

COMMENTAIRES DU BARREAU DU QUÉBEC

SUR LA

LOI MODIFIANT LE CODE CIVIL (P.L. 50)

Novembre 2001

COMMENTAIRES DU BARREAU DU QUÉBEC
SUR LA
LOI MODIFIANT LE CODE CIVIL
(P.L. 50)

4^{ième} trimestre 2001



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ième} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 19 100 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 42% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Le Barreau du Québec tient à remercier les membres des comités suivants pour leur collaboration à la préparation du présent document.

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille :

M^e Dominique Goubau, président
M^e Jean-Marie Fortin
M^e Roger Garneau
M^e Miriam Grassby
M^e Carole Hallée, (jusqu'à son accession à la magistrature)
M^e Suzanne Moisan
M^e Eva Petras
M^e Suzanne Pilon
M^e Élisabeth Pinard
M^e Claire Savard
M^e José Turgeon
M^e Pierre Valin

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit des obligations et de la responsabilité civile :

M^e Pierre Cimon
M^e Robert P. Godin
M^e Pierre Gabriel Jobin
M^e Daniel Jutras
M^e Alain Létourneau
M^e Jacques LeMay
M. le bâtonnier Claude Masse
M^e Marc Prévost

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit des personnes :

Monsieur le bâtonnier Viateur Bergeron
M^e Claude Boisclair
M^e Edith Deleury
M^e François Dupin
M^e Sylvain Lussier
M^e Jean-Pierre Ménard
M^e Daniel W. Payette

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit des sûretés :

M^e Raymond Bélec
M^e François Bousquet
M^e Richard J. Clare
M^e Michel Deschamps
M^e Sterling Dietze
M^e Louis-Martin Dubé
M^e Robert P. Godin
M^e Maxwell W. Mendelsohn
M^e Elizabeth Mitchell
M^e Paul Paradis
M^e Louis Payette
M^e Donald Riendeau

Ainsi que M^e Paul M. Martel et M^e Michel Cordeau, membres du Comité sur les sociétés et les personnes morales

M^e Suzanne Vadboncoeur, secrétaire de tous les Comités ci-haut mentionnés
Directrice du Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

TABLE DES MATIÈRES

COMMENTAIRE GÉNÉRAL	1
COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES	3
Article 1 (art. 30 et 30.1).....	3
Article 2 (art. 280).....	4
Article 3 (art. 415).....	4
Article 4 (art. 426).....	4
Article 5 (art. 535.1).....	4
Article 6 (art. 1069).....	8
Article 7 (art.1339).....	13
Article 8 (art. 1726).....	13
L'opportunité de l'amendement.....	14
Les difficultés engendrées.....	15
Article 9 (art. 2179).....	19
Articles 10 et 11 (art. 2667 et 2762).....	20
Article 12.....	22
Article 13.....	22
PROPOSITION ADDITIONNELLE EN DROIT DE LA FAMILLE ET DES SUCCESSIONS.....	23
Régime enregistré d'épargne-retraite	23
1. Problématique.....	23
2. Les solutions possibles	24
Régime complémentaire de retraite.....	26

COMMENTAIRE GÉNÉRAL

Le *Code civil*, en vigueur depuis moins de huit ans, constitue la pièce législative maîtresse qui régit les relations de droit privé au Québec. Si l'on compte les travaux de l'Office de révision du Code civil, son adoption s'est échelonnée sur plus de vingt ans. Il s'agit de l'assise majeure sur laquelle repose notre tradition civiliste. On le considère à juste titre comme une loi « fondamentale » qui ne doit être modifiée que lorsque vraiment nécessaire et uniquement dans le cadre d'une réflexion globale, bien mûrie et après avoir évalué tous les impacts possibles. Il avait d'ailleurs été unanimement jugé opportun, lors de son adoption en décembre 1991, de confier à un organisme indépendant, voué à la réforme du droit, le soin d'élaborer, de façon cohérente et planifiée, une actualisation permanente de son contenu. La loi créant l'Institut de réforme du droit a bien été adoptée mais son entrée en vigueur n'a jamais été promulguée.

Le Barreau du Québec met en doute cette pratique qu'a le législateur depuis quelques années de modifier le *Code civil* sur certaines questions particulières sans que l'on sache vraiment pourquoi ces questions deviennent soudainement prioritaires alors que plusieurs autres articles ambigus ou déficients mériteraient aussi l'attention du législateur, notamment dans les domaines du droit commercial (entre autres les dispositions sur la vente d'entreprise) et des sûretés; le Barreau avait d'ailleurs soumis au ministère de la Justice un volumineux mémoire en février 1998, faisant état de tous les problèmes d'interprétation et d'application que comportent les dispositions du Code au niveau des sûretés : aucune suite n'a été donnée à ce mémoire.

Pensons également à l'ambiguïté de nos règles de conflits de lois, particulièrement en matière de vente de créances (notamment depuis l'avènement

de la titrisation, domaine dans lequel le Québec se trouve désavantagé par rapport aux autres provinces en raison de certaines lacunes dans son régime juridique), de crédit-bail, de vente à tempérament et des effets de l'absence d'inscription d'un bail mobilier sur le droit de propriété du locateur. Pensons aussi aux difficultés soulevées par l'hypothèque des placements personnels d'un particulier ou à la confusion entourant la question de l'insaisissabilité des contrats d'assurance et de rente.

On nous soumet fréquemment des amendements au *Code* qui veulent apporter une solution à un problème spécifique et ponctuel. Le *Code civil* ne constitue pourtant pas une loi comme les autres, visant à couvrir un aspect précis d'une réalité juridique bien spécifique; il se veut plutôt un énoncé des principes généraux applicables à des situations générales de droit privé. Les solutions envisagées par les amendements législatifs peuvent parfois régler le problème ponctuel identifié, malheureusement souvent au détriment de la solidité de l'édifice juridique qu'est ce nouveau *Code*, en changeant radicalement les principes de droit civil depuis longtemps reconnus. Les impacts sur l'application des autres chapitres et dispositions du *Code* semblent trop souvent mal évalués. C'est le cas de certains amendements prévus au projet de loi 50, notamment la responsabilité du vendeur en matière de vices cachés (article 8 du projet de loi), l'obligation du preneur en paiement d'assumer les charges impayées par l'ancien copropriétaire (article 6 du projet de loi), la possibilité pour le mandant de révoquer un mandat irrévocable (article 9 du projet de loi) et la question des frais engagés (articles 10 et 11 du projet de loi).

COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

Article 1 (art. 30 et 30.1)

Le nouvel article 30 du *Code* vise à clarifier le pouvoir d'appréciation du tribunal, eu égard à la dangerosité d'une personne et à la nécessité d'ordonner sa garde en établissement, suite à certains jugements de la Cour d'appel qui semblent affirmer que le juge de première instance est lié, en l'absence de preuve contraire, par les deux rapports d'expertise concluant à la nécessité d'une telle ordonnance.

Le Barreau du Québec souscrit tout à fait à la volonté du législateur de clarifier le pouvoir du tribunal dans le sens indiqué aux notes explicatives du projet de loi. Or, le nouvel article, tel que formulé, n'écarte pas vraiment la difficulté d'interprétation car il met d'abord l'emphasis sur la conclusion des deux rapports d'examen psychiatrique plutôt que sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal qui doit s'exercer lorsque les deux rapports sont concluants. De l'avis du Barreau, l'article doit énoncer clairement que le tribunal n'est pas lié par l'expertise médicale et qu'il ne doit ordonner la garde que s'il est convaincu de la dangerosité de la personne et de la nécessité d'une telle garde. Le Barreau suggère donc la formulation suivante :

30. Lorsque, suite à une évaluation psychiatrique, les deux rapports d'examen psychiatrique concluent à la nécessité d'une garde en établissement, le tribunal ne peut ordonner une telle garde que s'il est lui-même convaincu de la dangerosité de la personne et de la nécessité de cette garde, même en l'absence d'une contre-expertise et nonobstant toute preuve qui pourrait lui être présentée.

L'article 30.1 convient tel que formulé.

Article 2 (art. 280)

Aucun commentaire.

Article 3 (art. 415)

La modification suggérée à l'article 415 du *Code* vise à contrer les effets du jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 2743* qui affirmait que le régime de retraite établi par la *Loi sur les juges* (L.R.C. 1985, ch. J-1) n'était pas assujéti aux dispositions du *Code civil* relatives au patrimoine familial pour le motif principal qu'il ne s'y accumulait pas de droits. Or, cette situation crée une injustice pour les conjoints des juges de nomination fédérale et est discriminatoire face aux juges de nomination provinciale qui, eux, sont soumis aux règles sur le patrimoine familial comme tout autre citoyen du Québec d'ailleurs. Le Barreau du Québec est donc favorable à cet amendement.

Article 4 (art. 426)

Le Barreau du Québec est favorable à cet amendement qui règle la difficulté liée au silence de la loi quant à la méthode d'évaluation et de partage des droits. Il appartiendra ensuite au législateur fédéral, pour faciliter les calculs, de voir à modifier la *Loi sur les juges* afin d'y prévoir un mécanisme d'évaluation et de partage des droits, ce qui n'existe pas actuellement, ou encore la *Loi sur le partage des prestations de retraite* (L.C., 1992, ch. 46, ann. II) afin d'assujettir la *Loi sur les juges* à ses dispositions.

Article 5 (art. 535.1)

Le Barreau du Québec est favorable à la philosophie qui sous-tend ce nouvel article, qui est celle de permettre au tribunal d'ordonner une preuve par A.D.N. et d'en fixer les conditions et modalités, lorsqu'il s'agit d'établir la filiation.

Il existe deux écoles de pensée en matière de preuve d'A.D.N. Certains favorisent le recours systématique à ce test d'A.D.N. qui paraît être une preuve indiscutable de l'existence ou de l'absence d'un lien de filiation. Cela éviterait, selon eux, les délais et les coûts engendrés par une preuve orale forcément contestable, la préparation d'affidavits eux aussi contestables, ainsi que les interrogatoires que ces derniers ne manquent pas de susciter. D'autres, par contre, préfèrent qu'on recoure à cette preuve uniquement après avoir établi une vraisemblance de droit ou un début de preuve de façon à éviter que cette atteinte à l'intégrité de la personne et à la vie privée ne devienne la seule et unique preuve exigée.

Tous s'entendent cependant pour que cette preuve ne serve qu'en matière de filiation et dans les seules limites des articles 530 et suivants du *Code civil*, c'est-à-dire qu'on ne puisse jamais y recourir lorsque la possession constante d'état est conforme au titre. Cette règle, très importante en matière de filiation, est dictée par la nécessité de stabilité dans les liens unissant parents et enfants.

À la lecture du texte proposé, on peut d'abord s'interroger sur la signification du mot *établir* à la deuxième ligne du premier alinéa : puisque cet article est placé après l'article 535 qui vise le défendeur à une demande relative à la filiation, peut-on conclure que ce mot désigne tant l'établissement d'un lien de filiation que la négation d'un tel lien ou sa contestation?

En outre, quel sera le degré de preuve exigé par le mot *convaincu* : y voit-on le remplacement du principe de la preuve prépondérante, reconnu en droit civil, par celui d'une preuve hors de tout doute? Devra-t-on avoir un tel degré de preuve lorsqu'il s'agira de prouver la nécessité du test d'A.D.N. pour établir la filiation? Une exigence de cet ordre, de l'avis du Barreau, irait trop loin et engendrerait une

disparité dans les décisions d'ordonner le test ou non, lesquelles varieraient selon l'ouverture d'esprit plus ou moins grande du décideur.

Par contre, le Barreau verrait d'un bon œil l'établissement d'une preuve *prima facie*, d'une certaine vraisemblance de droit avant que ne soit ordonné un test d'A.D.N. à la demande de la partie qui est demanderesse dans une action en établissement d'un lien de filiation (et non dans une action en contestation de paternité présumée ou une action de désaveu de paternité vu l'article 535, 2^e al.). Ceci est d'ailleurs conforme aux exigences de l'article 533 du *Code civil* qui assujettit l'admissibilité des témoignages, dans ce type d'action, à la présence d'un commencement de preuve, de présomptions ou d'indices sérieux et graves. Une telle exigence permet de faire obstacle aux demandes farfelues ou aux « parties de pêche ».

On ne saurait par ailleurs être aussi exigeant en défense qu'en demande pour ce qui est de cette preuve *prima facie*. D'ailleurs, l'article 535 C.c. le confirme : tous les moyens de preuve sont admissibles pour s'opposer à une action relative à la filiation ou pour établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, sans nécessité d'établir d'abord un commencement de preuve ou des indices sérieux et graves comme à l'article 533. Il est en effet plus normal que la partie qui cherche à établir un lien de filiation et qui requiert, pour ce faire, une ordonnance de test d'A.D.N., ait une preuve minimale à présenter avant que le tribunal n'accepte qu'on procède à cette atteinte à la vie privée et à l'intégrité de la personne, compte tenu des nombreux effets liés à la filiation. À l'inverse, il est rare qu'en défense, la partie défenderesse ait à requérir ce test – selon nos règles, il appartient en effet à la partie demanderesse de faire la preuve des faits au soutien du droit qu'elle veut faire valoir. En outre, on imagine mal, dans l'hypothèse où le test serait demandé par la partie défenderesse, que la partie demanderesse s'y oppose; ce ne

serait certes pas dans son intérêt de le faire et le tribunal, plutôt que d'émettre une telle ordonnance, serait tenté soit de tirer une inférence négative de ce refus, soit de rejeter purement et simplement la demande principale.

Compte tenu que c'est sur la partie qui veut démontrer le lien de filiation, notamment dans une action en recherche de paternité, que repose le fardeau de preuve le plus lourd, et que ce fardeau est celui qu'impose l'article 533 du *Code*, le Barreau suggère de placer l'article 535.1 immédiatement après l'article 533. Si on ne liait pas la demande de preuve par A.D.N. aux exigences minimales contenues à l'article 533, cela aurait pour effet de rendre l'obtention d'une preuve d'A.D.N. plus facile que de faire témoigner quelqu'un en matière de filiation! Cependant, pour éviter que la partie demanderesse ait un double fardeau de preuve, soit celui exigé par l'article 533 et celui que l'article tel que formulé au projet de loi impose par les mots « *s'il est convaincu de la nécessité de cette mesure pour établir la filiation* », le Barreau propose que le nouvel article 533.1 s'inspire du texte suivant :

533.1. Dans le cadre d'une action en établissement de filiation, le tribunal peut ordonner, à la demande de la partie demanderesse et à la lumière des éléments établis conformément à l'article 533, qu'il soit procédé à une analyse permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique des personnes visées par l'action. Il peut également l'ordonner dans le cadre d'une contestation de filiation sur simple demande.

Le tribunal fixe les conditions du prélèvement (...).

Le tribunal peut tirer une inférence négative du refus injustifié (...).

Bien que de telles demandes d'ordonnances provenant de la partie défenderesse soient improbables, il y aurait quand même lieu d'ajouter le troisième alinéa de

l'article proposé à la fin de l'article 535 actuel afin de couvrir l'hypothèse décrite plus haut, soit le cas où le refus de se soumettre à un tel test proviendrait de la partie demanderesse. Cet alinéa se lirait donc comme suit :

535. Tous les moyens de preuve (...).

De même, sont recevables tous (...).

Le tribunal peut tirer une inférence négative du refus injustifié d'une personne de se soumettre à une ordonnance d'analyse permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir son empreinte génétique.

Article 6 (art. 1069)

L'effet de l'article 1069 tel qu'amendé serait de rendre le preneur en paiement responsable du paiement des charges dues par le copropriétaire antérieur. Le Barreau du Québec s'oppose au changement proposé pour les raisons suivantes :

- 1) Tel qu'il est démontré ci-après, l'amendement proposé comporte des impacts majeurs sur d'autres dispositions du *Code* dont il rend le sens parfois obscur, sinon inexistant. Ces impacts ne semblent pas avoir été mesurés de façon juste et appropriée; et là réside toute la difficulté d'apporter des amendements ponctuels à une pièce législative maîtresse comme le *Code civil*.
- 2) Cet amendement semble ignorer les articles 2724-3° et 2729 du *Code* qui accordent au syndicat des copropriétaires une hypothèque légale pour garantir le paiement des charges communes dues par un copropriétaire, laquelle est acquise à compter de l'inscription de l'avis prévu à l'article 2729.

- 3) Bien que la structure du *Code civil* prévoie en faveur du syndicat non pas une priorité mais une hypothèque légale, l'amendement crée, sans le dire, une priorité portant sur l'immeuble, sans inscription, avec droit de suite, ce qui est étranger à l'économie du *Code*. En d'autres termes, en élargissant la portée de l'article 1069 pour le rendre applicable aux créanciers ayant pris l'immeuble (la fraction de copropriété divise) en paiement, on vient bouleverser l'ordre des priorités puisque les charges en question deviendront des charges réelles qui suivront la fraction de copropriété en quelque main qu'elle passe. On aura ainsi créé une autre charge occulte qu'on avait pourtant tenté d'éliminer avec le nouveau *Code*. La solution doit donc être recherchée dans le domaine des sûretés – par une amélioration de l'hypothèque légale du syndicat par exemple – plutôt que par un élargissement de l'article 1069.
- 4) Conformément à l'article 2783, 1^{er} al. du *Code*, le créancier qui prend un bien en paiement en devient le propriétaire à compter de l'inscription de son préavis et il prend le bien libre des hypothèques publiées après la sienne. C'est donc dire qu'en droit actuel, si le syndicat inscrit son hypothèque légale après celle du créancier – et c'est très souvent ce qui se produit – celle-ci s'éteint par la prise en paiement, ce qui signifie dans les faits que le créancier, preneur en paiement, n'est pas réellement tenu des montants que cette hypothèque était censée garantir. L'article 1069 proposé entre donc en conflit avec ce régime actuel des sûretés – et avec les articles précités en particulier – et risque même de les priver de leur sens.
- 5) Le preneur en paiement ne peut être assimilé de manière absolue à un acquéreur : contrairement au premier, celui-ci peut négocier à la baisse le

prix d'achat du bien lorsqu'il constate l'existence de charges impayées dont il sera tenu responsable.

- 6) En outre, le créancier preneur en paiement est désavantagé par rapport à l'acquéreur puisqu'au moment où il décide d'exercer sa garantie par la prise en paiement, il ne sait pas si son débiteur est en défaut eu égard au paiement des charges communes, et ne connaît pas non plus l'ampleur du défaut, le cas échéant.
- 7) Le créancier preneur en paiement est de plus dans une position désavantageuse puisqu'il ne connaît les charges communes dues par son débiteur au syndicat que lorsqu'il devient propriétaire de la fraction, étant donné le caractère privé de ces charges communes (frais de condo, contribution au fonds de prévoyance, etc.), ce qui n'est pas le cas des taxes foncières qui pourraient aussi être dues par ce débiteur, lesquelles sont publiques. Bien que le Barreau maintienne que le créancier hypothécaire preneur en paiement ne devrait pas être soumis au paiement des charges communes impayées parce qu'il n'est pas dans la même position qu'un simple acheteur, advenant toutefois qu'il y soit soumis, à tout le moins devrait-il pouvoir s'enquérir du montant auquel il pourrait être tenu avant de décider du type de recours qu'il entend prendre. En regard de cet accès aux renseignements touchant les charges communes impayées par son débiteur copropriétaire, on peut penser par exemple à un avis qui lui serait envoyé par le syndicat mais qui n'aurait toutefois pas à être publié au registre foncier.
- 8) En remplaçant les mots « Celui qui achète » par les mots « L'acquéreur », l'amendement élargit la portée de l'article 1069 C.c. ou du moins prête facilement à une interprétation qui en élargisse la portée. Quel sera le sens

du mot « acquéreur » à cet article? Inclura-t-il l'adjudicataire d'une vente sous contrôle de justice? Dans l'affirmative, l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires sera purgée par le décret par l'effet de l'article 696 du *Code de procédure civile*; toutefois, l'amendement ferait que l'adjudicataire se retrouverait dans la même position que le preneur en paiement, c'est-à-dire qu'il devrait assumer le paiement des charges communes impayées. Le législateur se propose de faire fi une fois de plus du régime des sûretés du *Code civil* et de la philosophie qui le sous-tend.

- 9) En outre, un tel régime créera une injustice pour l'adjudicataire qui acquerra la fraction dans le cadre d'une vente sous contrôle de justice puisqu'au moment de son offre, il ne sera pas en mesure de savoir que le copropriétaire est en défaut. Ce n'est qu'après qu'il se verra dans l'obligation d'assumer, en plus du prix d'achat, les charges impayées.
- 10) Par contre, si le mot « acquéreur » n'inclut pas l'adjudicataire, cela signifie que le syndicat des copropriétaires se trouvera dans une position juridique différente, selon que le créancier acquerra le bien par suite d'une prise en paiement ou d'une vente sous contrôle de justice, ce qui est insoutenable au plan des principes de droit civil.
- 11) Non seulement l'amendement rend-il l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires vide de sens mais aussi rend-il caduc le délai de trois ans prévu à l'article 2800 C.c. pour l'exercice du droit hypothécaire du syndicat.
- 12) S'il est vrai que les loyers appartiennent au propriétaire (art. 949 C.c.), celui-ci ne peut les réclamer au possesseur de bonne foi qui les a perçus (art. 931 C.c.) : on a appliqué ces principes pour nier au preneur en paiement le droit de réclamer les loyers perçus par le débiteur durant la

« période de rétroactivité » : voir *Cicchino c. Biron* [1995] R.D.I. 112 (C.S.) et, sous l'ancien droit, *Immeubles Calista Ltée – Calista Realities Inc. c. Crédit foncier franco-canadien* [1986] R.D.I. 501 (C.S.). Alors qu'on lui refuse le droit aux loyers perçus par son débiteur (l'ancien copropriétaire) pendant la période de rétroactivité, comment pourrait-on alors lui réclamer le paiement des charges?

13) De plus, le droit actuel offre un bon équilibre puisqu'en vertu de l'article 1062 C.c., un preneur en paiement serait lié par une déclaration de copropriété inscrite avant son hypothèque, qui aurait prévu la responsabilité de tout nouveau propriétaire quant aux charges impayées par l'ancien : voir à ce sujet *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Syndicat de la copropriété les Majestics M.G. – Phase I* [1998] R.D.I. 325 (C.Q.), *Syndicat des copropriétaires Château Corot c. Banque Royale du Canada* [1999] R.D.I. 508 (C.Q.). Dans cette hypothèse, le créancier aurait prêté en toute connaissance de cause et aurait pu prendre les mesures préventives nécessaires comme il peut le faire pour les taxes foncières.

14) Enfin, dans l'hypothèse où le législateur maintiendrait cet amendement malgré l'opposition du Barreau du Québec, il est impensable que cette nouvelle disposition s'applique aux situations juridiques en cours, c'est-à-dire à tous les contrats de prêts existants au moment de l'entrée en vigueur de la loi. L'absence de mesures transitoires au projet de loi suscite des interrogations à cet égard : appliquera-t-on les dispositions de droit transitoire que l'on retrouve à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c.57), notamment l'article 4? On l'ignore. Compte tenu que ces amendements affectent les droits et obligations des parties contractantes, la loi ancienne, aux termes de cet article 4, devrait survivre. En effet, les créanciers n'ont pas pu prévoir cette nouvelle réalité juridique

et ajouter une clause dans leurs contrats pour en contrer les effets négatifs; ils n'ont pas à subir les contrecoups des choix législatifs qui se décident sur leur dos.

L'économie du *Code civil* en regard de la copropriété doit être respectée et la répartition des charges, être équitable. Le moyen choisi par le législateur n'est toutefois pas le bon. On doit préserver le régime des sûretés, en l'occurrence l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires, qu'il y aurait peut-être lieu de bonifier afin de mieux préserver les recours du syndicat et de lui assurer une meilleure garantie de paiement eu égard aux autres créanciers prenant rang avant lui actuellement. **L'article 1069 C.c. ne peut donc être modifié comme on le propose au projet de loi.**

Article 7 (art.1339)

Aucun commentaire.

Article 8 (art. 1726)

Voici un autre exemple très éloquent d'un amendement législatif qui ne vise qu'à remédier à un problème précis, ponctuel et bien circonscrit sur le plan géographique, problème qui est d'ailleurs à peu près réglé si on en juge par le document explicatif qui accompagnait le document de travail étudié précédemment par le Barreau : en voulant s'attaquer à ce problème précis – celui de la pyrite – on adopte une règle générale qui frappe de plein fouet l'édifice de la responsabilité civile au Québec en introduisant une nouvelle philosophie en matière de vices cachés. Un tel chambardement, non seulement ébranle mais attaque l'intégrité conceptuelle du *Code civil* : rien en effet ne justifie qu'on fasse reposer désormais tout le risque sur le seul acheteur, victime innocente, plutôt que

sur le vendeur, lequel a reçu pleine valeur pour un bien qui était pourtant affecté d'un vice au moment de la vente, même si celui-ci n'était pas connu des parties.

L'opportunité de l'amendement

Le document de travail que le Barreau du Québec a eu l'opportunité d'étudier avant le dépôt du présent projet de loi affirme, à juste titre, que le régime actuel de responsabilité du vendeur n'a pas posé de difficultés importantes jusqu'à maintenant. Pourtant, le Québec a connu dans le passé des situations juridiques analogues, parfois pires, où des vices cachés ont même occasionné des problèmes de santé chez de nombreuses personnes ainsi que plusieurs faillites – on n'a qu'à penser à la mousse isolante d'urée formaldéhyde – ; on n'a pas ressenti alors le besoin de modifier les règles du *Code civil* pour autant. Pourquoi maintenant ? En quoi la solution avancée par l'amendement proposé va-t-elle solutionner le problème de la pyrite ? Ne risque-t-elle pas au contraire de faire apparaître d'autres recours, contre d'autres personnes, basés sur des fondements juridiques autres que la garantie légale de qualité ? en dommages-intérêts par exemple contre l'inspecteur en bâtiment, voire même contre l'agent d'immeuble ? En outre, la nouvelle méthode d'analyse (CTQ-M100), combinée au programme gouvernemental d'indemnisation pour les maisons construites avant le 15 avril 1999, ne règle-t-elle pas le problème ? On semble associer, au document de travail, la nécessité d'un changement législatif à l'avènement des dommages attribuables à la présence de pyrite dans la pierre concassée ; or, à la lecture des deux paragraphes reliés à l'hypothèse du maintien du statu quo, le problème semble à toutes fins utiles réglé. Pourquoi alors un tel chambardement des règles de droit ? Il ne serait pas sérieux de trouver dans la seule crainte de l'avènement éventuel de cas hypothétiques la justification d'un tel changement...

En outre, pourquoi régler un problème aussi précis – celui de la présence de pyrite dans les remblais – en introduisant une règle d’application aussi large et générale, une règle qui constitue une brèche importante dans un système cohérent qui, depuis plus de 130 ans, a fait ses preuves ? La mesure proposée dépasse largement le problème de la pyrite.

De plus, un bref survol de la jurisprudence récente tend à démontrer qu’une faible proportion des recours, en matière de vices cachés, ont comme cause d’action la présence de pyrite, ce qui signifie qu’on pénaliserait une majorité de justiciables qui pourraient exercer un recours utile en vertu des règles actuelles puisque l’amendement couvrirait tous les types de vices cachés. Indépendamment de la question de la pyrite, aucun jugement ne justifie pareil revirement de nos règles de droit.

Enfin, on comprend mal un tel chambardement alors que pour la personne qui décide, en vertu des règles actuelles, de poursuivre en raison de dommages causés par la présence de pyrite, la preuve de l’antériorité du vice, qui est souvent un problème dans beaucoup de causes de vices cachés, est dans ce cas-ci des plus aisées.

Les difficultés engendrées

L’on prétend, par l’amendement projeté, vouloir corriger une injustice sociale selon laquelle une personne de bonne foi est actuellement responsable des vices qui affectent le bien vendu et qui se manifestent longtemps après la vente. Mais, en admettant que cette même personne, si elle avait su au moment de la vente que son bien était affecté d’un vice, l’aurait vendu beaucoup moins cher, n’est-il pas normal qu’elle redonne à celle qui subit les dommages causés par l’apparition du

vice le trop perçu au moment de la vente ? Cette dernière personne – l’acheteur – qui subit les dommages n’est-elle pas aussi une victime innocente ? Pourquoi lui enlever tout recours utile parce que, malheureusement pour elle, plus de cinq ans se sont écoulés depuis la vente ?

En plus du fait qu’il ne règle aucunement le problème de la pyrite, l’amendement proposé à l’article 1726 du Code pose de sérieux problèmes au niveau de la cohérence des règles de droit.

- 1) On peut s’interroger sur les motifs qui justifient que cette règle ne vise que les immeubles à usage d’habitation, alors que les propriétaires de ces immeubles sont en général plus vulnérables sur le plan financier que les propriétaires d’immeubles commerciaux. On ne voit pas pourquoi le législateur, s’il est convaincu de la justesse de son argument quant aux immeubles à usage d’habitation, n’y verrait pas la même logique quant aux immeubles commerciaux, lesquels peuvent tout aussi bien être affublés de vices cachés que les immeubles à usage d’habitation.
- 2) Il nous semble indéfendable sur le plan des principes de déterminer de manière accidentelle l’identité de celui qui portera le risque (celui qui se trouvera à être le propriétaire au moment où apparaîtront les vices cachés si l’achat remonte à plus de cinq ans).
- 3) L’amendement introduit la notion de faute dans les dispositions de garanties légales auxquelles est assujéti le vendeur. Par cet ajout et en empruntant vraisemblablement le délai de cinq ans au régime de responsabilité applicable à l’entrepreneur, à l’architecte et à l’ingénieur (art. 2118 C.c.Q.), le législateur confond présomption de responsabilité et responsabilité stricte, responsabilité et garantie, contrat et exigence légale.

Le document de travail préalablement étudié utilise cet emprunt pour justifier l'amendement suggéré : « elle permettrait de rétablir un certain équilibre entre la situation faite au vendeur et le régime de responsabilité qui incombe présentement à l'entrepreneur en construction, lequel n'est tenu, en l'absence de faute prouvée, qu'à l'égard des vices de conception, de construction, de réalisation de l'ouvrage ou afférents au sol qui se manifestent dans les cinq ans qui suivent la fin des travaux ; ». Or, il ne saurait être question de « rétablir un certain équilibre » entre la situation du vendeur et celle de l'entrepreneur en construction, ces deux situations ne pouvant être comparées puisqu'elles relèvent de deux régimes juridiques différents obéissant à des règles différentes.

- 4) Alors que jusqu'à ce jour, on avait un délai de prescription en matière de vices cachés – le délai commençait à courir à compter de l'apparition du vice indépendamment de la date d'achat de l'immeuble – voilà qu'on le transforme et en limite la portée en le doublant d'un délai de déchéance.
- 5) Le délai de cinq ans est tout à fait arbitraire. Pourquoi cinq ans et pas trois, ou huit ou dix ? La qualité est-elle moins importante aux yeux du propriétaire après six ans qu'après quatre ans ? Certainement pas, surtout en matière d'immeuble. La qualité d'un produit ou d'un immeuble est importante quand vient le temps d'acheter : c'est en effet un facteur qui, généralement, pèse assez lourd dans la balance de l'acheteur. Peu importe qu'il se soit écoulé quatre, huit ou dix ans depuis la vente, elle demeure un élément déterminant pour le propriétaire.
- 6) L'article 13 du projet de loi fait que la nouvelle disposition s'appliquera aux situations juridiques en cours, ce qui aura pour effet d'éteindre des

droits avant même qu'ils ne naissent ou qu'on ait la possibilité de les exercer. Est-ce ainsi qu'on prétend protéger les justiciables ?

- 7) Le législateur sous-estime par cet amendement les mécanismes de contournement que les parties adopteront : on assistera à la multiplication de clauses contractuelles, à l'émergence d'une florissante industrie d'inspecteurs en bâtiments ainsi qu'à de nombreuses poursuites légales dirigées contre de nouveaux défendeurs (agents d'immeubles, inspecteurs, autorités municipales, etc.).
- 8) On peut enfin se demander quels impacts aura cet amendement sur la vente des maisons, sur le plan de certification des maisons neuves et autres programmes de garanties.

Le Barreau du Québec croit fermement que l'adoption de cet amendement engendrera beaucoup plus de difficultés qu'elle n'en règlera. Il s'y oppose donc vigoureusement, en s'appuyant sur les propos suivants extraits du document de travail étudié précédemment, dans la section pourtant censée supporter l'amendement législatif :

« Par contre, une telle solution présenterait, comme inconvénient d'importance, celui de modifier un régime de responsabilité pour vices cachés qui, à ce jour, a tout de même permis de régler adéquatement la majorité des problèmes ayant pu surgir en cette matière, simplement pour couvrir, au-delà de cas hypothétiques, celui, d'ailleurs circonscrit à certaines zones à risques seulement, des pertes liées à la pyrite que les mesures actuelles ont déjà permis de solutionner en grande partie, notamment grâce au programme d'aide instauré. »

Si le gouvernement veut aider les victimes de la pyrite, il le fera beaucoup plus efficacement en prolongeant et en bonifiant son programme d'indemnisation plutôt que de bouleverser les règles établies du droit civil.

Si toutefois, le législateur tenait absolument à modifier la règle actuelle de la garantie du vendeur contre les vices cachés, il devrait à tout le moins l'étendre à tous les immeubles et en exclure le constructeur et le promoteur de façon à ce que ceux-ci puissent encore être poursuivis même après cinq ans, tout comme le vendeur de mauvaise foi.

Article 9 (art. 2179)

Le Barreau du Québec s'oppose à l'amendement proposé parce qu'il retirerait du *Code civil* un concept fort utile : le mandat est parfois donné dans l'intérêt du mandataire dans le contexte d'une autre relation contractuelle existant entre le mandant et le mandataire, ou donné dans l'intérêt d'un tiers dans le contexte d'une relation contractuelle existant entre ce dernier et le mandant. Il importe dans ces cas que la stipulation d'irrévocabilité puisse avoir plein effet. Quel est le problème que l'on veut résoudre par cet amendement ? On l'ignore ; même le document de travail sur lequel le Barreau a été préalablement consulté ne fait état d'aucune difficulté pratique que cet amendement serait appelé à solutionner. L'actuel article 2179 C.c. est très fréquemment utilisé, notamment en matière commerciale (ex. : mandat donné à un notaire de déboursier des fonds; mandat ou procuration donnés pour fins de transfert de valeurs mobilières) et il constitue selon les praticiens du droit un élément très positif du nouveau Code.

On doit réaliser que le mandant et le mandataire ne sont pas dans des situations comparables. Alors que la révocation unilatérale par le mandataire n'a pas de conséquences désastreuses parce que le mandataire peut alors immédiatement être remplacé – par le mandant ou suivant le mécanisme contractuel prévu –, il en va tout autrement d'une révocation unilatérale par le mandant qui peut, par exemple, avoir convenu d'un mandat irrévocable dans l'intérêt d'un tiers (contrat d'entiercement) ou dans l'intérêt du mandataire dont il est lui-même débiteur : il

ne saurait mettre fin unilatéralement à son engagement. Le fait pour le mandant de pouvoir, aux termes de l'article 2179 actuel, s'engager pour une durée déterminée – la durée d'une transaction commerciale ou d'un financement par exemple – ou pour l'exécution d'une obligation spécifique, constitue à notre avis une limite suffisante au caractère irrévocable de l'engagement. Le fait de ne pouvoir y mettre fin unilatéralement ne lui cause aucun préjudice. Les juridictions canadiennes et nord-américaines de *common law* donnent effet à la stipulation d'irrévocabilité du mandat par le mandant.

Permettre au mandant de se désengager à son gré aurait des conséquences fâcheuses au niveau de la stabilité des contrats et des transactions, en plus d'inciter les parties contractantes faisant affaires au niveau interprovincial ou à l'échelle canadienne à choisir une autre que la loi québécoise comme loi applicable au contrat. Alors que le nouveau *Code civil* a tenté de rapprocher le Québec du reste de l'Amérique du Nord à plusieurs égards, il ne faudrait pas aller dans le sens inverse et faire en sorte de l'isoler de nouveau.

Articles 10 et 11 (art. 2667 et 2762)

Le Barreau du Québec s'oppose à ces amendements pour les raisons suivantes :

- 1) Le *Code civil* permet l'exercice de droits hypothécaires « extra-judiciairement », en l'absence d'opposition du débiteur (par exemple la vente forcée par le créancier ou la prise de possession pour fins d'administration) et l'adoption de ces amendements défavoriserait l'exercice extra-judiciaire de ces recours alors qu'on fait tout pour encourager la déjudiciarisation.
- 2) Rien n'indique qu'il s'agisse uniquement d'honoraires d'avocats. Les amendements proposés empêcheraient donc le créancier de réclamer

certaines honoraires payés à des professionnels (par exemple pour une évaluation par un architecte ou un ingénieur de la nécessité de certaines réparations, pour une évaluation environnementale, voire même le cas précis proposé par la Cour d'appel dans *164618 Canada Inc c. Compagnie Montréal Trust* [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.) « the cost of a roofer or plumber for the preservation of the property ».

- 3) Les amendements pourraient faire échec à certaines règles sur l'administration du bien d'autrui (voir notamment les articles 1300, 1302, 1337, 1367 C.c.) qui lient le créancier qui a obtenu le délaissement (art. 2768, 2773 C.c.) ; celui-ci serait tenu, en vertu de ces règles sur l'administration du bien d'autrui, d'effectuer des dépenses pour fin de bonne gestion, sans pouvoir les récupérer.
- 4) Ils rendraient invalides (par les mots « Nonobstant toute stipulation contraire »), parce que contraires au nouvel ordre public qu'ils suggèrent, les clauses aux termes desquelles les emprunteurs s'engagent à payer les honoraires et frais en question, encourus par le créancier pour conserver le bien ou pour recouvrer sa créance ; or, la légalité de ces clauses a toujours été reconnue, sous réserve de certaines limites. Rien d'ailleurs ne justifie qu'on en fasse une règle d'ordre public. Ceci constituerait une modification majeure, dans le sens contraire du droit actuel et du droit antérieur au *Code civil du Québec*. D'autres outils ont été prévus au *Code civil* pour protéger le débiteur en cas d'abus (voir notamment les dispositions sur le contrat d'adhésion et sur le contrat de consommation).
- 5) On ignore si ces amendements auront une incidence sur les frais que peut réclamer le créancier qui perçoit les créances hypothéquées (art. 2747

C.c.) ou encore sur l'application de l'article 2737 (imputation par le créancier en possession du bien mobilier hypothéqué des revenus perçus).

- 6) Il ne faut pas perdre de vue que les articles 2667 et 2762 C.c. ne se situent pas à l'intérieur d'une loi de protection de consommateur et s'appliquent à tout financement hypothécaire (hypothèque sur résidence, hypothèque sur immeubles commerciaux, gage sur valeurs mobilières, hypothèque sur propriété intellectuelle, sur universalités d'éléments d'actifs d'une entreprise, etc.).

Article 12

Aucun commentaire.

Article 13

La nouvelle règle sur la responsabilité en matière de vices cachés, si elle est adoptée, ne saurait s'appliquer aux situations juridiques en cours sans restreindre indûment et de façon totalement injustifiée les droits de certaines personnes impliquées, soit celles qui sont propriétaires d'un immeuble à usage d'habitation où se manifesteront des vices plus de cinq ans après la date de sanction de la loi.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'interprétation qu'il faut donner à l'absence de toute disposition transitoire applicable aux autres dispositions du projet de loi. Doit-on en inférer que le régime de droit transitoire prévu à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* recevra application ? Rien n'est moins sûr. Or, pour éviter de longs débats judiciaires et les coûts qu'ils entraînent, le législateur devrait être clair à cet égard et faire, à l'article 13, un renvoi à ces dispositions. Il s'agit des articles 2 à 10 de cette loi. Puisque les amendements projetés affectent sans contredit les droits et obligations des parties en cause, la loi

ancienne devrait, conformément à ces dispositions, continuer de s'appliquer aux situations juridiques en cours.

PROPOSITION ADDITIONNELLE EN DROIT DE LA FAMILLE ET DES SUCCESSIONS

Régimes de retraite et patrimoine familial : dissolution du mariage résultant du décès

Régime enregistré d'épargne-retraite

1. Problématique

Le *Code civil* stipule que lorsque la dissolution du mariage résulte du décès, le patrimoine familial est partagé entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé. Selon un courant jurisprudentiel, les droits découlant des règles sur le patrimoine familial sont transmissibles, de sorte que la succession de l'époux prédécédé peut avoir une créance à faire valoir à l'encontre de l'époux survivant. L'application de cette théorie à l'égard des droits à retraite pose des problèmes particuliers, qui diffèrent selon qu'il s'agit d'un régime enregistré d'épargne-retraite (REER) ou d'un régime complémentaire de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès (RCR).

Voici un exemple de l'application de la théorie de la transmissibilité :

- L'épouse décède sans testament, laissant un enfant âgé de trois ans. Le mari, âgé de 45 ans, a accumulé un montant important dans son REER;
- le notaire mandaté pour régler la succession informe le mari que l'enfant a droit, à titre d'héritier, à une partie de la valeur des droits accumulés dans son REER.

Souvent, le REER est l'actif le plus important de l'époux survivant. Le partage du REER avec les héritiers de l'époux prédécédé peut placer le survivant dans une situation précaire du point de vue de sa sécurité financière à la retraite.

Or, dans un contexte d'allongement de l'espérance de vie, l'État favorise une politique sociale d'encouragement à l'épargne en vue de la retraite, afin que les citoyens ne pèsent pas indûment sur les finances publiques dans leurs vieux jours. Appliquée aux régimes de retraite, la théorie de la transmissibilité produit des effets pervers, puisqu'elle contrecarre la politique sociale poursuivie par l'État en opérant, dans les faits, un transfert intergénérationnel prématuré de l'épargne-retraite.

2. Les solutions possibles

2.1 Écarter la notion de transmissibilité

Une solution consisterait à modifier le *Code civil* afin d'écarter expressément la notion de transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial, reconnaissant que le droit au partage du patrimoine a été introduit dans un but de protection du conjoint et non des héritiers.

2.2 Écarter la notion de transmissibilité, mais seulement à l'égard des droits à retraite

Selon cette solution, le *Code civil* serait modifié pour écarter expressément la notion de transmissibilité, mais seulement à l'égard des régimes de retraite, vu la destination particulière de ce type de bien et les considérations de politique sociale décrites ci-dessus.

2.3 Exclure les régimes de retraite du patrimoine familial partageable au décès

Selon cette solution, la théorie de la transmissibilité ne serait pas écartée. Toutefois, les droits au titre d'un REER seraient expressément exclus de la composition du patrimoine familial lorsque la dissolution du mariage résulte du décès (comme c'est le cas pour les RCR (art. 415 al. 3 C.c.Q.)).

En supposant que la notion de transmissibilité s'applique, l'impact de la solution 3 serait différent selon que c'est le titulaire du REER qui décède le premier, ou son conjoint :

Le titulaire du REER décède le premier

Dans cette circonstance, deux situations peuvent se présenter :

- l'époux prédécédé a légué son REER au conjoint survivant ou il a désigné ce dernier à titre de bénéficiaire (lorsque le REER est un contrat de rente) : l'époux survivant n'est pas lésé par l'exclusion du REER du patrimoine familial, puisque sa contribution à la constitution du patrimoine-retraite est compensée par les droits qui lui sont dévolus en qualité d'ayant cause;
- l'époux prédécédé a légué son REER à un tiers ou il a désigné un tiers à titre de bénéficiaire : l'époux survivant ne reçoit aucune compensation pour sa contribution à la constitution du patrimoine-retraite¹, ce qui est inéquitable.

Pour redresser cette iniquité, on pourrait adopter une approche asymétrique et prévoir que le REER est exclu du patrimoine familial dans les seuls cas où

¹ À noter que cette situation se présente déjà selon les règles actuelles, lorsque le titulaire du REER a désigné un tiers à titre de bénéficiaire. Dans cette circonstance, le REER ne fait pas partie de la succession, vidant de sa substance le droit de créance du conjoint survivant à l'encontre de la succession.

l'époux survivant reçoit le REER en qualité d'ayant cause du titulaire du REER. Lorsque le REER est dévolu à un tiers (par exemple lorsqu'un tiers a été désigné comme bénéficiaire), échappant à la succession, la créance du conjoint à l'encontre de la succession est évaluée en supposant que les droits accumulés au titre du REER durant le mariage font partie de la succession.

Le conjoint du titulaire du REER décède le premier

Le revenu de retraite du survivant est préservé, vu l'absence d'inclusion du REER dans le patrimoine familial. Le résultat est le même que selon les approches 2.1 et 2.2.

Le Barreau du Québec opte pour la **troisième solution** qui est d'ajouter les REER à la liste d'exclusions de l'article 415 3^e al. C.c.

Régime complémentaire de retraite

Les régimes complémentaires de retraite sont régis ou établis par des lois qui, actuellement, accordent au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

Ces régimes sont donc exclus de la composition du patrimoine familial lorsque la dissolution du mariage résulte du décès (art. 415 al. 3 C.c.Q.). Cette exclusion a été édictée dans le but d'éviter que le conjoint survivant n'ait à partager avec les héritiers du conjoint prédécédé, selon les règles sur le patrimoine familial, une prestation que la loi applicable au régime de retraite lui accorde en priorité.

Dans les faits, la formulation de l'article 415 al. 3 du Code civil ouvre la porte à des interprétations diverses. Ainsi, lorsque le conjoint du retraité décède en

premier, aucune prestation de conjoint survivant n'est payable du RCR. Selon certains juristes, la valeur des droits au titre du RCR ferait alors partie du patrimoine familial partageable avec les héritiers de l'époux prédécédé (en application de la théorie de la transmissibilité). Comme le retraité ne peut céder directement une partie de sa rente à la succession du conjoint prédécédé (les lois régissant ou établissant les RCR ne permettant pas de telles cessions), le retraité devra céder d'autres biens en règlement de la créance de la succession, ce qui est pourrait le mettre dans une situation financière précaire alors qu'il est déjà à la retraite.

Une modification du *Code civil* dans le sens de ce qui proposé ci-haut à l'égard du REER corrigerait ce problème.