

L'article 1791.1 C.c.Q. et les acomptes versés pour l'achat d'une fraction de copropriété divisé

M^e Christine Gagnon, notaire

NOTE

Le présent texte, rédigé en avril 2020 par M^e Christine Gagnon, constitue un extrait de la 5^e édition de l'ouvrage *La copropriété divisée*, en préparation en date des présentes (mai 2020). Avec l'accord de l'auteure et des Éditions Yvon Blais, la Chambre des notaires souhaite rendre ce texte disponible dès maintenant, le tout dans l'intérêt de la communauté juridique.

L'article 1791.1 C.c.Q. et les acomptes versés pour l'achat d'une fraction de copropriété divisée

Par M^e Christine Gagnon¹

Introduction

Il a toujours été pratique courante que le promoteur exige des acomptes, parfois même substantiels, du promettant acheteur d'une fraction de copropriété divisée. Ces acomptes sont parfois versés au notaire en fidéicommiss, parfois directement au vendeur. Dans la majorité des cas, ils sont toutefois payables au promoteur par tranches, d'abord au moment de la signature du contrat préliminaire et, ensuite, au fur et à mesure de l'avancement des travaux de construction. Lorsqu'ils sont détenus en fidéicommiss, le contrat préliminaire prévoit souvent que le notaire doit les déboursier au promoteur avant la conclusion de la vente, selon l'avancement des travaux. Le promoteur souhaite toucher ces acomptes puisqu'il s'en sert pour payer les travaux pendant la construction. Il faut savoir que les créanciers hypothécaires de celui-ci considèrent ces acomptes comme une mise de fonds du promoteur et en tiennent compte pour accorder et déboursier le prêt hypothécaire pour la construction de l'immeuble. Lors de la mise en chantier, le promoteur a besoin de ces fonds pour payer les travaux puisque le déboursement de son prêt hypothécaire est fonction de cette « mise de fonds ».

Cette formule n'est évidemment pas à l'avantage de l'acheteur, quel qu'il soit. Celui-ci, de surcroît, ignore cette réalité. Malgré la croyance populaire, la progression des travaux ne lui apporte aucune garantie ni aucun avantage, si ce n'est que de constater que la construction évolue. En effet, le promettant acheteur ne détient aucun titre dans l'immeuble avant la signature de son acte de vente². Advenant la destruction de l'immeuble en construction alors qu'il ne serait pas assuré adéquatement ou encore si le promoteur ou le constructeur connaissaient des problèmes financiers, les acomptes versés risqueraient de fondre comme neige au soleil³. C'est comme si l'acheteur consentait au promoteur un prêt non garanti, sans intérêt.

Jusqu'en janvier 2020, la loi ignorait cette réalité et aucune mesure de protection de l'acompte n'était prévue, si ce n'est l'existence de certains plans de garantie obligatoire ou conventionnels qui garantissent l'acompte versé au promoteur à certaines conditions et jusqu'à un montant maximal⁴. Les promoteurs

¹ M^e Christine Gagnon, notaire émérite, est docteure en droit, associée de Gagnon Bujold, notaires, professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheure associée à la Chaire du notariat, Université de Montréal. L'auteure remercie pour leurs commentaires M^{es} Stéphane Brunelle, Karine Bujold, notaires, et M^{es} Simon Lamontagne et Yves Papineau, avocats qui ont lu une version préliminaire du présent texte. Les opinions contenues dans le présent texte n'engagent que l'auteure.

² Christine GAGNON, « L'achat d'une fraction de copropriété résidentielle du point de vue du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Le consommateur immobilier en quête de protection*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 195, 199.

³ Michel PARADIS, « Suggestions en vue d'une réforme anticipée du droit de la copropriété à l'intention des membres du Barreau et de la Chambre des notaires », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 366, *Développements récents en droit de la copropriété divisée*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 169, 175.

⁴ Voir notamment *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, RLRQ, c. B-1.1, r. 8, art. 26 et 30. Lorsque les conditions édictées par le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs sont remplies, le plan de garantie est obligatoire. Dans les autres cas, d'autres plans de garantie protégeant les acomptes existent, mais il n'est pas obligatoire d'adhérer à un tel plan.

avaient donc toute liberté de prévoir ce qu'ils considéraient comme raisonnable dans les contrats préliminaires. Ces contrats étant des contrats d'adhésion⁵, le Code civil offre quand même certaines protections au promettant acheteur contre les clauses abusives, externes ou illisibles, etc.⁶. Toutefois, une fois les acomptes versés au promoteur, cette protection peut devenir illusoire.

C'est dans ce contexte que le Comité consultatif sur la copropriété a recommandé une intervention législative afin de protéger l'acheteur forcé de verser un acompte au promoteur. Étant donné la mesure législative qui a suivi en 2020 et les questions qu'elle suscite, il est utile de regarder attentivement cette recommandation, qui a été d'abord formulée par le Groupe de travail sur la copropriété et qui se lisait comme suit :

« 1.1.6 Que des modifications soient apportées à la législation de façon à s'assurer que tous les acomptes versés par les acheteurs de résidences en copropriété soient protégés, soit par un plan de garantie, soit par un dépôt en fidéicommiss chez un professionnel, soit par une caution. Dans les cas où un acompte sera versé à un professionnel en fidéicommiss, cet acompte ne pourra être versé par la suite au vendeur que lorsque l'acheteur détiendra un bon et valable titre de propriété sur la fraction de copropriété ou encore si ce versement à titre d'acompte avant la vente est garanti par un plan de garantie ou par une caution. Ces dispositions devraient également s'appliquer à toute somme payée au vendeur avant la vente, y compris celles versées lors d'une convention de préoccupation. Ces dispositions devraient être impératives et l'acheteur ne pourrait y renoncer. »

Cette recommandation a fait consensus lors du forum qui a été tenu par le Comité consultatif en copropriété auquel ont participé tous les intervenants du milieu, y compris les associations de constructeurs. Le Comité consultatif, dans ses recommandations finales, a précisé ceci :

« [Les conventions de préoccupation] prévoient habituellement le paiement d'un acompte additionnel, souvent substantiel et il devrait être soumis à la recommandation 1.1.6. Elles prévoient généralement aussi le paiement de charges d'opération mensuelles ou autres telles que le chauffage des parties communes, l'entretien, l'électricité, etc. Ces charges d'opération ne devraient pas être couvertes par la recommandation 1.1.6. ».

C'est dans ce contexte que les projets de loi 401 et 16 ont tous deux proposé un texte identique, qui a été adopté presque textuellement pour devenir le premier alinéa du nouvel article 1791.1 C.c.Q. Cet article se lit comme suit :

« 1791.1. Malgré toute convention contraire, tout acompte versé à un constructeur ou à un promoteur en vue de l'achat d'une fraction de copropriété divise doit être protégé entièrement par un ou plusieurs des moyens suivants: un plan de garantie, une assurance, un cautionnement ou un dépôt dans un compte en fidéicommiss d'un membre d'un ordre professionnel déterminé par règlement du gouvernement.

L'acompte peut également être protégé par un autre moyen prévu par règlement du gouvernement.

⁵ C.c.Q., art. 1379. *Zerdazi c. Développement Roccabella inc.*, 2017 QCCQ 3025, EYB 2017-278477.

⁶ C.c.Q., art. 1435 et suiv.

L'acompte est rendu à celui qui l'a versé si la fraction de copropriété n'est pas délivrée à la date convenue. » (nos italiques)

Les deuxième et troisième alinéas qui ne figuraient pas aux projets de lois 401 et 16 sont apparus à l'étude article par article en Commission parlementaire⁷, donc après que les différents organismes se soient exprimés.

L'article 1791.1 C.c.Q. est entré en vigueur le 10 janvier 2020, sauf en ce qui concerne le dépôt dans un compte en fidéicommiss d'un professionnel, qui entrera en vigueur en même temps que le règlement du gouvernement prévu à cet article⁸.

Cette disposition suscite de nombreuses questions d'interprétation, en plus d'avoir causé une véritable commotion dans la mise en marché des projets de copropriété. Par exemple, à quels acomptes cet article s'applique-t-il? Quelles sont les conditions dans lesquelles un promoteur peut recevoir des acomptes et à quelles conditions cet acompte peut-il être libéré? Cet article touche-t-il également les sommes versées au promoteur lors de la signature d'une convention de préoccupation? Le promoteur peut-il faire payer à l'acheteur certains « extras », soit des améliorations qui sont souvent coûteuses et qui sont installées à la demande du promettant acheteur? Quelles sont les conditions de remise de l'acompte en cas de défaut de délivrance à la date convenue et quel est le sort du contrat préliminaire dans ce cas?

1. Domaine d'application de l'article 1791.1 C.c.Q.

L'article 1791.1 C.c.Q. concerne « tout acompte versé à un constructeur ou à un promoteur en vue de l'achat d'une fraction de copropriété divise ». Ces termes sont assez larges. Il ne faut pas oublier cependant que cet article est situé dans une section du Code civil qui concerne la vente des immeubles à usage d'habitation. C'est dans ce contexte qu'il doit s'appliquer seulement. Les acomptes versés pour l'acquisition d'une fraction de copropriété qui n'est pas à usage d'habitation, par exemple un local commercial, des espaces de bureaux, etc., ne sont donc pas visés par cet article. Il importe peu que la fraction commerciale soit située dans un immeuble entièrement commercial ou dans un immeuble mixte résidentiel et commercial. C'est d'ailleurs ce qui ressort lorsqu'on consulte les travaux parlementaires, où on peut lire la réponse du sous-ministre adjoint aux politiques du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, M^e Nicolas Paradis :

« **M. Paradis (Nicolas)** : Merci. La protection qui est accordée par cet article-là ne s'applique qu'aux fractions de copropriété divise résidentielles. C'est une garantie qui est prévue par la section 2 du chapitre premier du titre deuxième du Code civil, section 2 qui s'intitule : Des règles particulières à la vente d'immeubles à usage d'habitation, de sorte que s'il devait y avoir une unité

⁷ Ils ont été introduits le 25 novembre 2019 en commission parlementaire par la ministre des Affaires municipales et de l'Habitation, Madame Andrée Laforest. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, 1^{ère} session, 42^e législature, 27 novembre 2019, vol. 45, n° 45, «Étude détaillée du projet de loi n° 16, Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal », 18h12.

⁸ *Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q., c. 28, art. 165(9).

commerciale ou d'autres d'autres [sic] usages, d'autres fonctions dans un immeuble, cette unité-là n'est pas visée par cet article-là. Ce sont uniquement les condos résidentiels de l'immeuble qui sont visés, et donc la protection est accordée au niveau résidentiel. »⁹

Lorsqu'on lit les articles 1785, 1791.1, 1792, 1793 et 1794 C.c.Q., on réalise que le législateur utilise plusieurs expressions : « immeuble à usage d'habitation, bâti ou à bâtir », « fraction de copropriété divise », « fraction de copropriété », « immeuble à usage d'habitation ». Cela nous permet de conclure que les articles 1791.1 et 1792 C.c.Q. ne s'appliquent pas à la vente d'un immeuble d'habitation qui n'est pas en copropriété divise, comme une maison ou une part indivise¹⁰. Bien que les articles 1785 C.c.Q. et suivants visent de manière générale un large éventail d'immeubles résidentiels, certains, comme l'article 1791.1 et l'article 1792 C.c.Q., sont limités à la copropriété divise. On peut se surprendre que l'article 1791.1 C.c.Q. ne touche pas aussi les ventes en indivision ou même les ventes de maisons. Cela s'explique sans doute parce qu'il fait suite aux recommandations du Comité consultatif sur la copropriété¹¹.

Une question qui n'a pas été abordée dans les travaux parlementaires et qu'on peut se poser est celle de savoir si la protection s'applique lorsque l'acompte est versé par une personne morale ou une personne qui ne compte pas habiter la fraction. La condition de vente « à une personne physique qui l'acquiert pour l'occuper elle-même » est énoncée à l'article 1785 C.c.Q., qui rend obligatoire le contrat préliminaire et la note d'information qui l'accompagne lorsque la vente porte sur une fraction de copropriété divise ou une part indivise d'un immeuble à usage d'habitation¹². Or, comme l'acompte est versé dans l'exécution du contrat préliminaire régi par les articles 1785 C.c.Q., on peut se demander si la personne morale, par exemple, qui promet d'acheter une fraction de copropriété divise résidentielle, qui n'a pas droit à la protection du contrat préliminaire, ne bénéficie pas de la faculté de dédit et n'a pas droit à la note d'information, peut invoquer l'article 1791.1 C.c.Q., qui protège les acomptes. En d'autres mots, les acomptes protégés par l'article 1791.1 C.c.Q. sont-ils seulement ceux qui l'ont été en vertu du contrat préliminaire de l'article 1785 C.c.Q. ou tout acompte versé pour l'achat d'une fraction résidentielle? Il sera intéressant de voir comment les tribunaux interpréteront cette disposition à cet égard. L'analyse de l'ensemble des dispositions édictant « Des règles particulières à la vente d'immeubles à usage d'habitation » porte à croire que la protection serait restreinte à l'application du contrat préliminaire entre un constructeur ou promoteur et une personne physique qui acquiert l'immeuble pour l'occuper elle-même. D'un autre côté, l'article concerne « tout acompte versé », ce qui est assez large. Après avoir soulevé la difficulté d'interprétation de cet article à cet égard, on ne peut que recommander la prudence aux promoteurs et vendeurs dans le contexte d'une vente à une personne autre qu'une personne physique qui achète la fraction pour l'occuper elle-même. Les développements sont à suivre à ce sujet.

⁹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, 1ère session, 42e législature, 27 novembre 2019, vol. 45, n° 45, «Étude détaillée du projet de loi n° 16, Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal », 18h12 (M. Nicolas Paradis).

¹⁰ Cela est étrange, lorsqu'on compare le texte de l'article 1791 C.c.Q., qui concerne le budget. Celui-ci s'applique manifestement au budget d'une copropriété divise ou indivise puisqu'il fait une précision pour la copropriété divise. L'article 1791.1 est réservé à la « fraction de copropriété divise », ce qui exclut la part indivise d'un immeuble.

¹¹ Recommandation 1.1.6.

¹² C.c.Q., art. 1087.

2. Acomptes versés en vertu d'un contrat préliminaire conclu avant le 10 janvier 2020

De nombreux contrats préliminaires ont été conclus avant l'entrée en vigueur de l'article 1791.1 C.c.Q. Certains de ces acomptes étaient, à cette date, détenus par un notaire en fidéicommiss avec le mandat de libérer les sommes lorsque certaines conditions seraient remplies; d'autres ont déjà été versés au promoteur. De plus, le versement d'acomptes après le 10 janvier 2020 était prévu dans de nombreux contrats conclus avant cette date. Ces acomptes sont-ils assujettis à l'article 1791.1 C.c.Q.? Doivent-ils être garantis? Qu'arrive-t-il si un acompte doit être versé et que le montant dépasse les garanties qui sont disponibles sur le marché? Doit-on réduire le montant de l'acompte? Si un notaire détient des sommes en fidéicommiss à titre d'acompte, peut-il les libérer en exécution du contrat préliminaire antérieur au 10 janvier 2020 ou doit-il appliquer l'article 1791.1 C.c.Q.?

On aurait souhaité des réponses claires à ces nombreux cas pratiques qui relèvent du droit transitoire. La loi se contente de prévoir qu'elle entre en vigueur le 10 janvier 2019 à son article 165. Il est fait exception, pour l'article 1791.1 C.c.Q., aux dépôts en fidéicommiss¹³. Aucune autre mention sur l'application de l'article 1791.1 C.c.Q. n'est faite sur les situations juridiques qui étaient en cours ou sur celles qui en découlent. Pourtant le législateur a prévu dans cette loi de nombreuses règles transitoires concernant le fonds de prévoyance, par exemple. On risque de voir beaucoup de contentieux et d'incertitude sur ces questions. Comme la loi est d'application immédiate à compter du 10 janvier 2020, il faut à notre avis conclure que l'article 1791.1 C.c.Q. devrait s'appliquer à tout acompte versé ou détenu à cette date, surtout que le texte de l'article mentionne « malgré toute convention contraire. » On peut souligner aussi que, dans son communiqué aux notaires du 19 décembre 2019 intitulé *PL 16 sur la copropriété - Recommandations quant aux acomptes dans vos comptes en fidéicommiss*, la Chambre des notaires du Québec leur a donné des directives s'appliquant à « tout acompte détenu ou versé en fidéicommiss au 10 janvier 2020 ». Cela risque d'entraîner des problèmes importants pour certains promoteurs et, en conséquence, leurs clients, lorsque l'utilisation de ces acomptes avaient été calculés dans la structure financière du projet. Il aurait été souhaitable que des dispositions transitoires soient adoptées pour éviter la zone d'incertitude et tenir compte du fait que certains projets étaient déjà en marche lors de l'entrée en vigueur et que la mesure pourrait affecter la solidité financière du promoteur. Cela nuirait aussi aux acheteurs dans un tel cas.

3. Améliorations demandées par le promettant acheteur (« extras »)

Plusieurs acheteurs de fractions de copropriété demandent au promoteur de réaliser des améliorations à la partie privative, ce qu'on désigne dans le langage populaire comme des « extras ». Par exemple, un acheteur veut faire installer des armoires de cuisine de qualité supérieure à ce qui est livrable par le promoteur, il veut faire installer des planchers de meilleure qualité, etc. Comme ces « extras » entraînent pour le promoteur des coûts additionnels, il refuse généralement de les supporter seul. Il en exige donc le paiement d'avance, en tout ou en partie. Ces paiements sont à notre avis des acomptes sur le prix de vente qui sont couverts par l'article 1791.1 C.c.Q. et qui doivent être protégés.

¹³ *Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q., c. 28, art. 165(9).

Il faut faire la distinction, cependant, si le futur acheteur décide de contracter lui-même avec un fabricant d'armoires et qu'il traite avec ce dernier pour l'achat et l'installation de ces armoires dans sa partie privative, sans que le promoteur soit impliqué dans ce contrat, celui-ci échapperait à notre avis à l'article 1791.1 C.c.Q. Il faut toutefois être prudent. Cette disposition est impérative puisque le législateur a écrit « malgré toute convention contraire ». Ainsi, si l'achat de ces améliorations directement par l'acheteur auprès d'un fournisseur est une façon contournée de toucher des acomptes, ils ne devraient pas échapper au domaine d'application de l'article 1791.1 C.c.Q. Toute pratique qui viserait à contourner cette mesure législative impérative, par exemple, pour l'utilisation de sociétés liées fournissant des « extras » ou des éléments de construction, doit à notre avis être considérée comme illégale et les sommes versées devraient être qualifiées d'acomptes au sens de l'article 1791.1 C.c.Q.

4. Conditions de perception et de libération des acomptes

Précisons tout d'abord que tout acompte versé pour l'acquisition d'une fraction de copropriété assujettie à l'article 1791.1 C.c.Q. doit être « entièrement » protégé comme mentionné à cet article et, éventuellement, comme mentionné à tout règlement que le gouvernement pourra adopter ultérieurement. Il faut comprendre que le montant de la garantie doit couvrir entièrement et à tout moment le total des acomptes versés, et ce, malgré toute convention contraire.

La loi entrée en vigueur le 10 janvier 2020 prévoit trois modes de protection : par un plan de garantie, une assurance ou un cautionnement.

Il existe des plans de garantie dont l'un est obligatoire dans certains cas¹⁴. D'autres plans conventionnels sont parfois applicables, parfois non, au choix du promoteur et de son créancier hypothécaire. Celui-ci peut poser cette exigence à l'octroi du financement du projet. Il est important de prendre connaissance de ces plans afin de connaître la limite des garanties. Ainsi, l'acompte exigé au contrat préliminaire ne peut excéder le plafond prévu au plan, si le moyen de protection est le plan de garantie.

Cela pose un véritable problème à la structure de financement des projets de copropriété puisque dès le début des travaux, les promoteurs avaient l'habitude d'encaisser les acomptes qui sont comptabilisés par leurs créanciers hypothécaires comme une mise de fonds. Cela dit, on ne peut reprocher au législateur d'être intervenu dans un contexte où les acomptes des acheteurs sont utilisés sans protection et considérés comme mise de fonds par les promoteurs. L'intervention législative a toutefois été jugée assez brutale et soudaine par le milieu de la construction et des financiers, cette mesure, tout comme ses effets, étant passée sous le radar de plusieurs avant son adoption et sa mise en vigueur, qui a suivi très rapidement.

Quant à l'assurance et au cautionnement, on peut penser que le marché financier développera des produits, mais au moment de l'entrée en vigueur de la loi, ce genre de produit n'était pas disponible ou, du moins, pas accessible à des conditions rentables pour le promoteur.

On sait qu'en pratique, avant le 10 janvier 2020, les acomptes étaient soit versés directement au promoteur ou déposés dans les comptes en fidéicommiss des notaires. Les notaires les conservaient en fidéicommiss jusqu'à l'acte de vente ou encore les versaient, en tout ou en partie, au promoteur, selon les dispositions du contrat préliminaire.

¹⁴ *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, RLRQ, c. B-1.1, r. 8, art. 13-14.

Le report dans la mise en vigueur de la protection de l'acompte par le « dépôt dans un compte en fidéicommiss d'un membre d'un ordre professionnel » a aussi causé toute une commotion. C'est pourquoi la Chambre des notaires du Québec a pris la position suivante dans un communiqué du 19 décembre 2019 intitulé *PL 16 sur la copropriété - Recommandations quant aux acomptes dans vos comptes en fidéicommiss*, à savoir :

- la possibilité pour le notaire de recevoir un acompte en fidéicommiss n'est pas remise en cause par l'article 1791.1 C.c.Q. pour autant que le montant reçu n'excède pas, pour chaque prestation, 100 000 \$ puisque selon la Chambre, le Fonds d'indemnisation se compare à une assurance et que l'indemnité maximale prévue par ce Fonds est de 100 000\$¹⁵;
- les gestes du notaire demeurent circonscrits par son devoir de conseil ainsi que par ses autres obligations déontologiques et réglementaires;
- nonobstant toute convention contraire, l'acompte ne peut être versé au promoteur :
 - avant la vente : sauf avec l'autorisation écrite de celui qui a remis l'acompte et seulement si le notaire est en mesure de s'assurer que l'acompte est garanti selon l'article 1791.1 C.c.Q., par exemple par un plan de garantie ou une caution en vigueur et qui le restera jusqu'à la signature de la vente;
 - après la vente : tant que le notaire n'a pas constaté au registre foncier que l'acheteur a un bon et valable titre sur la fraction de copropriété.

D'autres ordres professionnels, comme le Barreau du Québec, pourraient avoir le même raisonnement et donner des directives semblables mais, en pratique, ce sont surtout les notaires qui sont concernés par cette mesure.

Il faut donner raison à la Chambre des notaires. Le législateur semble avoir omis de considérer que les plans de garantie peuvent n'entrer en vigueur qu'au moment où les travaux sont débutés ou, du moins, après le versement de certains acomptes. Comme il n'existe pas de véritable cautionnement ou assurance, le dépôt en fidéicommiss chez le notaire demeure parfois la seule possibilité de percevoir des acomptes pendant la période de mise en marché qui précède le début des travaux.

En conséquence, les promoteurs qui réclamaient des acomptes de centaines de milliers de dollars, qui les encaissaient et s'en servaient pour payer les travaux de construction ne peuvent plus le faire, à moins d'avoir une assurance ou une caution ou à moins d'obtenir un plan de garantie qui protège les acomptes pour un montant plus élevé que ce qui est en vigueur au moment d'écrire ces lignes. Les acomptes qui sont versés par le client acheteur ou le notaire au promoteur sont plafonnés au montant protégé par un plan de garantie ou autrement.

Tout cela a rapidement bouleversé les pratiques de mise en marché et de financement des projets de copropriété. Toutefois, quand on analyse la question avec un peu de recul, on comprend que les économies des citoyens ne peuvent servir à financer sans garantie et sans intérêt les projets des promoteurs.

¹⁵ La Chambre des notaires réfère dans son communiqué à ce jugement : *Domaine Ti-Bo inc. c. Comité exécutif du Barreau du Québec*, 2010 QCCS 1334.

5. Montants et acomptes versés à l'occasion d'une préoccupation

L'article 1791.1 C.c.Q. prévoit que les acomptes versés pour l'acquisition d'une fraction de copropriété divisée doivent être entièrement protégés. Cela signifie que toute somme versée à titre d'acompte doit être protégée à tout moment, entre le moment où le versement est fait et celui où le promettant acheteur devient propriétaire de sa fraction par un bon titre publié au registre foncier.

Il arrive que la déclaration de copropriété ne soit pas publiée à cause d'un retard dans le dépôt des lots ou encore que, pour une autre raison relevant de l'acheteur, comme une résidence non vendue, l'acheteur prenne possession de sa fraction de copropriété avant la signature de l'acte de vente. Dans ces conditions, les parties signent habituellement une convention de préoccupation. Celle-ci prévoit souvent le versement d'acomptes additionnels. Ces acomptes sont soumis à l'article 1791.1 C.c.Q. et doivent être protégés jusqu'à la signature de l'acte de vente, même si le client prend possession de son unité et même s'il a contracté avec le promoteur pour obtenir des « extras » ou des améliorations coûteuses, etc. L'article 1791.1 C.c.Q. interdit toute convention contraire.

La convention de préoccupation prévoit aussi le paiement de certains frais par le promettant acheteur. Il se voit souvent imposer le paiement d'une part des frais d'entretien, de chauffage des parties communes, du déneigement, des assurances, etc. On prévoit souvent aussi une contrepartie à l'occupation, comme le loyer qui serait payable par un locataire. Ces frais doivent à notre avis être distingués de l'acompte. Ils ne sont pas versés pour garantir le respect des obligations de l'acheteur, mais en contrepartie de la jouissance qui lui est donnée de l'immeuble. Un acompte sera appliqué sur le prix de vente. Ce n'est pas le cas du montant versé en contrepartie de l'occupation, ni du paiement des frais liés à la jouissance des lieux. À notre avis, l'article 1791.1 C.c.Q. ne s'applique pas à des sommes versées par l'occupant au propriétaire de l'immeuble. Cela respecte d'ailleurs les recommandations du Comité sur la copropriété¹⁶.

6. Définition de la date convenue

Que signifie la « date convenue »? L'article 1791.1 prévoit que l'acompte est remis si « la fraction de copropriété n'est pas délivrée à la date convenue ». En apparence, c'est simple et d'exécution immédiate. La date convenue n'est pas respectée, l'acompte doit être remis sur-le-champ par la personne qui le détient à celui qui l'a versé.

Mais comment savoir ce qu'est la date convenue? Il nous apparaît certain qu'on ne réfère pas seulement à la date prévue pour signer l'acte notarié, c'est-à-dire à la clause qui prévoit par exemple que la vente sera signée chez le notaire au plus tard le 17 mai 2021.

Il faut lire le contrat préliminaire dans son ensemble. Par exemple, le contrat préliminaire prévoit souvent que l'acheteur doit faire ses choix (couleurs de peinture, matériaux des planchers, finition des armoires, comptoirs, éléments sanitaires, etc.) dans une période de six ou huit semaines avant la délivrance de l'immeuble. Le défaut de faire les choix au moment prévu par le contrat empêche le promoteur de terminer la partie privative. Ainsi, dans ces circonstances, la date de délivrance du 17 mai 2021 n'est pas la date convenue par le contrat aux fins de l'article 1791.1 C.c.Q.¹⁷. De la même façon, si le contrat prévoit

¹⁶ Recommandation 1.1.6, voir Annexe B.

¹⁷ Toutefois, ce défaut de l'acheteur peut avoir des conséquences pour lui et le vendeur pourrait exiger de passer titre en exécution de la promesse d'achat. L'acheteur ne peut invoquer son propre défaut pour se soustraire à son

que le promoteur ne peut être tenu responsable d'un retard dû à une grève dans le domaine de la construction, à une ordonnance émanant des autorités ou à une force majeure et que l'événement survient, la date convenue est repoussée par les termes du contrat à une date ultérieure. Il pourrait même arriver que le tribunal soit celui qui détermine, en interprétant le contrat et en analysant les faits, quelle est la date convenue. Chose certaine, ni le promoteur, ni le promettant acheteur peuvent, de manière délibérée ou négligente, poser un geste ou faire une omission qui causent préjudice à son cocontractant, ni provoquer à son avantage le report de la date convenue au sens de l'article 1791.1 C.c.Q.

Pensons à tous les chantiers fermés pendant la crise sanitaire de 2020 par exemple. Cette crise était imprévisible si le contrat préliminaire a été signé avant qu'elle ne survienne. Cette fermeture des chantiers a empêché de nombreux constructeurs de livrer les fractions de copropriété à la date prévue. Dans ce cas, dans la mesure où le contrat n'a pas été signé alors que la crise sanitaire et la fermeture des chantiers étaient prévisibles, la date convenue devrait être repoussée soit par les clauses du contrat, soit par l'effet de la loi, même en l'absence de stipulation explicite dans le contrat préliminaire¹⁸.

La définition de la date convenue doit faire l'objet d'une attention particulière lors de la rédaction du contrat préliminaire. En cas d'ambiguïté, on sait que le tribunal doit interpréter le contrat à la faveur de l'adhérent¹⁹, mais en prenant en compte l'ensemble du contrat préliminaire²⁰, et non seulement la clause qui mentionne la date de signature de la vente. On ne peut toutefois mettre des stipulations tellement larges qu'elles reviendraient à convenir d'une dérogation au premier paragraphe de l'article 1791.1 C.c.Q. Celui-ci est en effet impératif, il comporte la mention « malgré toute convention contraire ». En cas d'abus, le tribunal pourra intervenir.

On peut reproduire un extrait des travaux parlementaires, lorsque le sous-ministre adjoint aux politiques du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, M^e Nicolas Paradis a été appelé à intervenir à ce sujet :

« **M. Paradis (Nicolas)** : [...] Les parties peuvent toujours convenir de d'autres modalités entre elles, c'est pour ça qu'on l'a écrit de cette manière-là, à la date contenue [sic]. On ne le fixe pas à un moment précis dans le temps, à quel moment cette date-là doit être déterminée. Il peut toujours avec la latitude, la discrétion entre les parties de convenir d'un autre moment lorsqu'elles le jugent approprié. »²¹

Ainsi, donc, cette date peut varier selon les circonstances. Il y a fort à parier que les parties ne s'entendront pas sur la survenance ou non de la « date convenue ». Comment se fera cette remise de l'acompte à l'acheteur? Si les fonds sont détenus par le promoteur, l'acheteur devra les lui réclamer. Soit les parties trouveront un terrain d'entente, soit le tribunal tranchera sur la remise de l'acompte ou non. Si les fonds sont détenus par un notaire en fidéicommissaire, celui-ci ne pourra agir comme un juge. À défaut

obligation d'acheter. L'inverse serait aussi vrai en cas de défaut du vendeur de respecter ses engagements tels que définis au contrat préliminaire.

¹⁸ C.c.Q., art. 1693 et 1470.

¹⁹ C.c.Q., art. 1432.

²⁰ C.c.Q., art. 1427.

²¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, 1^{ère} session, 42^e législature, 27 novembre 2019, vol. 45, n° 45, « Étude détaillée du projet de loi n° 16, Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal », 18h12.

d'entente entre les parties, le notaire devra obtenir un ordre du tribunal, d'un arbitre ou des instructions conjointes des parties.

La mesure se révélera probablement, dans les faits, moins efficace qu'on pourrait penser à première vue, mais elle permettra au promettant acheteur d'exercer une véritable pression sur le promoteur, avec le poids d'une mesure législative de protection qui joue en sa faveur et la possibilité de recevoir en plus des dommages-intérêts si l'attitude fautive du promoteur lui cause un préjudice. On pourrait toutefois observer la multiplication des litiges. En effet, les cas où les parties s'entendront sur la remise de l'acompte et sur les modalités entourant l'exécution du contrat préliminaire à la suite de cette remise risquent d'être l'exception.

7. Remise de l'acompte en cas de défaut de délivrance à la date convenue

L'article 1791.1 C.c.Q. ne donne pas de motif de refus au promoteur. La rédaction est très simple : dès l'arrivée de la date convenue, l'acompte doit être remis en cas de défaut de délivrance. On se demande pourquoi le législateur n'a pas indiqué de motif pour lesquels le promoteur pourrait refuser de remettre l'acompte : défaut de l'acheteur de remplir ses obligations, force majeure, indisponibilité des matériaux, ordonnance d'une autorité, faillite d'un sous-traitant, etc. On trouve probablement la réponse dans l'analyse de ce que constitue la date convenue qui est faite ci-dessus.

À notre avis, l'interprétation de l'ensemble du contrat préliminaire et les dispositions du Code civil font en sorte que la date convenue pourra être fixée à une autre date que la date de délivrance de la fraction de copropriété indiquée au contrat. Nous sommes d'avis que le promoteur peut refuser la remise de l'acompte si c'est l'acheteur ou des circonstances hors du contrôle du promoteur qui empêchent la livraison de la fraction à la date prévue.

De plus, soulignons que si l'acompte est rendu, le prix ne sera pas modifié. Le prix devra être versé en entier au moment de la signature de l'acte de vente.

8. Sort du contrat préliminaire en cas de défaut de délivrance à la date convenue

Certains se sont posé la question sur l'énigmatique troisième alinéa de l'article 1791.1 C.c.Q. : est-ce que la remise de l'acompte à l'acheteur équivaut à la résiliation du contrat préliminaire en l'absence de convention contraire entre eux? La réponse est non.

Tout d'abord, les parties sont liées par un contrat. Rien dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1791.1 C.c.Q. ne laisse sous-entendre que l'obligation de remettre l'acompte si l'immeuble n'est pas délivré à la date convenue entraîne la résiliation de l'entente. Si c'était le cas, cela pourrait conduire à des situations abusives, de part et d'autre. Par exemple, le promettant acheteur pourrait retarder de passer chez le notaire pour la signature et cela mettrait fin au contrat préliminaire, laissant le promoteur avec la fraction invendue et terminée selon les exigences de cet acheteur. D'un autre côté, le promoteur qui verrait que le marché a pris de la vigueur pourrait simplement négliger de livrer l'unité et ensuite invoquer la résiliation de plein droit pour revendre à une autre personne, à meilleur prix.

La résiliation doit être conventionnelle ou judiciaire. Si le retard est tel qu'une des parties en subit des conséquences importantes, il pourra s'adresser au tribunal en vertu du droit commun et demander la

passation de titres, des dommages-intérêts, la résiliation du contrat préliminaire, etc. Mais la résiliation du contrat ne peut être considérée comme faite de plein droit²².

Si le législateur avait voulu que le contrat soit résilié de plein droit, il l'aurait écrit. Il existe d'ailleurs une mesure claire qui concerne la nullité de la vente prévue à l'article 1793 C.c.Q. Il est difficile d'imaginer que le législateur ait voulu imposer une résiliation de plein droit à l'article 1791.1 C.c.Q. sans le dire clairement et qu'au contraire, il édicte une mesure très claire concernant la nullité de la vente à l'article 1793 C.c.Q.

Les parties au contrat préliminaire qui prévoient un retard de livraison ou de prise de possession doivent agir de bonne foi, consulter ce qui est prévu dans le contrat préliminaire et convenir de modalités permettant l'exécution du contrat si ce n'est pas déjà prévu à ce contrat. À défaut d'entente, le tribunal rendra la décision appropriée qui pourra, dans certains cas, conduire en vertu du droit général des obligations à la résiliation du contrat préliminaire, au paiement de dommages-intérêts, à la diminution de prix, etc.

Les débats parlementaires sur l'article 1791.1 C.c.Q. confirment ce qui précède, surtout que cet amendement a été introduit en Commission parlementaire, à l'étude article par article. On peut lire les propos du sous-ministre adjoint aux politiques du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, M^e Nicolas Paradis dans le Journal des débats :

« **M. Paradis (Nicolas)** : Oui, la compréhension de Mme la députée est juste, en ce que cet article n'a pas pour effet de créer une pénalité, c'est uniquement une situation qui fait en sorte que l'acompte pourrait alors être retourné à celui qui l'a versé, en l'occurrence l'acheteur si la livraison, la délivrance de l'immeuble n'est pas faite à la date convenue. Toujours possibilité entre les parties de convenir d'une autre date, il n'y a pas de problème, les autres possibilités, en termes d'entente entre les parties que Mme la députée évoque, sont également possibles, toujours possibles.

Ça n'a pas pour effet par ailleurs, même si on était dans la situation, je vous dirais, de réalisation de cet alinéa-là, c'est-à-dire que les parties ne s'entendraient pas sur une autre modalité, ça ne signifie pas pour autant qu'il y a résiliation de la vente, on n'est pas dans ce contexte-là, on n'aborde pas cela. C'est-à-dire donc, supposons, on a un immeuble qui se vendrait 100 000 \$, avec un acompte de 10 000 \$ qui serait ainsi protégé, date de livraison convenue : 1er juin 2020, pour une raison ou une autre, ça ne se réalise pas, mais il n'y a pas de résiliation par rapport... par ailleurs, par rapport à la vente, puis il n'y a pas d'entente. Strictement parlant, il pourrait y avoir remboursement du 10 000 \$, mais ça ne signifie pas que la vente est annulée, et donc il n'y a pas, par ailleurs, de diminution du prix de vente. Le 100 000 \$ est toujours dû, c'est juste que là il n'y aurait pas acompte qui serait fait. Donc, l'acheteur aurait, éventuellement, à repayer le montant.

Donc, il n'y a pas de pénalité, c'est une modalité qui permet de s'assurer, bien entendu, que l'acompte reviendra dans les poches de celui qui l'a versé. Si cette condition-là devait être rencontrée, c'est-à-dire absence de livraison à la date convenue. *Les parties peuvent toujours convenir d'autres modalités entre elles, c'est pour ça qu'on l'a écrit de cette manière-là, à la date convenue. On ne le fixe pas à un moment précis dans le temps, à quel moment cette date-là doit*

²² *Ohannessian c. 9221-6092 Québec inc.*, 2015 QCCQ 1386, EYB 2015-248930.

être déterminée. Il peut toujours avec la latitude, la discrétion entre les parties de convenir d'un autre moment lorsqu'elles le jugent approprié. »²³ (nos italiques)

9. Clause pénale concernant les acomptes

Il est souvent prévu dans le contrat préliminaire qu'en cas de défaut du promettant acheteur de respecter ses engagements, le promoteur conserve les acomptes versés à titre de dommages-intérêts liquidés d'avance. Comme toute clause pénale, celle-ci doit être raisonnable et proportionnelle au préjudice causé²⁴. La Cour du Québec a décidé qu'une telle clause pénale, de surcroît dans un contrat d'adhésion, est abusive. Le promoteur n'avait subi aucun préjudice, ayant revendu la fraction de copropriété plus cher. Le tribunal a réduit la pénalité demandée de 64 000 \$ à 2 000 \$²⁵. De même, dans une autre affaire, le tribunal a ordonné la restitution de l'acompte au promettant acheteur en raison du défaut de livraison de la fraction de copropriété à la date prévue²⁶.

Conclusion

L'analyse qui précède de l'article 1791.1 C.c.Q. démontre la nécessité qui existait d'une intervention législative pour la protection des acquéreurs qui versent des acomptes aux promoteurs dans divers contextes lors de la promesse d'achat d'une fraction de copropriété résidentielle. On constate toutefois que cette nouvelle disposition a créé une certaine commotion dans les milieux financiers, de la construction et juridiques. Plusieurs questions restent à déterminer et des conflits relatifs à l'interprétation et à l'application de cette disposition sont prévisibles. Des mesures transitoires auraient été souhaitables ainsi qu'une analyse des effets pratiques de la mise en vigueur de cette disposition.

²³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, 1^{ère} session, 42^e législature, 27 novembre 2019, vol. 45, n° 45, «Étude détaillée du projet de loi n° 16, Loi visant principalement l'encadrement des inspections en bâtiment et de la copropriété divise, le remplacement de la dénomination de la Régie du logement et l'amélioration de ses règles de fonctionnement et modifiant la Loi sur la Société d'habitation du Québec et diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal », 18h12.

²⁴ C.c.Q., art. 1622.

²⁵ *Zerdazi c. Développement Rocabella inc.*, 2017 QCCQ 3025, EYB 2017-278477.

²⁶ *Ohannessian c. 9221-6092 Québec inc.*, 2015 QCCQ 1386, EYB 2015-248930.