

Association Capitant
Journées panaméennes Mai 2015
Tiers et Biens
Rapport préliminaire québécois¹
Gaële Gidrol-Mistral
Professeure, Université du Québec à Montréal
Thuy Nam Tran Tran
Notaire et chargée d'enseignement, Université de Montréal

Introduction

Qu'est-ce qu'un tiers en droit des biens? La notion de tiers n'est pas définie par le *Code civil du Québec*. Pour le droit civil, le tiers est celui qui est étranger à la relation juridique, qu'elle soit de nature réelle ou personnelle. Ainsi, le tiers ne devrait pas être affecté par les droits et obligations d'autrui. Cependant, il arrive très fréquemment que le tiers soit concerné, directement ou indirectement, par un rapport de droit auquel il est pourtant étranger. La question soulevée est alors celle de la limite ou de la relativité de la notion de tiers. Or ce tiers peut être défini selon le droit des contrats puisque majoritairement les transferts de biens s'opèrent par convention, mais aussi selon le droit des biens, ce dernier établissant une relation privilégiée entre le titulaire du droit réel et le bien.

Dans un rapport de droit personnel, entendu comme un rapport indirect entre un sujet de droit et un objet de droit, voire comme une relation d'obligations entre deux personnes, la notion de tiers est consacrée par le principe de l'effet relatif des contrats. Cette relativité des contrats permet de maintenir les tiers en dehors d'une sphère contractuelle à laquelle ils ne sont pas parties. Ainsi sont tiers ceux qui ne sont pas qualifiés de parties au contrat. Mais l'on sait que cet effet relatif connaît de nombreuses exceptions et tempéraments². Il

¹ Ce rapport constitue une version provisoire. Les auteures se réservent le droit de le modifier en vue de sa publication définitive.

² A titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 1442 du *Code civil du Québec* qui permet à certains droits personnels, accessoires au bien, d'être transmis aux tiers en dehors de toute relation contractuelle directe,

en sera certainement question dans les rapports sur « Tiers et Contrat ». Sans oublier que le contrat, en tant que fait social, est opposable aux tiers qui en ont connaissance.

Dans un contexte de droit réel³, entendu comme un rapport direct et immédiat entre un sujet de droit et un objet de droit, voire comme un rapport de puissance d'une personne sur un bien, toute personne autre que le titulaire du droit réel est un tiers. C'est d'ailleurs la grande force du droit réel que d'être opposable *erga omnes*, c'est-à-dire à tous, donc nécessairement aux tiers. Pourtant, cette affirmation est loin d'être aussi simple que le principe de l'opposabilité ne le laisse paraître. A titre d'exemple, le voisin est un tiers mais il peut limiter l'exercice du droit réel d'autrui⁴. Le propriétaire lui-même peut être un tiers par rapport à son propre bien en cas, par exemple, de vente par autrui de son bien.

Ces deux acceptions de la notion de tiers laisse apparaître une notion complexe qui cache une grande diversité de situations. Le tiers aura en effet maintes occasions de s'immiscer dans les relations juridiques des parties au contrat ou d'un maître à sa chose. Dès lors, le droit doit mettre en place des mesures qui protégeront ce tiers des apparences. La connaissance de l'existence du droit, qu'il soit constitutif, translatif ou extinctif, devient alors un enjeu essentiel.

Le droit des biens recourt principalement à deux techniques pour assurer la connaissance publique de l'existence d'un droit: la possession du bien et l'inscription de l'acte porteur du droit sur un registre spécifique public. Dans cette quête de protection des tiers, les règles de la prescription acquisitive et de la publicité des droits vont entrer tantôt en

telle l'obligation de garantie attachée à la chose. En ce sens *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 RCS 790.

³ Nous n'entrerons pas dans le débat qui vise à distinguer le droit de propriété du droit réel, entendu comme un droit sur la chose d'autrui, le droit de propriété étant considéré comme un droit réel par le *Code civil du Québec*. L'article 911 alinéa 1 dispose en effet que : « On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété **ou d'un autre** droit réel, ou encore être possesseur du bien » [nos mis en gras].

⁴ En effet, le *Code civil du Québec*, en organisant les relations entre fonds voisins, permet aux tiers de limiter l'exercice des droits des propriétaires ou titulaires de droit réel sur leur bien. On peut citer l'article 976 du *Code civil du Québec* qui permet aux voisins de faire cesser un trouble anormal de voisinage, sans que le propriétaire n'ait abusé de son droit. En ce sens, *Ciment du Saint Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 RCS 392. Voir aussi les articles 947, 977 à 1007 du *Code civil du Québec* qui posent certaines limites à l'exercice du droit de propriété.

résonance, tantôt en dissonance (2), la force probante conférée à chacune de ces techniques dépendant principalement du système de publicité mis en place (1).

I. L'hybridité du système de publicité foncière québécois

Le législateur, lors de la réforme du code civil en 1991, a codifié dans un nouveau livre les règles substantielles relatives à la publicité des droits (Livre 9). Le système québécois de publicité des droits mis en place est intrigant car il constituait un compromis entre le système moniste et le système dualiste, « un régime éclectique, mélange habilement dosé des principes régissant ces différents systèmes [suisse, français, alsace-lorrain, allemand, albertain etc.], mais fort complexe »⁵. En effet, au moment de l'adoption du *Code civil du Québec*, deux systèmes coexistaient : celui de l'inscription des actes sur un registre public et celui de l'enregistrement des droits, qui devait progressivement être mis en œuvre (A). Ce dernier, qui supposait la mise en place préalable d'un système d'immatriculation des immeubles assurant l'efficacité de la procédure d'enregistrement, a finalement été abandonné en 2000, permettant dès lors la réaffirmation de la préférence du droit civil québécois pour le système moniste et déclaratif (B). Cette valse-hésitation du législateur a cependant laissé des traces dans le système de la publicité des droits québécois.

A. La valse-hésitation des systèmes moniste et dualiste : histoire d'une réforme avortée

Le droit civil québécois repose sur le principe du consensualisme. Ainsi, le seul échange des volontés suffit à former le contrat et à constituer, éteindre ou transférer le droit. Devant le développement des transactions, notamment immobilières, cette instantanéité de la constitution des droits a soulevé très rapidement la question de la publicité des transactions. Dès 1841, l'État oblige les parties contractantes à enregistrer leurs actes afin

⁵ Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 2, p. 9 [D.-C LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*].

de combattre les effets pervers des transactions occultes, désastreux pour la sécurité des titres, du crédit et de la circulation des biens immobiliers. Mais cette introduction d'un système de publicité immobilière, qui relevait avant tout de l'empirisme, s'est avérée laborieuse⁶.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, la publicité visait uniquement à permettre aux tiers de connaître l'identité des titulaires de droits réels. Fidèle au principe du consensualisme contractuel, le législateur reconnaissait que le droit réel résultant d'un tel contrat existait *erga omnes* – à l'égard de toute personne – dès le moment de sa constitution ou de son transfert, la publicité d'un tel droit n'étant nécessaire ni à sa création, ni à son existence⁷. Cependant, certains auteurs, dans l'optique d'assurer une protection des tiers plus efficace, précisaient que « jusqu'à l'accomplissement de la formalité de l'enregistrement, l'opposabilité naturelle d'un droit réel est différée à l'égard des tiers qui acquerraient ce droit d'auteurs l'ayant préalablement cédé »⁸.

Lors de la réforme du code civil, afin de renforcer la fiabilité du système de publicité des droits, le législateur a choisi d'assurer la transition du régime québécois de publicité des actes vers un régime d'enregistrement des droits. Ce régime devait s'appliquer aux immeubles immatriculés permettant ainsi à toutes les informations cruciales d'apparaître aux registres publics (registre foncier et registre des droits personnels et réels mobiliers)⁹. S'inspirant du système dualiste privilégié dans certains pays, dans lequel la publicité des droits joue un rôle constitutif de droit grâce à la mise en place d'un système « dit d'inscription de droits »¹⁰, cette nouvelle orientation était soutenue par l'introduction notamment de deux articles novateurs qui permettaient de dépasser les effets traditionnels de la publicité informative des droits. L'enregistrement des droits entraînait ainsi la mise en œuvre de deux présomptions irréfragables de connaissance et d'existence des droits

⁶ Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Wilson & Lafleur, 2014, p. 315 [S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*].

⁷ François BROCHU, « Les nouveau effets de la publicité foncière : du rêve à la réalité? », (1999) 40 *C. de D.*, 267, 269-270 [F. BROCHU, *Les nouveau effets de la publicité foncière*].

⁸ *Id.*, note 11, à la page 270.

⁹ *Id.*

¹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport du groupe de travail sur la publicité foncière* (présidé par Jacques Auger), Québec, 1996, p. 31.

prévues aux articles 2944 al. 2 et 2962¹¹. Ces deux articles avaient vocation à s'appliquer aux immeubles immatriculés. Bien que cette immatriculation n'ait finalement jamais été mise en place et que ces deux articles aient été abrogés en 2000, il semble intéressant de relever les effets que ces deux articles auraient pu produire sur le système de publicité foncière des droits québécois. Ces réflexions apparaissent d'autant plus pertinentes que ces présomptions – aujourd'hui simples - sont toujours présentes dans le système de publicité des droits québécois.

L'objectif de la présomption absolue de connaissance des droits de l'article 2944 al 2 était de consolider le titre d'un acquéreur ou d'un possesseur, sans considération de sa bonne ou mauvaise foi. Il prévoyait en effet qu'un droit inscrit à l'égard d'un immeuble immatriculé¹² était réputé connu de manière irréfragable de celui qui acquérait ou publiait un droit sur cet immeuble, permettant ainsi l'acquisition d'un droit réel immobilier inscrit à tort à l'origine. L'acquéreur ayant inscrit son droit réel immobilier aurait vu son droit consolidé, peu importe sa bonne ou mauvaise foi, dès lors qu'aucune contestation n'était soulevée dans les dix ans suivants l'inscription. Cette présomption laissait donc au véritable propriétaire dix ans pour contester le droit inscrit par le tiers erronément. Passé ce délai, l'inscription au registre foncier aurait valu titre. L'article 2944 al 2 accomplissait, par voie de présomption irréfragable, les effets de la prescription acquisitive de plein droit sans être soumis aux conditions de la possession utile¹³. L'auteur François Brochu précisait qu'« [à] terme, le nouvel article 2944, al. 2 [aurait permis] à la publicité foncière de faire une percée importante dans un domaine qui, encore aujourd'hui, relève exclusivement de la prescription acquisitive, faisant perdre à

¹¹ Ces deux articles ont été abrogés par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, entrée en vigueur le 5 décembre 2000 (proclamation), (2000) 51 G.O. II, 7377.

Article 2944 al. 2 C.c.Q. : « L'inscription sur le registre foncier d'un droit de propriété dans un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, si elle n'est pas contestée dans les dix ans, emporte de même présomption irréfragable de l'existence du droit. »

Article 2962 C.c.Q. : « Celui qui acquiert un droit réel sur un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, en se fondant de bonne foi sur les inscriptions du registre, est maintenu dans son droit, si celui-ci a été publié. »

¹² Dans les années 90, un immeuble immatriculé était un immeuble cadastré, porté sur le registre foncier actualisé, D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 31, p. 32.

¹³ Louise ROLLAND, *La bonne foi dans le Code civil du Québec: du général au particulier*, (1996) 26 R.D.U.S. 377, 377 et 389.

cette dernière une part considérable de sa pertinence et de son utilité en tant que mode d'acquisition et de preuve des droits réels »¹⁴.

L'objectif de la présomption absolue d'existence de droit prévue à l'article 2962 C.c.Q.¹⁵ était de protéger les acquéreurs de bonne foi contre l'absence de titre de leur auteur en leur offrant une garantie de validité des droits inscrits sur le registre foncier. Cette protection exorbitante du droit commun devait être interprétée restrictivement. C'est pourquoi, elle n'aurait pas couvert « la foi qu'un acquéreur pourrait avoir en la validité de son propre titre. L'article 2962 ne pourrait pas non plus protéger un acquéreur qui, s'étant fondé de bonne foi sur le fait que son vendeur, inscrit sur le registre foncier, était propriétaire, aurait fait usage de violence ou aurait employé des manœuvres dolosives pour conclure un acte d'achat et le faire publier. Seul l'article 2944, al. 2 pourrait alors venir à son secours »¹⁶.

Les articles 2944 al.2 et 2962 C.c.Q. constituaient un arsenal juridique de protection des tiers d'autant plus efficace qu'ils visaient des situations différentes. « Le premier sert à protéger un acquéreur dont le propre titre est vicié, lorsqu'une période de plus de dix ans s'est écoulée depuis son acquisition ; le second se borne à protéger un acquéreur de bonne foi contre l'absence de titre de son auteur. En effet, en présence d'un acquéreur de mauvaise foi, qui ne peut invoquer l'article 2962 C.c.Q., l'article 2944 al.2 C.c.Q. peut prendre le relais si le titre de son auteur et le sien étaient inscrits sans contestation depuis au moins 10 ans »¹⁷.

Ces deux articles concurrençant la prescription acquisitive, cette dernière aurait joué dès lors un rôle très secondaire dans le droit des biens québécois, remettant ainsi en cause des règles essentielles du livre de droit des biens. Cette réforme n'a cependant pas été menée à terme puisqu'en 2000, ces deux articles ont été abrogés. Quelques auteurs relèvent que cette décision aurait surtout été motivée par le coût anticipé du virage informatique et

¹⁴ *Id.*, p. 304.

¹⁵ Le professeur Brochu indique que le législateur québécois s'est inspiré des droits suisse et allemand : F. BROCHU, préc., note 7, p. 280.

¹⁶ *Id.*, p. 284 (références omises).

¹⁷ *Id.*, p. 307.

technologique pris par les bureaux de la publicité des droits dès 2001¹⁸. Le professeur Brochu se désolait en 1999 que cette réforme technologique coûteuse (quatre-vingt-dix millions de dollars) ait freiné la réforme de fond du système de la publicité des droits¹⁹, constatant que « la preuve des titres continuera de reposer sur la prescription acquisitive et la publicité des droits conservera le rôle marginal qu'elle a toujours joué »²⁰.

Le rôle purement déclaratif de la publicité des droits, conforme à la tradition du système moniste, se trouvait ainsi pleinement réaffirmé.

B. La réaffirmation de la primauté du système moniste et de la déclarativité de la publicité

Le système de publicité des droits adopté par le Québec repose sur un système moniste puisque le seul échange des volontés permet de former le contrat (art. 1385 C.c.Q.) et de constituer, éteindre ou transférer un droit réel (art. 1433 al. 2 C.c.Q.). Le transfert des droits réels se fait donc *solo consensu*, au moins pour les corps certains, puisque l'article 1453 alinéa 1 C.c.Q. dispose que le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, même si la délivrance ou la détermination du prix n'a pas encore eu lieu. Au contraire, le transfert de propriété d'une chose de genre est conditionné à l'individualisation du bien, qui se fera très souvent au moment de la délivrance de la chose (art. 1453 al. 2 C.c.Q.). Le législateur a donc renouvelé son attachement aux principes de l'autonomie de la volonté

¹⁸ Les appels d'offre avaient été lancés par le Ministère de la justice dès novembre 1996 pour implanter un système de communication interactive entre les bureaux de publicité des droits et les utilisateurs notamment par l'accessibilité des actes publiés après leur numérisation et la possibilité de produire la réquisition d'inscription en ligne : F. BROCHU, préc., note 7, p. 319 et suiv.; S. NORMAND, préc., note 6, p. 350.

¹⁹ Économiquement, les contribuables québécois n'auraient sans doute pas acceptés à la fois de contribuer à la coûteuse réforme des bureaux de la publicité des droits visant à permettre aux notaires (entre autres) d'effectuer leur examen de titres compte tenu de l'accessibilité des documents en ligne et de payer pour des rapports de réactualisation de leurs droits tous les 9 ans, si l'article 2962 C.c.Q. avait été maintenu, le tout afin de garantir la force probante du système de publicité des droits.

²⁰ F. BROCHU, préc., note 7, p. 321.

et du consensualisme contractuel en réaffirmant que la constitution, le transfert ou l'extinction des droits réels a lieu sans que le droit n'ait besoin d'être publié²¹.

Pourtant, si l'existence des droits réels ou personnels n'est pas conditionnée à leur publication, les droits réels portant sur des immeubles ne sont opposables aux tiers qu'à partir du moment où ils sont publiés « suivant les règles relatives à la publicité des droits » précise l'article 1455 du *Code civil du Québec*. En matière immobilière, c'est donc la publicité des droits qui rend le droit opposable aux tiers. En matière mobilière, la possession fait office de publicité (art. 1455 C.c.Q.) et le possesseur pourra bénéficier de la présomption de titularité énoncée à l'article 928 C.c.Q.

Bien que visant majoritairement des actes portant sur des immeubles, la publicité des droits vise aussi quelques droits personnels ou réels mobiliers. En effet, la réforme du Code civil a abouti à l'instauration de deux registres distincts : le Registre des droits personnels et réels mobiliers et le Registre foncier du Québec (art. 2934 al. 1 C.c.Q.). Par conséquent, sont soumis à la publicité tant les acquisitions, constitutions, reconnaissances, modifications, transmissions et extinctions portant sur les droits réels immobiliers, principaux comme accessoires (art. 2938 al. 1 C.c.Q.), que certains actes établissant des droits personnels et réels mobiliers telles les restrictions au droit de disposer (art. 2938 al. 2 et 3 et 2939 C.c.Q.).

Les auteurs Lamontagne et Duchaine précisent que « [c]es dispositions visent soit à assurer l'opposabilité des droits existants de façon large [...] – soit à consacrer l'inopposabilité des droits éteints »²². Si la majorité des actes portant sur les droits réels immobiliers²³, y compris les actes de l'État²⁴, se trouvent concernés par les règles

²¹ Voir notamment les articles 1385, 1453, 1455 et 2941 C.c.Q. L'alinéa 2 de l'article 2941 C.c.Q. rappelle ainsi que « [e]ntre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi ». Cependant, exceptionnellement, la publicité des droits crée des droits à l'égard des parties elles-mêmes : voir l'article 1062 C.c.Q. qui édicte que « [l]a déclaration de copropriété lie les copropriétaires, leurs ayants cause et les personnes qui l'ont signée et produit ses effets envers eux, à compter de son inscription ».

²² D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 23, p. 20.

²³ Par exemple, la promesse de vente n'est pas publiée car il s'agit d'un droit personnel : S. NORMAND, préc., note 6, p. 316 et D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 23, p. 20.

relatives à la publicité des droits, au contraire, seuls quelques droits personnels et réels mobiliers sont soumis à la formalité de la publicité (art. 2938 al. 3 C.c.Q.).

Disposition de droit nouveau²⁵, l'article 2936 C.c.Q. suggère que le régime québécois de publicité des droits est d'ordre public puisque « [t]oute renonciation ou restriction au droit de publier un droit soumis ou admis à la publicité, ainsi que toute clause pénale qui s'y rapporte, sont sans effet. »

Si la publicité des droits joue essentiellement un rôle informatif vis-à-vis des tiers, elle est aussi un outil de datation de l'opposabilité des droits aux tiers permettant la protection des titulaires du droit publié. Le Livre IX « De la publicité des droits » s'ouvre d'ailleurs sur l'article 2934 C.c.Q. dont l'alinéa 2 affirme que « l'inscription profite aux personnes dont les droits sont ainsi rendus publics ». L'inscription des droits sur les registres publics permet en effet à ces derniers de prendre rang selon la date, l'heure et la minute inscrites sur le registre approprié (art. 2945 C.c.Q.), sous réserve de certaines exceptions (notamment certaines hypothèques mobilières) et sauf le mécanisme de préinscription que nous ne verrons pas ici²⁶.

Ainsi, la publicité sert d'instrument de règlement des conflits de droits réels. Plusieurs règles spécifiques départagent les droits en conflit parmi lesquelles nous avons relevé ces hypothèses :

1. Lorsque des inscriptions concernant un même bien et des droits de même nature sont requises en même temps, à la minute près, les droits sont inscrits de manière proportionnelle (art. 2947 C.c.Q.);

²⁴ Article 2940 C.c.Q. : « Les transferts d'autorité relatifs à des immeubles par le gouvernement du Québec en faveur du gouvernement du Canada, et inversement, sont admis à la publicité. Il en est de même des transferts d'autorité par le gouvernement du Canada ou par le gouvernement du Québec en faveur de personnes morales de droit public, et inversement. L'inscription du transfert s'obtient par la présentation d'un avis qui désigne l'immeuble visé, précise l'étendue de l'autorité transférée, ainsi que la durée du transfert, et qui indique la loi en vertu de laquelle le transfert est fait. »

²⁵ D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 14, p. 16.

²⁶ Voir les articles 2966 à 2968 C.c.Q. et D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 49 et suiv., p. 46 et suiv.

2. L'hypothèque immobilière prend rang à compter de la publication du titre du constituant mais après l'hypothèque du vendeur (art. 2948 al.1 C.c.Q.);
3. Les hypothèques légales des constructeurs viennent en concurrence, proportionnellement à la valeur de chacune des créances en prenant rang avant toute autre hypothèque publiée pour la plus-value apportée à l'immeuble (art. 2952 C.c.Q.).

Le cas particulier de la vente successive est intéressant. Les règles de la publicité des droits permettent de trancher le conflit en matière immobilière (art. 1455 C.c.Q.). Ainsi, en cas d'aliénations concurrentes réalisées par le même propriétaire à des acquéreurs distincts, celui qui a publié son titre avant les autres, sans égard à la date de la transaction contractuelle, se trouve avantagé par le régime de la publicité des droits²⁷. L'article 2946 C.c.Q. prévoit en effet une règle permettant de résoudre le cas des doubles ventes immobilières en édictant que « [d]e deux acquéreurs d'un immeuble qui tiennent leur titre du même auteur, le droit est acquis à celui qui, le premier, publie son droit ».

En matière mobilière, la mise en possession du bien jouera ce rôle de publicité mais uniquement à l'égard de l'acquéreur de bonne foi (art. 1454 C.c.Q.).

Ces deux articles font clairement obstacle à l'application de l'adage *nemo plus juris ad alium transfere postest quam ipse habet*. En effet, l'adage selon lequel « on ne peut transférer plus de droit qu'on en a » est écarté au profit de la règle de la publicité puisque la préférence est accordée à celui qui a publié ou à celui qui est mis en possession en premier et non à celui qui, en vertu du principe du consensualisme, aurait dû bénéficier du transfert de droit de propriété.

Le cas de la vente du bien d'autrui est lui aussi intéressant. La publicité étant déclarative, elle s'avère cette fois peu utile pour départager les prétentions de deux acquéreurs ayant acquis des droits concurrents d'auteurs distincts se prétendant chacun propriétaire du bien (acquisition *a non domino*)²⁸. C'est donc le régime de l'appropriation par prescription

²⁷ *Id.*, p. 270-271.

²⁸ *Id.*, p. 272.

acquisitive qui restera le moyen privilégié de régler ces conflits, la possession jouant alors le rôle de publicité à l'égard des tiers, tout en permettant à la prescription acquisitive de s'accomplir, sauf le cas où le véritable propriétaire demanderait la nullité de la vente pour exercer son droit à revendication (art. 1714 C.c.Q.). D'ailleurs les auteurs Lamontagne et Duchaine rappellent que « la publicité a un rôle purement confortatif »²⁹. Le droit n'a en effet nul besoin d'être publié pour exister. La publicité n'a pas pour rôle de constituer le droit, ni même de le consolider en le purgeant de ses vices, mais simplement de renforcer sa force probante par le jeu de présomptions qui entrent en résonance et dissonance dans la protection des tiers.

II. Résonance et dissonance dans la protection des tiers

L'effet principal de la publicité des droits est de rendre opposable les droits publiés au tiers (art. 2941 al.1 C.c.Q.). En effet, si les actes ne sont pas inscrits au registre foncier, ils ne produisent d'effet qu'entre les contractants et non à l'égard des tiers qui y sont étrangers (art. 2941 al.2 C.c.Q.). Ainsi, en l'absence d'une inscription de l'acte, un tiers, acquéreur subséquent, ne sera pas tenu par le droit non publié³⁰.

En matière immobilière notamment, ce régime de publicité a été renforcé par la mise en œuvre de règles assurant une certaine force probante aux droits publiés, mais qui peuvent entrer en conflit avec certaines règles du droit des biens ou du droit des obligations. La protection des tiers repose ainsi sur la mise œuvre de deux présomptions de droit nouveau : la présomption de connaissance (A) et la présomption d'existence des droits publiés (B).

²⁹ D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 29, p. 31.

³⁰ En ce sens, *Beaulieu c. Sinotte*, 2011 QCCA 1743, [2011] J.Q. no 13435, par. 61-63 (juge Bich). Dans cette décision la Cour d'appel du Québec a rappelé que l'acquéreur subséquent d'un fonds servant dont la servitude conventionnelle n'a pas été publiée, ne sera pas tenu de supporter cette charge, et ce même s'il en avait eu connaissance. Sylvio NORMAND, préc. note 6, p. 326.

A. La présomption de connaissance des droits publiés : exception à la présomption de bonne foi

L'inscription au registre foncier d'un droit réel portant sur un immeuble crée une présomption de connaissance à l'égard de celui qui acquiert ou publie un droit sur ce même bien (art. 2943 al.1 C.c.Q.). Contrairement à ce que prévoyait la réforme de 1991, cette présomption est simple et supporte donc la preuve contraire (art. 2847 C.c.Q.)³¹. Elle impose donc à tout acquéreur potentiel d'un bien l'obligation de vérifier l'inscription d'un droit réel sur le registre concerné. A défaut, le tiers négligent ne pourra invoquer sa bonne foi (art. 2943 al. 2 C.c.Q.). Ainsi, la présomption de connaissance s'accompagne d'une présomption absolue de mauvaise foi qui ne peut être repoussée. Cette présomption de mauvaise foi constitue une exception au principe général de bonne foi énoncé à l'article 2805 du *Code civil du Québec*.

Or, cette qualification quasi-automatique de mauvaise foi a des répercussions importantes sur les règles d'acquisition de la propriété des biens.

Dans le domaine de la prescription acquisitive (acquisition originaire), cette présomption de connaissance fera de tout possesseur un possesseur de mauvaise foi. En effet, l'article 932 du *Code civil du Québec* définit la mauvaise foi en matière de possession comme la connaissance de l'absence de titre. La présomption de connaissance du titre publié rend nécessairement tout possesseur d'un bien immeuble de mauvaise foi dès lors qu'un titre a été publié sur le bien. Certes, le possesseur n'a nul besoin d'être de bonne foi pour prescrire la propriété du bien et, en matière immobilière, le délai de prescription étant de dix ans (art. 2918 C.c.Q.), la bonne ou mauvaise foi du possesseur est indifférente. Cependant, cette dernière a des conséquences importantes en matière de compensation des fruits, des revenus³² et des impenses³³ puisque le possesseur qui n'aura pas prescrit la

³¹ Cette présomption simple est conforme à une jurisprudence développée par la Cour d'appel du Québec au milieu du vingtième siècle : *Darling c. Bricault*, (1924) 37 B.R. 388 (position du juge Létourneau) ; *Beaudry c. Vandal*, (1953) C.S. 328 ; *Gagnon c. Ross*, (1956) C.S. 239 ; *O'Donnell c. Shorter*, (1964) C.S. 633 ; *Landry c. Boudreau*, (1976) C.S. 954.

³² C.c.Q., art. 931.

³³ C.c.Q., art. 933 et 958-963.

propriété du bien possédé, tiers vis-à-vis du bien concerné, sera présumé de mauvaise foi³⁴. Or le régime de compensation est nettement plus défavorable au possesseur de mauvaise foi. En matière de prescription mobilière, cette présomption de mauvaise foi aura pour conséquence l'allongement du délai de prescription acquisitive à dix ans (art. 2917 C.c.Q.) alors que le possesseur de bonne foi n'a besoin que d'un délai de trois ans (art. 2919 C.c.Q.).

Dans le domaine du transfert conventionnel des biens (acquisition dérivée), cette présomption de connaissance réduit de manière significative la portée de la garantie accessoire au droit de propriété due par le vendeur d'un immeuble. En effet, « le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien est libre de tous droits, à l'exception de ceux qu'il a déclarés lors de la vente » (art. 1723 al. 1 C.c.Q.). Or, l'inscription d'un droit valant déclaration d'existence de ce droit et donc dénonciation, le mécanisme de la présomption de connaissance permet de présumer que l'acquéreur connaissait les droits inscrits. Ainsi, le jeu cumulatif des articles 1723 et 2943 C.c.Q aura pour conséquence indirecte de dispenser le vendeur de garantir les charges publiées puisque l'acquéreur est présumé en avoir connaissance. Cette présomption de connaissance empêche l'acquéreur de bénéficier de la garantie du droit de propriété pour les droits inscrits³⁵, sauf s'il peut la repousser en démontrant, par exemple, que cette inscription a été faite sur le mauvais immeuble. Cette conséquence s'appliquant de manière pratique essentiellement au jour où cet acquéreur vendra à son tour son immeuble, l'on comprend que le nouvel acquéreur, tiers vis-à-vis du premier vendeur, se trouvera lui aussi privé de la garantie du vendeur qui suit le bien³⁶.

La présomption de connaissance des titres publiés a donc des incidences importantes sur les tiers qui se retrouvent parfois pris au piège d'une présomption de mauvaise foi.

³⁴ D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n°32, p. 33 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 763, 764 et 773 à 782, p. 517 à 521.

³⁵ *Id.*; voir *Chartré c. Exploitation agricole et forestière des Laurentides Inc.*, [2002] R.J.Q. 1623 (C.A.).

³⁶ Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 126. « Concrètement, lorsque l'actuel vendeur a acquis sa propriété, il était présumé connaître tout droit alors publié, sauf preuve contraire. Or, cette connaissance ne saurait s'effacer entre ce moment et celui où il revend le bien, de sorte que la présomption de connaissance, indirectement, s'appliquera à lui lors de la revente, avec les conséquences qu'on sait sur le délai du préavis ».

La présomption d'existence du droit publié, également consacrée par le législateur québécois, va elle-aussi se confronter à certaines règles du droit des biens et du droit des obligations.

B. La présomption d'existence des droits publiés : atténuation des effets du consensualisme

Véritable innovation de la réforme du *Code civil du Québec*, la présomption d'existence du droit publié freine considérablement les effets du consensualisme. Cette présomption, prévue à l'article 2944 C.c.Q., prévoit que « [l']inscription d'un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l'égard de tous, présomption simple³⁷ de l'existence de ce droit ». Cette présomption permet de considérer, jusqu'à preuve du contraire, les énonciations publiées comme vraies³⁸. Elle s'accompagne donc d'une présomption simple d'exactitude des informations contenues dans l'acte.

Grâce à cette présomption, le titulaire d'un droit inscrit au registre foncier n'a pas le fardeau de prouver la réalité de ce droit³⁹. Cette présomption d'existence ne vise que l'inscription du droit et « se désintéresse aussi bien de la bonne ou mauvaise foi du titulaire de l'inscription que de la validité ou la nullité de l'acte juridique sur lequel repose l'inscription »⁴⁰.

Pour le professeur François Brochu, la genèse de cet article emprunte au droit alsacien-lorrain et aux codes civils suisse et allemand⁴¹. Cette présomption d'existence montre une certaine malléabilité, voire hybridité, du système de publicité québécois puisque, s'il apparaît logique qu'une telle présomption d'existence du droit soit établie dans les

³⁷ La présomption simple est réfragable selon l'article 2847 C.c.Q.

³⁸ S. NORMAND, préc., note 6, p. 327.

³⁹ F. BROCHU, préc., note 7, p. 276.

⁴⁰ *Id.*, p. 296.

⁴¹ Le professeur Brochu réfère plus précisément aux articles 861 du B.G.B., 937 du *Code civil suisse* et 41 de la loi du 1^{er} juin 1924 *mettant en vigueur la législation civile française dans les provinces du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, J.O. 3 juin 1924 : voir F. BROCHU, préc., note 7, p. 276 ; D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 33, p. 35.

systèmes dualistes, seule l'inscription emportant création de droit réel, cette technique semble plus difficilement conciliable avec les principes d'un système moniste qui ne reconnaît à la publicité qu'un rôle déclaratif et non constitutif.

La présomption d'existence de droit va ainsi interagir avec plusieurs règles du droit des biens ou des obligations.

Les auteurs Lamontagne et Duchaine envisagent notamment la situation de conflit entre la présomption d'existence de droit et la présomption de titularité établie en matière possessoire (art. 928 C.c.Q.). Ces auteurs concluent que la présomption d'existence de droit devrait l'emporter sur la présomption de titularité :

« Pour autant que l'inscription soit démontrée, la première présomption semble avoir priorité sur la seconde, puisque s'imposant "à l'égard de tous", ce qui pourra obliger le possesseur d'un immeuble à démontrer l'accomplissement de la prescription, l'erreur d'inscription, ou à établir autrement la preuve de sa propriété. »⁴²

Ainsi, la présomption d'existence de droit aurait une force probante supérieure à la présomption de titularité de la possession. Le possesseur, tiers vis-à-vis du bien, se trouvera donc écarté au profit de celui qui a publié son droit, peu importe que ce dernier soit titulaire ou non du droit, qu'il soit de bonne ou mauvaise foi. Cette présomption de titre pourrait donc être opposée par un tiers de mauvaise foi à un tiers de bonne foi, sauf dans le cas où la prescription acquisitive est accomplie.

Cette présomption se heurte au principe du consensualisme selon lequel le système de publicité des droits ne devrait pas avoir pour effet de prouver l'existence d'un droit⁴³. Ainsi, nul ne saurait prendre appui sur la seule publication d'un acte de vente pour établir la preuve de l'existence de son droit de propriété sur le bien. La règle *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* devrait empêcher qu'un titre publié sans droit ne puisse être opposé au véritable propriétaire du bien⁴⁴. Seule la prescription acquisitive devrait permettre dans un tel système de corriger de manière irrévocable les irrégularités

⁴² D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 33, p. 36.

⁴³ En ce sens, S. NORMAND, préc. note 6, p. 327, spéc. section 4.2 « Absence de valeur probante » :

⁴⁴ *Id.*, p. 327.

des titres. En effet, le système contemporain de la publicité des droits n'ayant pas de force probatoire absolue, la prescription acquisitive est souvent le seul moyen permettant au notaire, examinateur de titre, de « souder les maillons faibles » d'une chaîne de titre déficiente⁴⁵. Pour permettre à la prescription acquisitive de jouer son rôle de régulateur des titres, la publicité n'a pas pour effet d'interrompre la prescription acquisitive (art. 2957 C.c.Q.)⁴⁶.

Cette présomption d'existence pourra cependant être opposée au tiers, possesseur du bien, qui n'a pas encore accompli le délai utile à la prescription acquisitive puisque la présomption de titularité des droits cède devant celle de l'existence du titre. Le tiers possesseur sera donc écarté au profit de celui qui a publié un titre, dès lors que la présomption d'exactitude ne se trouve pas remise en cause par une preuve contraire. Ainsi, peu importe que celui qui a publié soit effectivement titulaire du droit, il bénéficiera d'une présomption d'existence et d'exactitude du titre qu'il pourra opposer au tiers, possesseur ou acquéreur.

Parfois, cette présomption d'existence cèdera devant la preuve contraire. Dans cette hypothèse, la théorie des droits apparents pourra prendre le relais, à la condition que le tiers soit de bonne foi. « La théorie des droits apparents protège [en effet] le tiers de bonne foi qui a traité avec le titulaire apparent »⁴⁷. Cette théorie suppose la réunion de quatre conditions: l'acquisition d'un droit réel; le droit réel doit porter sur un immeuble ; l'acquéreur doit s'être fié de bonne foi aux inscriptions du registre; et enfin le droit acquis doit avoir été publié. Les auteurs Lamontagne et Duchaine rappellent que « [à] ces quatre conditions, le tiers devient titulaire du droit concerné, sans même que le disposant ne soit le *verus dominus*, sous réserve du recours en dommages-intérêts de ce propriétaire contre l'aliénateur et sans préjudice des droits du créancier hypothécaire, le cas échéant »⁴⁸. Ainsi, si la chaîne de titres paraît complète *prima facie*, l'acquéreur de bonne foi est maintenu dans son droit, sans qu'il soit nécessaire que dix ans de possession se soient

⁴⁵ François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2006) 108 *R. du N.* 197, 199.

⁴⁶ Avant 2000, le second alinéa de cet article (aujourd'hui abrogé) prévoyait au contraire que la publicité d'un immeuble immatriculé interrompait la prescription acquisitive de ce droit, qui devenait impossible.

⁴⁷ D.-C. Lamontagne et P. Duchaine, préc., note 5, n° 43, p. 42.

⁴⁸ *Id.*, n° 45, p. 44.

écoulés depuis l'inscription du titre. Cependant, en cas de défaut manifeste (présupposé connu en vertu de l'article 2943 C.c.Q.) – par exemple l'absence de concours d'un indivisaire à un acte d'aliénation – la théorie de l'apparence sera écartée. La règle *Nemo plus juris* reprendra ses droits et seule la prescription acquisitive pourra permettre la correction du titre vicié⁴⁹.

La question des ventes successives et des ventes du bien d'autrui a déjà été abordée. Les articles 1454 et 1455 du *Code civil du Québec* règlent d'ailleurs ce conflit en accordant une faveur à l'acquéreur qui aura publié son titre en premier (art. 2946 C.c.Q.). L'article 1707 du *Code civil du Québec*, qui permet au sous-acquéreur de bonne foi de conserver le bien en cas de nullité du contrat initial de transfert de propriété, constitue une autre exception importante à la règle *Nemo plus juris*⁵⁰.

Corrélativement, une présomption d'inexistence des droits non publiés peut également être dégagée du principe posé à l'article 2944 C.c.Q. En effet, si le tiers peut, en l'absence de publicité du titre, décider de l'invoquer, celui qui n'a pas publié son titre, en revanche, ne pourra pas empêcher, ce tiers, même de mauvaise foi (qui connaissait l'existence de son droit) de lui opposer ce défaut de publicité. Ainsi, se trouve réaffirmé le principe selon lequel la publicité des droits résulte de leur inscription. En effet, « [l']avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité » (art. 2963 C.c.Q.). L'article 2964 C.c.Q. renforce cette présomption puisque « le défaut de publicité peut être opposé par tout intéressé à toute personne, même mineure ou placée sous un régime de protection, ainsi qu'à l'État ».

Dans certaines situations, cette présomption peut s'avérer problématique. C'est le cas, notamment, de ventes successives où le vendeur s'associe avec le second acquéreur en vue de dépouiller le premier acquéreur. Le second acquéreur, qui a publié en premier son titre, pourrait opposer au premier acquéreur, qui lui ne l'a pas publié, l'inexistence de son titre. Pour éviter cet effet pervers, certains sont d'avis que celui qui est coupable de dol ne

⁴⁹ *Id.*, n° 46, p. 44 et n° 38, p. 39.

⁵⁰ C.c.Q. art. 1707 : « Les actes d'aliénation à titre onéreux faits par celui qui a l'obligation de restituer, s'ils ont été accomplis au profit d'un tiers de bonne foi, sont opposables à celui à qui est due la restitution. Ceux à titre gratuit sont inopposables, sous réserve des règles relatives à la prescription. Les autres actes accomplis au profit d'un tiers de bonne foi sont opposables à celui à qui est due la restitution. »

pourrait invoquer l'absence de publicité, même si le législateur ne semble pas faire de distinction entre l'acquéreur de bonne ou mauvaise foi, en vertu de l'adage *Fraus omnia corrumpit*⁵¹. D'autres préconisent un assouplissement de la présomption d'inexistence dans la mesure où elle met à mal les principes de bonne foi et du consensualisme, socles du droit québécois. Cet assouplissement permettrait ainsi de sanctionner ce second acquéreur de mauvaise foi⁵².

Conclusion

La réaffirmation de la conception moniste et déclarative du système de la publicité des droits s'est appuyée sur un maintien du rôle traditionnel des principaux acteurs de ce système. L'informatisation des bureaux de la publicité des droits et la numérisation des actes ont permis de réaffirmer clairement le rôle clé du notaire dans le processus de vérification des titres. Cet effort technologique, qui a coûté quelques quatre-vingt-dix millions de dollars, a permis une meilleure accessibilité des informations publiées. C'est pourquoi, la principale responsabilité de la légalité et de l'exactitude des réquisitions d'inscription des droits et actes juridiques est toujours confiée à des acteurs externes, notaire, avocat, arpenteur-géomètre, par exemples, listés par l'article 2990 C.c.Q.⁵³.

Les officiers de la publicité des droits n'ont pour rôle que de « vérifier la forme des actes »⁵⁴. C'est donc principalement aux notaires et aux avocats, chargés de vérifier et d'attester d'un certain nombre d'informations, d'empêcher les inscriptions parallèles. L'inscription d'une réquisition ne garantissant pas l'existence du droit, la responsabilité

⁵¹ *Id.*, n°47, p. 45 (faisant référence à la collusion entre l'auteur commun et le second acquéreur en vue de dépouiller le premier contraire au principe de l'article 1631 C.c.Q.)

⁵² Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 378, 390-391.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Voir les articles 3008 et 3009 C.c.Q. Avant la réforme de 2000, les officiers devaient également appliquer la règle de l'"inscription préalable", prévue par l'article 3013 C.c.Q. pour favoriser la continuité des inscriptions. Cette règle de l'inscription préalable obligeait l'officier de la publicité des droits à reporter l'inscription d'un droit, sauf exception [baux, hypothèques, droits acquis par accession naturelle], tant que le titre du constituant ou dernier titulaire de ce droit n'ait été inscrit. Voir F. BROCHU, préc., note 7, p. 315-316. Mais cet article a été abrogé en 2000. Voir également S. NORMAND, préc., note 6, p. 325.

de l'officier de la publicité des droits se trouve donc limitée⁵⁵. Certains ne manquent pas de regretter le choix législatif de 2000 qui limite considérablement le rôle des officiers de la publicité des droits, lesquels n'ont plus à s'assurer – sauf dans le cas des créances (3014, 3014.1 C.c.Q.) – de la continuité des chaînes de titres alors que ce système aurait conféré une protection accrue aux tiers⁵⁶.

Contrairement au choix de la France, qui cantonne la publicité des droits aux actes notariés, le législateur québécois a permis d'élargir le domaine de la publicité des droits à des actes sous seing privé pourvu que la réquisition d'inscription de ces derniers soit présentée sous certaines formes strictes et, qu'elle soit notamment accompagnée d'une attestation délivrée par un notaire ou un avocat, lequel doit vérifier plusieurs éléments : l'identité, la qualité et la capacité des parties à l'acte sous seing privé, la volonté des parties et sa validité formelle. À défaut, un jugement peut suppléer à l'exigence de l'attestation (art. 2994 C.c.Q.). Cependant, les contrôles mis à la charge des notaires et des avocats ne sont pas infaillibles et la validité d'une inscription peut toujours être contestée dans les limites de l'article 2944 C.c.Q. (présomption simple d'existence des droits publiés) pendant dix ans. Au-delà, la prescription acquisitive pourra pallier l'irrégularité éventuelle du titre.

Afin de limiter les effets néfastes de cette incertitude, une tendance récente semble accorder une place grandissante à la technique de l'assurance-titre. Déjà en 2002, le professeur Brochu relevait que « [l]a prescription acquisitive et l'assurance-titre sont souvent considérés comme les principaux moyens permettant de combler les lacunes de systèmes de publicité foncière dont la force probante est restreinte »⁵⁷.

Pourtant, le rôle crucial des notaires lors la vérification préalable à la réquisition d'inscription et lors de l'examen des titres est primordial. En cas de vices du titre, leur

⁵⁵ Ils demeurent cependant responsables de toute erreur de leur fait dans l'inscription en tant que telle (absence d'inscription, inscription tardive ou inopportune, état certifié erroné, etc.) s'il en résulte un préjudice (art. 3016, 3020 *a contrario* C.c.Q.). D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 138, p. 113.

⁵⁶ D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 5, n° 141, p. 148.

⁵⁷ F. BROCHU, préc., note 7, p. 652.

responsabilité pourra être engagée. Or, afin de conserver la confiance de leur clientèle, le fonds d'assurance des notaires du Québec indemnise les clients qui subiraient un préjudice du fait de l'erreur du notaire. Aussi, peut-on se demander pourquoi l'assurance-titre gagne du terrain au Québec. Née aux États-Unis où le système Torrens a quasiment été éliminé⁵⁸, l'assurance-titre permet à un assuré contre paiement d'une prime unique d'être indemnisé des pertes financières qui résultent de la présence de vices de titres existants et dénoncés spécifiquement lors de la souscription de la police (correction des titres, action judiciaire etc.). En réalité, « l'assurance-titre n'offre aucune garantie quant à la qualité du titre d'un acquéreur dont elle s'engage à défendre les intérêts »⁵⁹. Pis-aller, voire illusion, l'assurance-titre semble pourtant promise à un bel avenir. Il reviendra aux notaires de faire comprendre à leur clientèle la dangerosité d'une telle pratique.

⁵⁸ *Id.*, p. 662.

⁵⁹ *Id.*, p. 663.