par le temps et l'emplacement ? Doit-on retenir la divisiblité du contrat ou l'indivisibilité de l'intention ? De toute façon, l'économie réalisée par ce biais n'équivaut-elle pas à une sorte de profit, donc de spéculation ?

Dans tous ces cas, il s'agit de simples présomptions qui seront plus ou moins faciles à écarter selon les circonstances. Cependant, dans le cas du non-commerçant, il existe une difficulté de preuve supplémentaire surtout dans le cas de transactions isolées ou éloignées puisque la preuve de l'intention ne pourra le plus souvent se faire qu'oralement et que tant que la qualité de commerçant n'a pas été établie, la preuve testimoniale sera refusée. La limite du risque pour les non-commerçants est peut-être dans cette difficulté de preuve.

79. *Fortin v. Cimon*, (1931) 50 B.R. 242; *Lahoud v. Truchon*, [1949] B.R. 477; *Pelletier v. L'Association du Progrès du Plateau Mont-Royal Inc.*, [1966] C.S. 370.

Au terme de cette étude, qu'il nous soit permis de faire deux réflexions.

Les tribunaux ont finalement accepté les immeubles dans le monde du commerce. Cette reconnaissance si tardive surprendra l'« homme ordinaire » et fera sourire les commerçants en immeubles, que l'économie et la société avaient déjà reconnue sans attendre les décisions récentes de la Cour d'appel. Il est cependant surprenant que nos tribunaux aient mis aussi longtemps à finaliser une évolution normale qui, pour le moins, aurait été possible douze ans plus tôt à cause de *Colonia Development*.

L'adoption expresse d'une approche subjective du droit commercial est certainement conforme à l'esprit de notre droit, mais les problèmes qu'elle soulève, et qui restent sans réponse, sont aussi importants que ceux qu'elle règle. En l'absence de présomptions légales de commercialité, le seul critère subjectif possible reste celui de l'intention. Or, rien n'est plus injuste, aléatoire et imprécis qu'une théorie juridique fondée sur l'intention et les mobiles des individus. Les tribunaux seront rapidement obligés de préciser les limites des thèses qu'ils ont établies. Mais n'est-ce pas là le sort de toute règle de droit ?