

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL

rapport sur  
**LE CODE CIVIL  
DU QUÉBEC**

Volume II  
**COMMENTAIRES**

tome 1, livres 1 à 4



1977



**LE CODE CIVIL DU QUÉBEC**

**Volume II, tome 1**

**COMMENTAIRES**

**1977**

Graphisme: Gill Plasse

Édition réalisée au  
service des publications officielles  
par: Michel Marquis

Dépôt légal - 2e trimestre 1978  
Bibliothèque nationale du Québec

ISBN 0-7754-2990-2

© Éditeur officiel du Québec

**rapport sur  
LE CODE CIVIL DU QUÉBEC**

**OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL**

**Volume II, tome 1  
livres 1 à 4**

**COMMENTAIRES**



**Éditeur officiel  
Québec**



**TABLE DES MATIERES****Pages**

<b>LIVRE PREMIER - DES PERSONNES</b> .....	1
Introduction .....	3
<b>TITRE PREMIER - DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE</b> ..	25
<b>Chapitre I - De la jouissance des droits civils</b> .....	25
<b>Chapitre II - De l'exercice des droits civils</b> .....	26
<b>Chapitre III - Du respect de la vie privée</b> .....	27
<b>TITRE DEUXIEME - DE LA PERSONNE HUMAINE</b> .....	29
<b>Chapitre I - Dispositions générales</b> .....	29
<b>Chapitre II - Dispositions relatives aux enfants</b> .....	30
<b>Chapitre III - Du nom et de l'identité physique</b> .....	31
<b>Section I - De l'attribution du nom</b> .....	31
<b>Section II - Du changement de nom</b> .....	35
<b>Section III - Du changement d'identité physique</b> .....	36
<b>Section IV - Des effets du changement de nom ou d'identité physique</b> .....	37
<b>Section V - De l'utilisation et de la protection du nom</b> .....	38
<b>Chapitre IV - Du domicile</b> .....	38
<b>Chapitre V - Des actes de l'état civil</b> .....	40
<b>Section I - Dispositions générales</b> .....	40
<b>Section II - Des actes de naissance</b> .....	44
<b>Section III - Des actes de mariage</b> .....	45
<b>Section IV - Des actes de décès</b> .....	46
<b>§ - 1 Des constats et des déclarations de décès</b> .....	46
<b>§ - 2 Des jugements déclaratifs de décès</b> .....	47
<b>Section V - De la correction et de la rectification des actes de l'état civil</b> .....	48
<b>Section VI - Des jugements reconstitutifs et supplétifs d'actes de l'état civil</b> .....	48
<b>Chapitre VI - De la majorité et de la minorité</b> .....	49
<b>Section I - De la majorité</b> .....	49
<b>Section II - De la minorité</b> .....	50
<b>Chapitre VII - Des personnes protégées</b> .....	54
<b>Section I - Dispositions générales</b> .....	54

Section	II - De la tutelle légale des père et mère aux biens de leur enfant mineur .....	63
Section	III - De la tutelle dative .....	65
Section	IV - De la tutelle testamentaire .....	66
Section	V - De la protection du majeur .....	69
§ - 1	De la tutelle et de la curatelle au majeur .....	69
§ - 2	De la tutelle au malade .....	73
§ - 3	De la tutelle à l'absent .....	74
Section	VI - Des mesures de surveillance s'appliquant à la tutelle .....	78
<b>TITRE TROISIEME - DE LA PERSONNE MORALE .....</b>		<b>85</b>
Chapitre	I - Dispositions générales .....	85
Chapitre	II - Des corporations .....	89
Chapitre	III - Des personnes morales de droit public .....	92
<b>LIVRE DEUXIEME - DE LA FAMILLE .....</b>		<b>109</b>
Introduction .....		111
<b>TITRE PREMIER - DU MARIAGE .....</b>		<b>125</b>
Chapitre	I - Des promesses de mariage .....	125
Chapitre	II - Des conditions requises pour contracter mariage .....	126
Chapitre	III - Des oppositions au mariage .....	129
Chapitre	IV - De la célébration du mariage .....	130
Chapitre	V - De la preuve du mariage .....	132
Chapitre	VI - Des nullités de mariage .....	133
Chapitre	VII - Des effets du mariage .....	139
Section	I - Des droits et des devoirs respectifs des époux .....	139
Section	II - De la résidence familiale .....	144
Section	III - Dispositions générales .....	149
Chapitre	VIII - Des régimes matrimoniaux .....	150
Section	I - Dispositions générales .....	150
Section	II - De la société d'acquêts .....	152
§ - 1	De ce qui compose la société d'acquêts .....	152
§ - 2	De l'administration des biens et de la responsabilité des dettes .....	155



§ - 3	De la dissolution et de la liquidation du régime .....	155
<b>Section III</b>	<b>De la communauté de biens .....</b>	<b>158</b>
§ - 1	De la communauté de meubles et acquêts ...	158
I	De ce qui compose la communauté de meubles et acquêts tant en actif qu'en passif .....	158
II	De l'administration de la communauté de meubles et acquêts et de l'effet des actes des époux .....	162
III	De la dissolution de la communauté ...	163
IV	De l'acceptation de la communauté ...	163
V	Du partage de la communauté .....	165
VI	De la renonciation à la communauté et de ses effets .....	167
§ - 2	Des principales clauses modificatives de la communauté de meubles et acquêts .....	167
I	De la communauté réduite aux acquêts ...	167
II	De la faculté de reprendre son apport franc et quitte .....	168
III	Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté .....	168
IV	De la communauté à titre universel ...	169
§ - 3	Des biens réservés .....	169
<b>Section IV</b>	<b>De la séparation de biens .....</b>	<b>170</b>
§ - 1	De la séparation de biens conventionnelle ...	170
§ - 2	De la séparation judiciaire de biens .....	170
<b>Chapitre IX</b>	<b>De la dissolution du mariage .....</b>	<b>171</b>
<b>Chapitre X</b>	<b>De la séparation de corps et du divorce .....</b>	<b>172</b>
<b>Section I</b>	<b>Disposition générale .....</b>	<b>172</b>
<b>Section II</b>	<b>Des accords à l'occasion d'une séparation de fait .....</b>	<b>172</b>
<b>Section III</b>	<b>Des causes de séparation de corps et de divorce .....</b>	<b>174</b>
<b>Section IV</b>	<b>De la conciliation .....</b>	<b>177</b>
<b>Section V</b>	<b>Des mesures provisoires .....</b>	<b>179</b>
<b>Section VI</b>	<b>Des mesures accessoires .....</b>	<b>181</b>
<b>Section VII</b>	<b>Des effets de la séparation de corps et du divorce .....</b>	<b>183</b>

<b>TITRE DEUXIEME - DE LA FILIATION</b> .....	187
<b>Chapitre I - De la filiation par le sang</b> .....	187
<b>Section I - De l'établissement de la filiation</b> .....	187
<b>Section II - Du désaveu et de la contestation de</b> <b>paternité</b> .....	189
<b>Section III - De la preuve de la filiation</b> .....	192
<b>Section IV - Des effets de la filiation</b> .....	193
<b>Chapitre II - De l'adoption</b> .....	194
<b>Section I - Des conditions de l'adoption</b> .....	194
<b>Section II - Du placement en vue de l'adoption et</b> <b>du jugement</b> .....	201
<b>Section III - Des effets de l'adoption</b> .....	203
<b>Section IV - De la confidentialité, des infractions et</b> <b>peines</b> .....	205
 <b>TITRE TROISIEME - DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE</b> .....	207
 <b>TITRE QUATRIEME - DE L'AUTORITE PARENTALE</b> .....	213
 <b>LIVRE TROISIEME - DES SUCCESSIONS</b> .....	239
Introduction .....	241
 <b>TITRE PREMIER - DISPOSITIONS COMMUNES A</b> <b>TOUTES LES SUCCESSIONS</b> .....	249
<b>Chapitre I - Dispositions générales</b> .....	249
<b>Chapitre II - Des qualités requises pour succéder</b> .....	250
<b>Chapitre III - De la transmission de la succession</b> .....	252
 <b>TITRE DEUXIEME - DES SUCCESSIONS AB INTESTAT</b> .....	255
<b>Chapitre I - De la dévolution successorale</b> .....	255
<b>Section I - Des successions régulières</b> .....	255
<b>Section II - De la représentation</b> .....	256
<b>Section III - De l'ordre de dévolution de la</b> <b>succession</b> .....	257
<b>Section IV - Des successions irrégulières</b> .....	260
<b>Chapitre II - De la part réservataire du conjoint</b> .....	261
<b>Section I - De l'attribution de la réserve</b> .....	261

Section	II - De la quotité disponible et de la réduction des dons et legs .....	262
Section	III - De l'imputation des libéralités adressées au conjoint .....	265
Chapitre	III - De la continuation de l'obligation alimentaire .....	266
Chapitre	IV - De l'acceptation et de la répudiation des successions .....	267
Section	I - Du droit d'option et du droit préalable de faire inventaire et de délibérer .....	267
Section	II - De l'acceptation pure et simple .....	269
Section	III - De la renonciation .....	271
Section	IV - De l'acceptation sous bénéfice d'inventaire .....	272
Section	V - Des successions vacantes .....	277
Chapitre	V - De l'administration des successions .....	278
Chapitre	VI - De l'indivision entre héritiers .....	279
Chapitre	VII - Du passif de la succession et de la séparation des patrimoines .....	280
Chapitre	VIII - Du partage et des rapports .....	283
Section	I - Du partage .....	283
Section	II - Des rapports .....	287
§ - 1	Du rapport des dons et des legs .....	287
§ - 2	Du rapport des dettes .....	289
Section	III - Des effets du partage .....	290
§ - 1	De l'effet déclaratif du partage .....	290
§ - 2	De la garantie des copartageants .....	291
Section	IV - De la nullité du partage .....	292
<b>TITRE TROISIEME - DES SUCCESSIONS</b>		
<b>TESTAMENTAIRES</b> .....		295
Chapitre	I - Des testaments .....	295
Section	I - Dispositions générales .....	295
Section	II - Des formes du testament .....	298
§ - 1	Du testament authentique .....	298
§ - 2	Du testament olographe .....	300
§ - 3	Du testament devant témoins .....	301
Section	III - De la vérification du testament .....	302
Section	IV - De la révocation du testament .....	302
Chapitre	II - Des dispositions testamentaires .....	304

Section	I - Des diverses espèces de legs .....	304
Section	II - De la caducité, de la résolution et de la nullité des legs .....	305
Chapitre	III - De l'effet des dispositions testamentaires .....	308
Section	I - Dispositions générales .....	308
Section	II - Du paiement des dettes et des legs .....	309
Chapitre	IV - De l'exécution testamentaire .....	311
Section	I - De la nomination de l'exécuteur .....	311
Section	II - De la capacité et de l'acceptation de l'exécuteur .....	312
Section	III - Des obligations de l'exécuteur .....	313
Section	IV - Des pouvoirs de l'exécuteur .....	314
Chapitre	V - Des substitutions .....	317
Section	I - Dispositions générales .....	317
Section	II - De la substitution avant l'ouverture .....	322
Section	III - De la substitution après l'ouverture .....	326
 <b>LIVRE QUATRIEME - DES BIENS</b> .....		 343
Introduction .....		345
 <b>TITRE PREMIER - DE LA NATURE ET DE LA DISTINCTION DES BIENS</b> .....		 383
Chapitre	I - Des meubles et des immeubles .....	384
Chapitre	II - Des choses dans leurs rapports avec ceux qui y ont des droits ou qui les possèdent .....	388
 <b>TITRE DEUXIEME - DE LA POSSESSION</b> .....		 391
Chapitre	I - De la nature de la possession .....	391
Chapitre	II - Des effets de la possession .....	392
 <b>TITRE TROISIEME - DU DROIT DE PROPRIETE</b> .....		 395
Chapitre	I - De la nature et de l'étendue du droit de propriété .....	395
Chapitre	II - Des limites du droit de propriété et des restrictions à ce droit .....	397
Section	I - De l'expropriation .....	397
Section	II - Du bornage .....	397
Section	III - De l'écoulement des eaux .....	398
Section	IV - Des clôtures .....	398

Section V - De la mitoyenneté .....	399
Section VI - Du droit de vue .....	400
Section VII - Du droit de passage .....	401
Section VIII - De l'accès sur le fonds d'autrui .....	401
<b>Chapitre III - De l'acquisition du droit de propriété .....</b>	<b>402</b>
Section I - De l'accession immobilière .....	402
§ - 1 De l'accession artificielle .....	402
§ - 2 De l'accession naturelle .....	405
Section II - De l'accession mobilière .....	406
 <b>TITRE QUATRIEME - DES DEMEMBREMENTS ET DES MODIFICATIONS DU DROIT DE PROPRIETE .....</b>	
<b>Chapitre I - De l'usufruit .....</b>	<b>407</b>
Section I - Dispositions générales .....	407
Section II - Des droits et obligations du nu- propriétaire .....	408
Section III - Des droits de l'usufruitier .....	408
Section IV - Des obligations de l'usufruitier .....	411
Section V - De l'extinction de l'usufruit .....	414
<b>Chapitre II - De l'usage et de l'habitation .....</b>	<b>415</b>
<b>Chapitre III - Des servitudes réelles .....</b>	<b>416</b>
Section I - Dispositions générales .....	416
Section II - De la constitution des servitudes .....	417
Section III - Des droits et obligations du propriétaire du fonds dominant .....	418
Section IV - Des droits et obligations du propriétaire du fonds servant .....	419
Section V - De l'extinction des servitudes réelles .....	419
<b>Chapitre IV - De l'indivision .....</b>	<b>420</b>
Section I - Dispositions générales .....	420
Section II - Dispositions particulières à la copropriété des navires .....	422
Section III - Du condominium .....	423
Dispositions générales .....	423
<b>Chapitre V - De l'emphytéose .....</b>	<b>423</b>
Section I - Dispositions générales .....	423
Section II - Des droits et obligations respectifs du propriétaire et de l'emphytéote .....	424
Section III - De la fin de l'emphytéose .....	425

<b>Chapitre VI - Du droit de superficie</b> .....	426
<b>Section I - Dispositions générales</b> .....	426
<b>Section II - Du bail à construction</b> .....	427
<b>TITRE CINQUIEME - DES SURETES REELLES</b> .....	429
<b>Chapitre I - Dispositions préliminaires</b> .....	429
<b>Section I - Du gage commun des créanciers</b> .....	429
<b>Section II - Présomption d'hypothèque</b> .....	431
<b>Section III - Du droit de rétention</b> .....	435
<b>Section IV - Du droit de revendication du vendeur</b> .....	437
<b>Chapitre II - Dispositions générales</b> .....	438
<b>Chapitre III - De l'hypothèque conventionnelle</b> .....	445
<b>Section I - De l'hypothèque immobilière</b> .....	445
<b>Section II - De l'hypothèque mobilière</b> .....	446
<b>Section III - De l'hypothèque générale</b> .....	449
<b>Section IV - De l'hypothèque flottante</b> .....	450
<b>Section V - De l'hypothèque assurant le paiement                 d'une obligation renouvelable</b> .....	455
<b>Section VI - De l'hypothèque de créances</b> .....	456
<b>Section VII - De la grosse hypothécaire</b> .....	459
<b>Chapitre IV - De l'hypothèque judiciaire et testamentaire</b> .....	465
<b>Section I - De l'hypothèque judiciaire</b> .....	465
<b>Section II - De l'hypothèque testamentaire</b> .....	466
<b>Chapitre V - De la publication des hypothèques</b> .....	467
<b>Section I - Dispositions générales</b> .....	467
<b>Section II - De la publication de l'hypothèque par                 enregistrement</b> .....	471
<b>Section III - De la publication de l'hypothèque                 mobilière par la mise en possession du                 créancier</b> .....	474
<b>Section IV - De la publication de l'hypothèque sur                 créances et autres meubles incorporels</b> .....	477
<b>Section V - De la publication de l'hypothèque de                 choses corporelles représentées par                 connaissance</b> .....	481
<b>Section VI - De la publication de l'hypothèque                 d'actions du capital-action d'une                 corporation</b> .....	484
<b>Chapitre VI - De l'effet des hypothèques</b> .....	485
<b>Section I - Dispositions générales</b> .....	485

Section	II - Du créancier hypothécaire en possession du bien hypothéqué .....	487
<b>Chapitre VII</b>	<b>- Des recours hypothécaires</b> .....	488
Section	I - Dispositions communes à l'exercice de tous les recours hypothécaires .....	488
Section	II - De la prise de possession .....	494
Section	III - De la vente autrement qu'en justice .....	496
Section	IV - De la prise en paiement .....	499
Section	V - De la vente en justice .....	501
§ - 1	De l'action hypothécaire .....	501
§ - 2	De la libération du débiteur .....	502
Section	VI - Dispositions impératives .....	504
<b>Chapitre VIII</b>	<b>- Du rang des hypothèques</b> .....	504
<b>Chapitre IX</b>	<b>- De l'extinction de l'hypothèque</b> .....	508
 <b>TITRE SIXIEME - DE L'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI</b> .....		
		515
<b>Chapitre I</b>	<b>- Des sortes d'administration</b> .....	515
Section	I - Dispositions générales .....	515
Section	II - De la garde du bien d'autrui .....	516
Section	III - De la simple administration du bien d'autrui .....	517
Section	IV - De la pleine administration du bien d'autrui .....	518
<b>Chapitre II</b>	<b>- Des droits et obligations de l'administrateur</b> .....	519
<b>Chapitre III</b>	<b>- Du placement des biens d'autrui</b> .....	526
<b>Chapitre IV</b>	<b>- De la responsabilité de l'administrateur</b> .....	526
<b>Chapitre V</b>	<b>- De la fin de l'administration</b> .....	528
<b>Chapitre VI</b>	<b>- De la reddition de compte</b> .....	530
 <b>TITRE SEPTIEME - DE LA FIDUCIE</b> .....		
		533
<b>Chapitre I</b>	<b>- Dispositions générales</b> .....	533
<b>Chapitre II</b>	<b>- Du fiduciaire</b> .....	536
<b>Chapitre III</b>	<b>- Du bénéficiaire</b> .....	537
<b>Chapitre IV</b>	<b>- De l'administration de la fiducie</b> .....	539
<b>Chapitre V</b>	<b>- De la durée de la fiducie</b> .....	541

<b>LIVRE CINQUIEME - DES OBLIGATIONS</b> .....	559
Introduction .....	561
Dispositions préliminaires .....	605
<b>TITRE PREMIER - DES SOURCES DE L'OBLIGATION</b> .....	605
<b>Chapitre I - Des obligations découlant du contrat et de l'acte juridique unilatéral</b> .....	606
Dispositions générales .....	606
<b>Section I - De la formation du contrat</b> .....	607
Disposition générale .....	607
§ - 1 De la capacité de contracter .....	607
§ - 2 De l'accord de volonté .....	608
I - De l'offre et de l'acceptation .....	608
II - Des qualités du consentement .....	612
§ - 3 De l'objet du contrat .....	616
§ - 4 De la forme du contrat .....	617
<b>Section II - De la nullité du contrat</b> .....	618
Dispositions générales .....	618
§ - 1 Des effets de la nullité .....	619
§ - 2 De la confirmation .....	621
<b>Section III - De l'interprétation des contrats</b> .....	622
<b>Section IV - Des effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers</b> .....	623
Dispositions générales .....	623
§ - 1 Du transfert de la propriété .....	625
§ - 2 Des fruits et des risques de la chose .....	625
§ - 3 De la simulation .....	625
§ - 4 Du porte-fort .....	626
§ - 5 De la stipulation pour autrui .....	626
<b>Chapitre II - Des obligations découlant de la loi</b> .....	629
<b>Section I - Des obligations découlant du comportement à l'égard d'autrui</b> .....	629
<b>Section II - De la gestion d'affaires</b> .....	635
<b>Section III - De la restitution de l'indu</b> .....	638
<b>Section IV - De l'enrichissement injustifié</b> .....	640
<b>TITRE DEUXIEME - DES MODALITES DE L'OBLIGATION</b> .....	643
<b>Chapitre I - De l'obligation à terme</b> .....	643
<b>Chapitre II - De l'obligation conditionnelle</b> .....	645



<b>Chapitre III - De l'obligation solidaire</b> .....	647
<b>Section I - De la solidarité entre débiteurs</b> .....	647
<b>Section II - De la solidarité entre créanciers</b> .....	652
<b>Chapitre IV - De l'obligation divisible et indivisible</b> .....	653
<b>Chapitre V - De l'obligation alternative</b> .....	654
<b>Chapitre VI - De l'obligation facultative</b> .....	655
<b>TITRE TROISIEME - DE LA PROTECTION DES DROITS DU CREANCIER</b> .....	657
Dispositions générales .....	657
<b>Chapitre I - De l'action oblique</b> .....	657
<b>Chapitre II - De l'action paulienne</b> .....	658
<b>TITRE QUATRIEME - DE L'EXECUTION VOLONTAIRE DE L'OBLIGATION</b> .....	661
<b>Chapitre I - Du paiement en général</b> .....	661
<b>Chapitre II - Du paiement avec subrogation</b> .....	664
<b>Chapitre III - De la délégation de paiement</b> .....	665
<b>Chapitre IV - Des offres et de la consignation</b> .....	667
<b>Chapitre V - De l'imputation des paiements</b> .....	673
<b>TITRE CINQUIEME - DE L'INEXECUTION DE L'OBLIGATION</b> .....	675
Dispositions générales .....	675
<b>Chapitre I - De la mise en demeure</b> .....	676
<b>Chapitre II - De l'exécution en nature</b> .....	679
<b>Chapitre III - De la réduction de l'obligation</b> .....	680
<b>Chapitre IV - De la résolution du contrat</b> .....	680
<b>Chapitre V - De la résiliation du contrat</b> .....	683
<b>Chapitre VI - Des dommages-intérêts</b> .....	684
Dispositions générales .....	684
<b>Section I - Du préjudice</b> .....	686
§ - 1 De la nature du préjudice .....	686
§ - 2 De l'évaluation du préjudice .....	686
I - De l'évaluation légale .....	686
II - De l'évaluation conventionnelle .....	688
1. Des clauses et des avis exclusifs ou limitatifs de responsabilité .....	688
2. De la clause pénale .....	689

Section	II - Du partage de responsabilité .....	691
<b>TITRE SIXIEME - DE L'EXTINCTION DE</b>		
	<b>L'OBLIGATION</b> .....	693
Chapitre	I - De la compensation .....	693
Chapitre	II - De la novation .....	696
Chapitre	III - De la confusion .....	697
Chapitre	IV - De la remise de dette .....	698
Chapitre	V - De l'impossibilité d'exécuter l'obligation .....	699
Chapitre	VI - Du terme extinctif .....	700
<b>TITRE SEPTIEME - DES CONTRATS NOMMES</b>		701
Chapitre	I - De la vente .....	701
Section	I - De la vente en général .....	701
§ - 1	Dispositions générales .....	701
§ - 2	Des obligations du vendeur .....	703
I	Dispositions générales .....	703
II	De la garantie du droit de propriété .....	704
III	De la livraison .....	705
IV	Des vices de la chose .....	705
§ - 3	Des obligations de l'acheteur .....	706
§ - 4	Dispositions particulières à la vente de biens meubles .....	707
§ - 5	Dispositions particulières à la vente d'immeubles .....	708
Section	II - Règles particulières à certaines ventes ..	710
§ - 1	De la vente aux enchères .....	710
I	Dispositions générales .....	710
II	Dispositions particulières à la vente forcée aux enchères .....	711
§ - 2	De la vente en bloc .....	711
§ - 3	De la vente de créances .....	715
§ - 4	De la vente de droits successoraux .....	717
§ - 5	De la vente de droits litigieux .....	718
Chapitre	II - De la donation .....	719
Section	I - Des donations entre vifs .....	719
§ - 1	Dispositions générales .....	719
§ - 2	Des obligations des parties .....	722
§ - 3	Des conditions et charges .....	723
§ - 4	De la donation avec charge au profit d'un tiers .....	724
§ - 5	Des meubles .....	725

§ - 6	Des immeubles .....	725
Section	II - Des donations par contrat de mariage .....	726
<b>Chapitre</b>	<b>III - Du louage de choses .....</b>	<b>728</b>
<b>Chapitre</b>	<b>IV - De l'affrètement .....</b>	<b>730</b>
Section	I - Dispositions générales .....	730
Section	II - Du contrat d'affrètement .....	731
§ - 1	Dispositions communes à tous les contrats d'affrètement .....	731
§ - 2	Des différents contrats d'affrètement .....	732
	I - De l'affrètement coque-nue .....	732
	II - De l'affrètement à temps .....	732
	III - De l'affrètement au voyage .....	733
<b>Chapitre</b>	<b>V - Du transport .....</b>	<b>735</b>
Section	I - Dispositions applicables à tous les modes de transport .....	735
§ - 1	Dispositions générales .....	735
§ - 2	Dispositions relatives au transport de personnes .....	738
§ - 3	Dispositions relatives au transport de choses .....	740
Section	II - Dispositions particulières au transport par eau .....	747
§ - 1	Du transport de personnes .....	747
§ - 2	Du transport de choses .....	748
<b>Chapitre</b>	<b>VI - Du contrat de travail .....</b>	<b>752</b>
<b>Chapitre</b>	<b>VII - Du contrat d'entreprise .....</b>	<b>756</b>
Section	I - Dispositions générales .....	756
Section	II - Dispositions particulières .....	758
Section	III - De la fin du contrat .....	761
<b>Chapitre</b>	<b>VIII - Du contrat de services .....</b>	<b>763</b>
Section	I - Dispositions générales .....	763
Section	II - De la fin du contrat .....	765
<b>Chapitre</b>	<b>IX - Du mandat .....</b>	<b>765</b>
Section	I - Dispositions générales .....	765
Section	II - Des obligations du mandataire .....	767
§ - 1	Des obligations du mandataire envers le mandant .....	767
§ - 2	Des obligations du mandataire envers les tiers .....	768
Section	III - Des obligations du mandant .....	769

§ - 1	Des obligations du mandant envers le mandataire .....	769
§ - 2	Des obligations du mandant envers les tiers .....	770
Section	IV - De la fin du mandat .....	771
Chapitre	X - De la société .....	772
Section	I - De la société en général .....	772
§ - 1	Dispositions générales .....	772
§ - 2	Des obligations et des droits des associés entre eux et envers la société .....	773
§ - 3	Des rapports de la société et des associés envers les tiers .....	775
§ - 4	De la fin de la société .....	776
Section	II - De la commandite .....	779
Section	III - De l'association .....	781
Chapitre	XI - Du dépôt .....	783
Section	I - Dispositions générales .....	783
Section	II - Des obligations du dépositaire .....	784
Section	III - Des obligations du déposant .....	786
Chapitre	XII - Du séquestre .....	787
Chapitre	XIII - Du prêt .....	787
Section	I - Dispositions générales .....	787
Section	II - Du prêt à usage .....	788
Section	III - Du prêt de consommation .....	790
Section	IV - Du prêt d'argent .....	790
Chapitre	XIV - Du cautionnement .....	791
Section	I - Dispositions générales .....	791
Section	II - Des effets du cautionnement .....	793
§ - 1	Des effets entre le créancier et la caution .....	793
§ - 2	Des effets entre le débiteur et la caution .....	793
§ - 3	Des effets entre les cautions .....	794
Section	III - De l'extinction du cautionnement .....	794
Chapitre	XV - Des assurances .....	795
Section	IV - De l'assurance maritime .....	799
§ - 1	Dispositions générales .....	799
§ - 2	De l'intérêt d'assurance .....	800
I	De la nécessité de l'intérêt .....	800
II	Des cas d'intérêts d'assurance .....	801
III	De l'étendue de l'intérêt d'assurance .....	801
§ - 3	Du transport de l'assurance .....	802

§ - 4	De la détermination de la valeur d'assurance .....	802
§ - 5	De la preuve et de la ratification du contrat .....	803
§ - 6	Du contrat et de la police .....	804
	I - De l'usage .....	804
	II - De la souscription .....	804
	III - Des sortes de contrats .....	804
§ - 7	Des droits et obligations de l'assuré .....	805
	I - Du paiement de la prime .....	805
	II - Des déclarations .....	806
	III - Des engagements .....	808
	IV - De la déclaration du sinistre .....	811
§ - 8	Des droits et obligations de l'assureur .....	811
§ - 9	Du voyage .....	812
	I - Dispositions générales .....	812
	II - Du changement de voyage .....	813
	III - Du déroutement .....	813
	IV - Du retard .....	814
	V - Des retards et des déroutements excusables .....	814
§ - 10	Des dommages et pertes et du délaissement .....	815
§ - 11	Des sortes d'avaries .....	819
§ - 12	Du calcul de l'indemnité .....	820
§ - 13	De la subrogation .....	825
§ - 14	Du cumul de contrats .....	826
§ - 15	De la sous-assurance .....	826
§ - 16	De l'assurance mutuelle .....	826
<b>Chapitre XVI</b>	<b>- Des rentes .....</b>	<b>827</b>
<b>Section</b>	<b>I - Dispositions générales .....</b>	<b>827</b>
<b>Section</b>	<b>II - Dispositions particulières aux rentes     viagères .....</b>	<b>830</b>
<b>Section</b>	<b>III - Dispositions particulières aux rentes     non viagères .....</b>	<b>831</b>
<b>Chapitre XVII</b>	<b>- Du jeu et du pari .....</b>	<b>831</b>
<b>Chapitre XVIII</b>	<b>- De la transaction .....</b>	<b>832</b>
<b>Chapitre XIX</b>	<b>- De l'arbitrage .....</b>	<b>834</b>
<b>Section</b>	<b>I - Dispositions générales .....</b>	<b>834</b>
<b>Section</b>	<b>II - De la procédure arbitrale .....</b>	<b>836</b>
§ - 1	De la nomination des arbitres .....	836
§ - 2	De la sentence arbitrale .....	837

Section III - De la requête en homologation ou en annulation .....	839
<b>LIVRE SIXIEME - DE LA PREUVE .....</b>	<b>881</b>
Introduction .....	883
Chapitre I - Dispositions générales .....	889
Chapitre II - Des moyens de preuve .....	892
Section I - De la preuve littérale .....	892
§ - 1 Des copies de lois .....	892
§ - 2 Des actes authentiques .....	893
§ - 3 Des actes semi-authentiques .....	896
§ - 4 Des écrits sous seing privé .....	897
§ - 5 Des écrits non signés, des registres et papiers domestiques .....	899
Section II - De la preuve par témoignage .....	900
Section III - Des présomptions .....	903
Section IV - De l'aveu .....	904
Chapitre III - De la recevabilité des procédés de preuve .....	906
<b>LIVRE SEPTIEME - DE LA PRESCRIPTION .....</b>	<b>917</b>
Introduction .....	919
<b>TITRE PREMIER - DE LA PRESCRIPTION EN GENERAL .....</b>	<b>923</b>
Chapitre I - Dispositions générales .....	923
Chapitre II - De la renonciation à la prescription .....	924
Chapitre III - De la suspension de la prescription .....	924
Chapitre IV - De l'interruption de la prescription .....	925
<b>TITRE DEUXIEME - DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE .....</b>	<b>929</b>
Chapitre I - Dispositions générales .....	929
Chapitre II - Des conditions d'exercice de la prescription acquisitive .....	929
Chapitre III - Des délais de la prescription acquisitive .....	930
<b>TITRE TROISIEME - DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE .....</b>	<b>933</b>

<b>LIVRE HUITIEME - DE LA PUBLICATION DES DROITS</b> .....	937
Introduction .....	939
<b>Chapitre I - Dispositions préliminaires</b> .....	947
<b>Chapitre II - Du domaine de la publication</b> .....	948
<b>Chapitre III - De la prénotation</b> .....	952
<b>Chapitre IV - Des modalités de la publication</b> .....	953
<b>Section I - Des conditions préalables à la publication</b> .....	953
<b>Section II - Du mécanisme de la publication</b> .....	954
§ - 1 Dispositions générales .....	954
§ - 2 De l'enregistrement par le dépôt du document au long ou d'un extrait .....	955
§ - 3 De l'enregistrement par le dépôt d'un bordereau .....	955
§ - 4 De la procédure d'enregistrement .....	956
§ - 5 Du renouvellement de l'enregistrement .....	960
<b>Section III - Des plans et livres de renvoi</b> .....	960
<b>Chapitre V - Des effets de la publication</b> .....	962
<b>Section I - Des bénéficiaires de la publication</b> .....	962
<b>Section II - De l'opposabilité et du rang des droits</b> ..	964
<b>Section III - De la protection des tiers</b> .....	965
<b>Chapitre VI - De la radiation</b> .....	966
<b>Section I - Des formalités et des effets de la radiation</b> .....	966
<b>Section II - Des ventes en justice et autres ventes forcées</b> .....	968

<b>LIVRE NEUVIEME - DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE</b> .....	973
Introduction .....	975
<b>Chapitre Préliminaire - De l'application des lois</b> .....	985
<b>Chapitre I - Principes généraux</b> .....	985
<b>Chapitre II - Des conflits de lois</b> .....	988
<b>Chapitre III - Des conflits de juridictions</b> .....	1004
<b>Chapitre IV - De la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères</b> .....	1008

<b>Chapitre V - De la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères</b> .....	1016
<b>Chapitre VI - Des immunités de juridiction civile et d'exécution</b> .....	1017
<b>ANNEXE I - MODIFICATIONS PROPOSEES AU CODE DE PROCEDURE CIVILE</b> .....	1029
<b>ANNEXE II - MODIFICATIONS PROPOSEES AUX LOIS PARTICULIERES</b> .....	1065
<b>ANNEXE III - DISPOSITIONS LEGISLATIVES DONT LE PROJET PROPOSE L'ADOPTION</b> .....	1071
<b>ANNEXE IV - FORMULAIRES</b> .....	1079
<b>ANNEXE V - DISPOSITIONS TRANSITOIRES</b> .....	1099
<b>ANNEXE VI - LISTE DES PERSONNES QUI ONT PARTICIPE A LA REFORME DU CODE CIVIL</b> .....	1103



**LIVRE PREMIER**

**DES PERSONNES**

<b>Chapitre V - De la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères .....</b>	<b>1016</b>
<b>Chapitre VI - Des immunités de juridiction civile et d'exécution .....</b>	<b>1017</b>
<b>ANNEXE I - MODIFICATIONS PROPOSEES AU CODE DE PROCEDURE CIVILE .....</b>	<b>1029</b>
<b>ANNEXE II - MODIFICATIONS PROPOSEES AUX LOIS PARTICULIERES .....</b>	<b>1065</b>
<b>ANNEXE III - DISPOSITIONS LEGISLATIVES DONT LE PROJET PROPOSE L'ADOPTION .....</b>	<b>1071</b>
<b>ANNEXE IV - FORMULAIRES .....</b>	<b>1079</b>
<b>ANNEXE V - DISPOSITIONS TRANSITOIRES .....</b>	<b>1099</b>
<b>ANNEXE VI - LISTE DES PERSONNES QUI ONT PARTICIPE A LA REFORME DU CODE CIVIL .....</b>	<b>1103</b>

**LIVRE PREMIER**

**DES PERSONNES**



## INTRODUCTION

La personne est sujet de droit. En tant qu'être capable d'avoir des droits et des devoirs, elle constitue, dans le Code civil, la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques qui y sont prévues.

Le Livre premier traite des personnes. Le titre premier de ce Livre a pour but de définir la personnalité juridique et de préciser les modalités de sa reconnaissance aux personnes humaines et de son attribution aux personnes morales.

La personnalité est reconnue à tout être humain; elle est de même reconnue aux personnes morales créées conformément à la loi. On ne distingue plus entre le citoyen et l'étranger. L'article 18 C.C., tel qu'il fut modifié en 1971 (1), voulait rompre avec une longue tradition de discrimination envers les aubains, mais il est maintenant acquis que cette distinction ne s'impose plus. La personne a la pleine jouissance des droits civils et elle est titulaire d'un patrimoine.

La personne a, en principe, le plein exercice de ses droits civils. Cette capacité d'exercice peut cependant être limitée par la loi dans certains cas: par exemple, pour cause de minorité ou de déficience mentale. En outre, alors qu'il lui est interdit de renoncer à la jouissance de ses droits, elle peut, dans certaines circonstances, renoncer à leur exercice.

Le chapitre sur l'exercice des droits consacre des règles fondamentales: il fait de la bonne foi une condition de l'exécution des devoirs et de l'exercice des droits; il codifie la théorie de l'abus des droits, en vertu de laquelle on ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec le profit recherché; il reprend l'exigence qu'un acte juridique ne saurait porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Le Projet contient un chapitre sur le respect de la vie privée. Il reprend le principe de l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (2), mais il le complète par des dispositions défendant expressément de porter atteinte à la vie privée. L'article 13 énumère une série d'actes qui constituent des atteintes à la vie privée. Cette énumération n'est toutefois pas exhaustive. Enfin, le Projet reconnaît à une personne le droit d'accès aux dossiers qui la concernent, dont la tenue est prescrite par la loi et la possibilité de faire corriger les erreurs qui auraient pu s'y glisser.

Le titre deuxième, qui porte sur la personne humaine, reprend, avec quelques modifications, les articles 18 et suivants du Code civil. En son

chapitre II, il contient des dispositions relatives aux enfants. Le Projet reconnaît à l'enfant le droit à l'affection et à la sécurité. L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans toute décision qui le concerne; c'est pourquoi, à moins que les circonstances ne s'y prêtent, le juge devrait le consulter; il doit, de plus, désigner un avocat pour le représenter, lorsque les intérêts de l'enfant l'exigent.

De plus, l'enfant conçu est tenu pour né, pourvu qu'il naisse vivant et viable. Il est réputé avoir été conçu dans les trois cents jours précédant sa naissance.

La définition du mot «enfants», soit à l'article 980 C.C., soit aux articles 218 et 608 C.C., a posé plusieurs difficultés d'interprétation. Selon le Projet, le mot «enfants» employé seul ne désigne que les enfants au premier degré; le mot «descendants» désigne tous ceux qui sont issus d'une personne, à quelque degré que ce soit; les enfants comprennent ceux qui sont issus du mariage ou d'une union hors mariage ou qui sont adoptés.

Le titre deuxième comprend aussi des dispositions sur le nom qui est le moyen le plus couramment utilisé pour identifier les personnes, les lieux et les choses. Du point de vue légal, il est un signe qui consiste dans l'usage d'un ou de plusieurs mots servant à individualiser une personne qu'il s'agisse d'une personne humaine ou d'une personne morale.

Les Romains avaient imaginé à cet égard un système très complexe. Un citoyen romain possédait au moins trois noms, souvent cinq, à savoir: le *praenomen*, l'équivalent du prénom contemporain; le *nomen* qui était porté par tous les membres de la même *gens*, ainsi que par les personnes qui y étaient rattachées, tels l'épouse, l'adopté, l'affranchi; le *cognomen*, nom par lequel une famille se distinguait d'une autre, issue de la même *gens*; le *praenomen* du père qui indiquait la filiation directe de l'individu; l'*agnomen*, surnom donné à une personne en reconnaissance d'une grande réussite (3).

Le système onomastique moderne s'est élaboré en Europe, entre le XIe et le XVIe siècle, dans les centres les plus peuplés et les plus civilisés. La coutume se créa en premier lieu chez la petite noblesse qui, afin d'établir clairement la situation des familles au sein du système féodal, se désigna elle-même du nom du fief ayant appartenu aux ancêtres. La coutume persista pendant environ deux siècles; elle fut graduellement adoptée par la bourgeoisie et par le peuple.

Durant la période qui s'étend du XIe au XVe siècle, le nom de famille tend à devenir héréditaire, mais il ne se fixe définitivement qu'avec

l'organisation de l'état civil au XVI<sup>e</sup> siècle. L'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 imposa au curé l'obligation de tenir des registres de l'état civil pour les catholiques. Cette ordonnance fut confirmée par l'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile qui exigeait que, dans «l'article des baptêmes», soit fait mention du jour de la naissance, et soient nommés l'enfant, le père et la mère, le parrain et la marraine; et «aux mariages», soient mis les noms et surnoms, âges, qualités et demeures de ceux qui se marient.

C'est à partir de cette époque que le nom de baptême a perdu de l'importance au profit du nom de famille et que ce dernier devint héréditaire. L'importance que l'on accordait, au Moyen Age, à la famille et l'intérêt juridique majeur suscité par la filiation dans le domaine successoral exigeaient que l'on puisse rattacher une personne non seulement à ses parents, mais à sa famille comprise au sens large. Le nom de famille commun à tous les descendants par les mâles remplissait cette fonction. Enfin, les notaires et les officiers de justice ont, eux aussi, contribué à l'hérédité des noms de famille en les inscrivant dans les actes et les registres civils.

Le Code civil ne contient pas de réglementation d'ensemble concernant le nom de la personne humaine. Certains articles y font cependant référence. Tels sont, notamment, au titre deuxième du Livre premier, consacré aux actes de l'état civil, les articles 54, 56a, 65 et 67 de même que, au titre septième de ce même Livre, traitant de la filiation, l'article 232. Hors du Code civil, d'autres textes de lois font aussi mention du nom: tels sont, notamment, l'article 115 du Code de procédure civile, l'article 38 paragraphe b) de la *Loi de l'adoption* (4), l'article 2 paragraphe 5) de la *Loi électorale* (5) et l'article 4 paragraphe 2) de la *Loi du notariat* (6).

La *Loi du changement de nom* (7), sanctionnée en 1965, est sans doute le texte le plus important relatif au nom des personnes au Québec. Cette loi indique la procédure à suivre et les conditions à remplir pour obtenir un changement de nom.

La coutume vient compléter ces quelques textes de lois. C'est l'usage qui règle l'attribution d'un nom patronymique à l'enfant et le nom que portera la femme après son mariage. Aucune disposition ne prévoit ce qui adviendra en cas de séparation de corps ou de divorce.

Certaines législations étrangères comprennent une réglementation plus ou moins complète de l'attribution et du changement de nom (8), mais, tout comme c'est actuellement le cas au Québec, le recours à l'usage est fréquent dans la plupart des pays.

On a voulu proposer des solutions à des problèmes qui se posent

aujourd'hui en cette matière à la suite, notamment, d'un divorce ou encore d'une opération dite de «conversion sexuelle» subie par un transsexuel.

On a également voulu regrouper, sous un même chapitre, les dispositions concernant le nom de l'enfant, de l'adopté et des époux durant le mariage, ainsi que les règles concernant le changement de nom ou d'identité physique.

Le nom de l'enfant a fait l'objet d'une étude approfondie des diverses solutions prévues par les législations étrangères ou proposées à l'Office par divers commentateurs du *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine* (9). Après une longue réflexion et pour les motifs indiqués dans le commentaire de l'article 33, celui-ci reste proche de l'usage actuel voulant que l'enfant prenne le nom de son père lorsque sa filiation est établie à l'égard de ses deux parents et, celui de sa mère, lorsque seule la filiation maternelle est établie.

Quant aux personnes mariées, le Projet consacre l'égalité de l'homme et de la femme en proposant que chacun des époux conserve, dans le mariage, ses nom et prénoms respectifs. Cela ne veut pas dire que la femme ne puisse plus user du nom de son mari dans les relations sociales, comme c'est l'usage actuellement. Néanmoins, elle devra user de son propre nom dans l'exercice de ses droits, notamment, chaque fois qu'elle conclura un contrat ou passera un quelconque acte juridique.

En effet, la stabilité dans la désignation des personnes milite en faveur du fait que chacun garde toujours le nom qui lui a été attribué à la naissance; d'autre part, il est de plus en plus fréquent qu'une femme mariée désire, pour des raisons professionnelles ou autres, conserver une identité distincte de celle de son mari.

La solution proposée a également l'avantage de mettre fin aux hésitations actuelles au sujet du nom de la femme divorcée.

Le problème du nom de la femme mariée a été étudié par la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui a cru bon, comme l'a fait l'Office de révision du Code civil, de le soumettre, tout spécialement, à la consultation publique (10).

Si, en principe, il est souhaitable que les nom et prénoms d'une personne soient fixes afin de permettre une identification stable des individus, il n'en reste pas moins que, dans certains cas, il faut qu'une personne ait la possibilité de changer de nom. Selon les auteurs français (11), suivis en cela par les juristes québécois (12), le changement de nom est un privilège que l'Etat accorde ou non à un individu. *La Loi du changement de nom* (13) consacre ce principe et les travaux préparatoires



à son adoption témoignent du désir de systématiser les changements de nom, mais aussi de ne les accorder que si des circonstances exceptionnelles les justifient (14).

Toutefois, le régime actuel semble peu satisfaisant, parce que la politique du Ministère de la Justice concernant les critères acceptables de changement de nom n'est pas connue du public. Lorsque la requête est rejetée, le refus du changement peut paraître injustifié parce que non motivé.

Le Projet veut, d'une part, simplifier la procédure actuelle et, d'autre part, atténuer l'impression d'arbitraire qui peut se dégager du présent système. A cette fin, il propose que le pouvoir d'accorder ou de refuser un changement de nom soit expressément confié par la loi au Directeur de l'état civil, c'est-à-dire le haut fonctionnaire à qui il est proposé de confier la responsabilité d'un système central de l'état civil au Québec (15). Il convient, en effet, d'assurer l'uniformisation des décisions dans ce domaine, et de centraliser tous ces changements afin qu'ils soient facilement accessibles et rapidement consignés dans le registre central de l'état civil dont on propose la création.

Si, d'une part, il a paru nécessaire de simplifier la procédure en évitant de soumettre les changements de nom à la décision du gouvernement, sur proposition du Ministre de la Justice, il a, d'autre part, semblé essentiel de donner au tribunal le pouvoir de réviser la décision du Directeur de l'état civil. Ce pouvoir de révision permettrait au requérant qui se croit lésé par le refus du changement de nom de faire valoir ses motifs à nouveau devant un juge. La seconde raison qui a milité en faveur de la création d'un pouvoir de révision est l'espoir qu'à l'usage, se dégageront des normes judiciaires d'interprétation qui, en plus d'éclairer le juriste et les justiciables, permettront d'évaluer le système, ce qui n'est guère possible à l'heure actuelle.

On a cru également qu'il serait opportun de permettre aux tiers de s'opposer éventuellement à un changement de nom. En effet, s'ils sont avertis des changements de nom au moyen des avis requis par la loi actuelle, ils n'ont aucun moyen officiel de faire valoir leurs objections. Le Projet prévoit qu'ils auraient le droit de se faire entendre et leurs arguments seraient pris en considération par le Directeur de l'état civil dans son évaluation du bien-fondé de la requête.

Tout en conservant au changement de nom son caractère de privilège et non de droit, le Projet propose, contrairement à la loi actuelle, une

énumération des causes autorisant un changement de nom. Cette énumération aiderait le requérant dans la rédaction de sa requête et guiderait le Directeur de l'état civil dans sa décision.

Le Projet innove, enfin, en abordant un problème qui s'est déjà posé à plusieurs reprises au Québec. Faut-il permettre à un transsexué (16) qui a subi avec succès des traitements hormonaux et chirurgicaux de «conversion sexuelle» d'obtenir la modification de ses prénoms et de la mention de son sexe dans le registre de l'état civil?

Certaines provinces canadiennes, notamment la Colombie Britannique (17), l'Alberta (18) et le Nouveau-Brunswick (19) ont répondu par l'affirmative. D'autres, tel le Manitoba, examinent la question (20).

Sans entrer dans la controverse concernant la définition scientifique du sexe et la possibilité d'un changement de sexe véritable (21), on constate, tout d'abord, que de telles opérations sont pratiquées au Québec (22).

D'autre part, les auteurs s'accordent à dire qu'elles sont licites lorsqu'elles représentent le seul moyen «de mettre fin à des troubles psychiques sérieux et de sortir le malade de son état obsessionnel» (23) et qu'elles se déroulent suivant les normes médicales acceptées par la profession. Finalement, ces opérations, une fois complétées, entraînent un changement d'apparence, sinon de sexe, irréversible.

Il a donc paru qu'il convenait de permettre à des personnes qui, après les traitements appropriés, présentent toutes les apparences d'un «changement de sexe», de vivre en société sans risque de soupçon et de tracasserie, ainsi qu'elles le réclament instamment (24).

En ce qui concerne la procédure de changement d'identité physique du transsexué, on s'est trouvé devant deux possibilités. A l'exemple de la Colombie Britannique, de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick, la modification de l'acte de naissance pouvait résulter d'une décision administrative, analogue à celle qui accorde le changement de nom. Par contre, le souci d'éviter la fraude et la gravité de la modification demandée pouvaient faire préférer une décision judiciaire.

De toute manière, le caractère irréversible de la «conversion sexuelle» donne à penser qu'une fois fournie la preuve du succès des traitements et interventions chirurgicales, l'intéressé devrait avoir le droit d'obtenir la modification de son acte de naissance.

Cette considération et le nombre restreint des cas de transsexualisme a fait choisir la procédure administrative, plus simple et plus rapide que la procédure judiciaire.

Le titre deuxième contient en plus les dispositions sur le domicile. Cette notion est d'une importance capitale en droit civil québécois; c'est le domicile qui détermine notamment le lieu d'ouverture de la succession (a. 600 C.C.), celui de la tutelle (a. 249 C.C.) et le lieu du paiement en droit commun (a. 1152 C.C.).

En droit international privé, d'une façon générale, le domicile détermine le statut personnel des personnes, c'est-à-dire leur état et leur capacité, aux termes de l'article 6 du Code civil. Il désigne également la loi qui régit les biens meubles, sauf les exceptions du deuxième alinéa de l'article 6 C.C. C'est encore le premier domicile commun des époux qui désigne la loi régissant leur régime matrimonial lorsqu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage (25).

Le domicile est enfin un critère déterminant de la juridiction de nos tribunaux aux termes des articles 68 et suivants du Code de procédure civile.

Etant donné cette importance, il est indispensable que la notion de domicile réponde aux besoins des justiciables québécois et même des étrangers de passage dans la Province. Les règles actuelles figurant aux articles 79 et suivants du Code civil ont été visiblement adoptées à une époque de moindre mobilité de la population et où, sous l'influence de la jurisprudence anglaise, le domicile impliquait une notion de permanence particulièrement tenace. En particulier, l'article 80 du Code civil exige, pour que s'opère le changement de domicile, une habitation réelle dans un autre lieu jointe à l'intention d'y faire son principal établissement.

Bien que ce principe paraisse à première vue simple, il n'est pas d'application aisée parce qu'aucune présomption ne vient faciliter la preuve de l'intention; au contraire, il semble souvent y avoir une présomption en faveur de la rétention du domicile (26).

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur l'importance de cette intention qui prime même le fait d'un séjour très prolongé dans un endroit (27). La jurisprudence démontre également, de façon très nette, la difficulté de la preuve de cette intention (28).

Il paraît donc indispensable, dans la refonte de la définition du domicile, d'éliminer l'intention comme facteur dominant et de la ramener au rang des multiples éléments dont la présence éventuelle peut contribuer à déterminer le domicile.

C'est d'ailleurs ce qu'ont fait de nombreuses lois statutaires qui ont eu besoin, pour leurs fins, de rattacher les personnes à un lieu déterminé.

Elles se sont fondées soit sur une définition du domicile éliminant l'intention (29), soit sur la notion de résidence (30).

La plupart des Conventions récentes de droit international privé de la Conférence de La Haye, dont le Canada fait partie depuis 1968, ont adopté également la notion de «résidence habituelle» (31).

C'est à cette notion que devrait correspondre une conception renouvelée du domicile (voir a. 60).

En outre, le domicile légal de la femme mariée, tel qu'il est conçu dans l'article 83 du Code civil, ne tient pas compte de l'évolution des mœurs et a fait l'objet de vives critiques (32). Il n'est pas conforme au principe d'égalité des époux dans le mariage proclamé par la loi du 18 juin 1964 (33) sur la capacité de la femme mariée et par l'article 41 du Livre *De la famille*. Il a donc été jugé désirable de proposer l'abrogation de cette exigence du domicile légal qui a d'ailleurs été fortement atténuée par notre Code de procédure civile, en cas de séparation de corps (a. 70) et par la *Loi (fédérale) sur le divorce* (34).

Il est intéressant de noter qu'une évolution analogue tendant à abolir le domicile légal de la femme mariée s'est concrétisée dans des lois récentes en Angleterre (35) et en France (36).

La disparition du domicile légal de la femme mariée pourrait, toutefois, créer des difficultés en droit international privé lorsqu'il s'agit de déterminer le régime matrimonial d'époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage. Suivant la règle actuelle, celui-ci est régi par la loi du domicile matrimonial des époux (37), c'est-à-dire, d'après une jurisprudence abondante, celui du mari au moment du mariage (38). Le Livre neuvième du Projet, consacré au droit international privé, s'est efforcé de régler le problème en prévoyant que le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat de mariage serait régi, à défaut de domicile commun au moment du mariage, par la loi de leur premier domicile commun ou, à défaut, par la loi de leur nationalité commune ou, à défaut de l'une et de l'autre, par la loi du lieu de célébration du mariage (39).

La possibilité pour les époux d'avoir des domiciles distincts conduit à préciser la règle actuelle concernant le domicile légal du mineur lorsque les parents sont séparés de fait.

Le principe du troisième alinéa de l'article 83 C.C. concernant le domicile de l'interdit, tout en étant maintenu, est adapté à la réforme du régime de l'interdiction proposée par le Projet (40).

Quant au domicile légal des serviteurs, il semble évident qu'il correspond à des notions dépassées et devrait disparaître.

Finalement, la notion de domicile élu devrait tout simplement être rendue conforme à la réalité législative et jurisprudentielle.

Le chapitre V du titre deuxième concerne l'état civil. Le titre du Code civil qui traite des actes de l'état civil (41) a consacré, en 1866, un système qui avait été en usage depuis les origines du pays. Sa réglementation essentielle avait été précisée dans l'Ordonnance sur la procédure civile d'avril 1667 (42) complétée par la Déclaration royale du 9 avril 1736 (43). Après la conquête, des lois nombreuses reconnurent aux ministres des différents cultes nouvellement établis dans la province, la qualité d'officier de l'état civil qui avait été jusque là réservée aux seuls prêtres catholiques (44). Les codificateurs estimèrent que cet «ordre de chose ... si intimement lié avec (nos) institutions» était préférable au système que présentait le Code civil français et «qu'il ne pourrait pas être supprimé sans de graves inconvénients» (45).

Bien que ce régime ait persisté jusqu'à nos jours, personne n'oserait plus aujourd'hui porter le même jugement approbateur. Sans doute convenait-il encore à la société du milieu du XIXe siècle qui a jugé bon de le conserver; et l'on ne saurait trop souligner les services qu'ont rendus les ministres des cultes, pendant plus de trois siècles, en s'acquittant du rôle de suppléance qu'en ce domaine l'Etat leur avait confié. Mais ce régime traditionnel n'est manifestement plus adapté aux besoins d'une population dont la mobilité est grande et pour qui la paroisse ne constitue plus au même degré qu'autrefois un pôle de rattachement. Il s'ensuit une dispersion regrettable des actes d'état civil d'une même famille et d'une même personne entre plusieurs lieux de culte plus ou moins éloignés les uns des autres, alors que leur regroupement serait à l'avantage aussi bien des individus que de l'Etat.

Par ailleurs, le système liait la réception des actes d'état civil à l'accomplissement d'une cérémonie religieuse ou du moins à une démarche auprès d'un ministre d'une congrégation ou société religieuse. Déjà en 1888, le législateur dut prévoir, par l'article 53a C.C., l'enregistrement, auprès de la corporation municipale, de la naissance d'un enfant non baptisé. Puis en 1968, répondant à l'attente d'un secteur important de la population, il adoptait, suite à la recommandation de l'Office de révision du Code civil, la *Loi concernant le mariage civil* (46) (a. 129 et s. C.C.). Enfin, deux ans plus tard, la *Loi concernant les jugements déclaratifs de décès* (47) (a. 70 et s. C.C.) permettait l'émission de certificats de décès dans des circonstances où il était impossible de dresser un acte de sépulture.

Ces quelques réformes n'ont, toutefois, cherché qu'à combler les

lacunes les plus apparentes du régime en vigueur. Ce dernier doit maintenant faire l'objet d'une révision systématique en ce qui touche tant le rôle des actes de l'état civil et la nature des mentions pertinentes que la confection et la conservation des actes pour atteindre l'efficacité administrative que peuvent offrir les moyens techniques dont on dispose aujourd'hui.

L'état civil est un mode de constatation des faits relatifs à l'état des personnes dans la société. Il a pour but de mettre à la disposition des intéressés un moyen commode de preuve de ces faits, soit pour en tirer des avantages juridiques, soit pour obtenir la prestation de services sociaux ou administratifs, entre autres. Il convenait donc de proposer un système qui tienne compte de tous les actes importants affectant l'état civil et qui facilite l'accès à l'information recherchée.

Malgré la variété des actes relatifs à l'état civil des individus, on n'a pas estimé opportun de multiplier les catégories d'actes d'état civil. On a préféré conserver la simplicité du système traditionnel qui ne connaît que les actes de naissance, mariage et décès, tout en prévoyant l'inscription au registre de tout ce qui a pour effet de changer la teneur d'un acte d'état civil, ou d'en modifier la portée. L'acte primitif ainsi affecté serait en conséquence corrigé ou complété ou porterait la mention pertinente.

Le nombre des données portées au registre d'état civil étant notablement accru, le système y gagnera en efficacité sans être pour autant alourdi. On a prévu en conséquence les modalités variables suivant lesquelles se fera l'inscription des changements de nom, des jugements d'adoption, des jugements de désaveu de paternité ou de reconnaissance de paternité ou de maternité, et des jugements de divorce ou d'annulation de mariage. On prévoit également les moyens d'obtenir la correction ou la rectification dans un acte d'erreurs ou d'omissions. On propose aussi l'adoption d'une procédure nouvelle permettant d'obtenir des jugements reconstitutifs ou supplétifs d'actes d'état civil pour pallier les cas où une personne est dans l'impossibilité de se procurer un acte d'état civil la concernant, soit parce que cet acte a été perdu ou détruit, soit pour quelque autre cause. Enfin, on maintient la procédure des jugements déclaratifs de décès, qui conserve son utilité.

Tout acte d'état civil repose sur une déclaration faite à un officier de l'état civil qui atteste que ce qui est inscrit à l'acte est conforme à ce que les comparants ont déclaré. Mais, dans le système actuellement en vigueur, la déclaration ne revêt pas une autorité égale quant à la vérité des faits énoncés selon qu'il s'agit d'une naissance où l'officier n'est pas appelé à constater le fait matériel qu'il consigne, ou selon qu'il s'agit d'un mariage

où celui qui dresse l'acte est celui-là même qui a reçu le consentement des époux. Aussi, à l'instar de certaines législations étrangères (48), propose-t-on que les actes de naissance et de décès soient dressés sur la foi de déclarations accompagnées de constats médicaux d'accouchement ou de décès.

Pour bien marquer la distinction entre ces constats destinés à l'état civil et les déclarations prescrites pour des fins statistiques, démographiques ou autres par divers services administratifs (49), il importe de souligner que les constats d'accouchement et de décès ne comportent que les données rigoureusement essentielles. Tous autres renseignements requis des médecins le seraient sur des formules supplémentaires et recevraient un traitement séparé de la part des services administratifs concernés. Il s'agit notamment du service du Ministère des Affaires sociales du Québec appelé le Registre de la population (autrefois le Service de la démographie). Cet organisme recueille des données selon le modèle approximatif fourni par les *Vital Statistics Acts* des autres provinces canadiennes qui fonctionne depuis 1926.

On propose aussi d'abolir l'acte de sépulture que l'on connaît pour le remplacer par un acte de décès. On suggère enfin quelques changements dans les énonciations que doivent contenir les actes de naissance, de mariage et de décès. Certaines mentions actuellement exigées ont paru inutiles, d'autres ont été ajoutées pour faciliter l'identification des personnes ou pour assurer une coordination aisée entre tous les actes qui se rapportent à la même personne.

En second lieu, on a voulu apporter une solution au morcellement actuel du système de l'état civil et faciliter par là même aux intéressés l'obtention de copies ou de certificats des actes qui les concernent.

Le fait que les naissances, mariages et décès soient actuellement consignés sur des registres tenus par des officiers de l'état civil répartis entre les divers lieux de culte, les corporations municipales, et, dans le cas d'un mariage civil, les greffes des Cours supérieures, engendre nombre d'inconvénients lorsqu'il faut se procurer des extraits d'actes d'état civil. Aussi, dans certains districts judiciaires, a-t-on pris l'initiative d'instituer un système de repérage par fiches onomastiques qui n'apporte d'ailleurs qu'une solution partielle au problème. Ces constatations ont conduit à proposer la création d'un registre central de l'état civil où seraient désormais regroupés tous les actes de l'état civil: registre unique pour l'ensemble de la population et du territoire québécois où seraient recueillies toutes

les données essentielles de l'état civil, qu'il s'agisse des naissances, mariages et décès ou des jugements qui affectent l'état civil des personnes ou modifient quelque mention d'un acte d'état civil.

Ce registre central, qui remplacerait tous les registres locaux que l'on connaît actuellement, serait sous le contrôle d'un Directeur de l'état civil. Ce dernier deviendrait ainsi le seul et unique officier de l'état civil.

Ce système d'enregistrement central doit se fonder sur une méthode simple, directe et rapide, destinée à recueillir toutes les informations pertinentes.

Compte tenu du fait que la presque totalité des naissances survient à l'hôpital et que la législation provinciale impose déjà l'obtention d'un certificat médical de décès préalablement à toute inhumation d'un défunt (50), l'on a cru bon de confier au médecin qui a été appelé à assister à un accouchement ou à constater un décès le devoir de faire parvenir au Directeur de l'état civil un constat des faits dont il a été témoin. Lorsque, exceptionnellement, l'accouchement n'a pas lieu à l'hôpital, la personne qui a assisté la mère serait tenue de dresser ce constat.

Par ailleurs, ceux qui sont tenus de déclarer une naissance ou un décès, les proches parents, le plus souvent, auraient la responsabilité de transmettre au Directeur de l'état civil une déclaration contenant toutes les énonciations requises par la loi. Pareillement, le célébrant d'un mariage signerait avec les époux une déclaration de mariage qu'il ferait parvenir au Directeur de l'état civil.

Ainsi, toute déclaration faite à l'état civil serait corroborée par le témoignage d'une personne compétente qui a constaté le fait déclaré.

Sur réception de ces déclarations, le Directeur de l'état civil y apposerait sa signature et les transformerait en actes de l'état civil. Il veillerait à leur conservation et serait chargé de l'émission des copies et des certificats.

Les protonotaires et les greffiers des tribunaux rendant des jugements ayant pour effet de modifier la teneur ou la portée d'un acte d'état civil seraient également tenus de transmettre copie de ces jugements au Directeur de l'état civil qui verrait à l'inscription des données pertinentes et à la coordination des actes entre eux.

Grâce à un réseau de consoles terminales reliées à un ordinateur central, il serait possible d'effectuer, dans les bureaux de l'état civil répartis à travers le Québec, l'entrée des données contenues dans les constats et les déclarations des parties; le même réseau pourrait également servir à obtenir, dès la demande qui en sera faite, certificat ou copie de



l'acte conservé au registre central. Les développements de la téléinformatique nous permettent d'affirmer que d'ici quelques années, un tel réseau sera possible à un coût raisonnable. Cependant, dans une première étape, le système proposé pourrait à la rigueur fonctionner en utilisant des moyens plus conventionnels de communication: les bureaux de l'état civil pourraient rendre des services nécessaires sans être reliés directement à l'ordinateur du registre central; d'autre part, la poste pourrait répondre à la plupart des besoins qui, dans ce domaine, peuvent tolérer des délais de vingt-quatre ou quarante-huit heures.

Si, cependant, les modes de communications peuvent n'être que conventionnels, l'entreposage et le traitement de l'information devraient être réalisés pour la majeure partie au moyen d'un ordinateur. Le nouveau Directeur de l'état civil ne saurait s'acquitter des obligations que la loi lui impose sans pouvoir repérer rapidement et sûrement les milliers de documents dont, chaque jour, on lui demandera de délivrer copie ou certificat.

Les actes de l'état civil qui sont inscrits aux registres actuels devront être versés au registre central. Il faudra donc prévoir des mesures transitoires jusqu'à ce que le nouveau système soit appliqué intégralement.

Si le souci de l'efficacité commande la mécanisation du système de l'état civil, en revanche, il importe de protéger le citoyen contre l'invasion de sa vie privée menacée par le pouvoir de l'ordinateur. La somme des informations recueillies par l'état civil ne doit en aucun cas être détournée de la fin poursuivie et devenir une menace pour les libertés individuelles. Aussi, a-t-il paru essentiel de prévoir, d'une part, que les actes de l'état civil ne doivent contenir rien d'autre que ce qui est exigé par la loi; et, d'autre part, que le contenu des actes de l'état civil ne peut être divulgué que de la manière et dans les cas prévus par la loi. Afin de garantir le caractère confidentiel de plusieurs des données consignées au registre de l'état civil, il est en effet impérieux de limiter à certaines personnes seulement l'accès au contenu intégral des actes. Dans cette vue, l'on propose de distinguer entre les copies et les certificats d'actes de l'état civil. Tandis que la copie, comme son nom l'indique, est la reproduction complète de l'acte lui-même avec toutes les mentions qui ont pu y être portées subséquentement, le certificat ne divulgue que certaines mentions dont la nature est déterminée de façon limitative. En outre, une disposition spéciale prévoit qu'on ne peut jamais délivrer copie de l'acte primitif de naissance d'un enfant adopté.

Pour réaliser ce plan d'ensemble, on présente deux projets.

Le premier propose une réforme du titre deuxième du Livre premier

du Code civil. Il indique, notamment, la procédure par laquelle tous les actes qui se rapportent à l'état civil des personnes sont transmis au Directeur de l'état civil qui les consigne au registre central. Il précise dans quels cas et de quelle manière on peut se procurer des copies ou des certificats de ces actes et la procédure à suivre pour les faire corriger ou rectifier, le cas échéant.

Le second projet, prévu en annexe, crée la structure administrative nécessaire à la mise en place du nouveau système. Il énumère les pouvoirs et les obligations du Directeur de l'état civil, permet l'établissement de bureaux régionaux de l'état civil où les citoyens pourront se procurer des formules et, au besoin, recevoir des conseils appropriés. Il prévoit la façon de transmettre les déclarations au Directeur, la nomination des fonctionnaires et employés du service de l'état civil et il édicte des pénalités dans le cas de contravention à la loi.

Les chapitres VI et suivants du titre deuxième traitent de la majorité et de la minorité, ainsi que des personnes protégées. Ils sont consacrés tout spécialement à la protection juridique des personnes, qu'il s'agisse des enfants ou des majeurs (51).

Cette matière a été profondément simplifiée. La représentation et l'assistance, les deux techniques de la protection de l'enfant et de l'incapable majeur, qui se traduisent en droit actuel par les différentes institutions de la tutelle, de la curatelle et de la mise sous conseil judiciaire, sont organisées, autant que faire se peut, au sein de la famille. La tutelle des enfants devrait normalement être exercée de droit par leurs parents. Ce ne serait qu'à défaut de ceux-ci que les formalités de nomination d'un tuteur datif deviendraient nécessaires. Elles seraient rendues beaucoup plus rapides, grâce, notamment, à la suppression du conseil de famille. La possibilité pour le parent survivant de nommer un tuteur par testament est prévue.

L'émancipation, rendue inutile par l'abaissement de l'âge de la majorité, disparaîtrait également.

L'interdiction sous diverses formes et la mise sous conseil judiciaire seraient remplacées par deux régimes souples de protection du majeur incapable.

Les propositions contenues dans le Projet sont le reflet d'une évolution nécessaire. Deux lignes de force sous-tendent le Projet: premièrement, l'intérêt du protégé et l'accent mis sur le soin de sa personne. On a clairement voulu faire « basculer le système du côté de la protection » (52); deuxièmement, la simplification de la gestion du patrimoine, que ce soit

celui de l'enfant par ses parents ou par son tuteur, ou celui du majeur protégé par son tuteur (qui remplacerait le curateur du droit actuel).

La réalité économique a, en effet, profondément évolué depuis 1866. La fortune mobilière l'a emporté de loin en importance sur la fortune immobilière. L'inflation et les spéculations fréquentes sur telle ou telle catégorie de biens obligent à une technique de placement plus souple et surtout plus rapide. C'est pourquoi toute la philosophie du contrôle de l'administration du bien d'autrui a été transformée.

Avant de passer en revue les différentes sections du chapitre *Des personnes protégées*, il convient d'attirer l'attention sur le fait qu'une réforme qui touche d'aussi près aux réalités de la vie quotidienne, influencée par les convictions profondes de chacun, peut difficilement rallier tous les suffrages. C'est pourquoi, les commentaires expriment les doutes de certains juristes qui ont participé à l'élaboration du Projet.

En plus, le Projet tend à rapatrier, dans le Code civil, l'ensemble des principes à la base de la Curatelle publique. L'Office de révision du Code civil a bénéficié de l'aide précieuse de Me Rémi Lussier, Curateur public, ainsi que de son équipe, auprès desquels il a voulu vérifier l'opportunité des réformes qu'il recommandait.

Le chapitre *Des personnes protégées* correspond à ce qui est couramment appelé en droit actuel: «la protection des incapables». Cette appellation n'a pas été conservée, car on a voulu consacrer expressément - ce que les textes n'énonçaient pas clairement - une capacité de principe du mineur assortie d'une protection adéquate afin de cerner de plus près une réalité juridique qui veut que le mineur ne soit pas incapable de contracter, mais qu'il soit simplement incapable de se léser (53). Le mineur est donc considéré comme une personne capable, sauf les exceptions prévues par la loi.

Après une section consacrée à la majorité, celle qui traite de la minorité tend principalement à clarifier les principes de la lésion du mineur. Elle apporte quelques innovations, notamment en assimilant le mineur marié à un majeur, étant donné que tout mariage au-dessous de dix-huit ans doit faire l'objet d'une autorisation judiciaire, laquelle ne peut être accordée qu'au-dessus de seize ans (54).

Cette reconnaissance de la capacité du mineur doué de discernement, de même que les sauvegardes dont ses actes sont entourés et enfin l'abaissement de l'âge de la majorité (55) ont conduit à supprimer une institution qui ne semble plus avoir d'intérêt: l'émancipation (56). Finalement, le Projet reprend les règles de la *Loi de la protection de la santé publique* relatives au consentement aux soins médicaux, qui donnent, notamment

au mineur de quatorze ans, la possibilité de se faire soigner sans le consentement de ses parents.

Le Projet traite ensuite des personnes protégées et en particulier des tutelles. Il énonce tout d'abord quelques règles générales valables pour les différentes catégories de tutelles. Ces dispositions tendent à simplifier beaucoup l'organisation de l'institution. Peu de textes du Code civil avaient à ce point vieilli et les auteurs s'accordent à en faire la critique et à appeler une réforme. MM. les professeurs Azard et Bisson déclarent d'ailleurs :

«La multiplicité des règles, leur complexité et aussi leur caractère souvent superflu conduisent à confirmer sans hésiter l'opinion avancée au début du présent paragraphe: l'excès de réglementation paralyse le fonctionnement des meilleures institutions» (57).

M. le professeur Carbonnier, parlant de la réforme de la tutelle en droit français, donne une explication à ce vieillissement: «La faute en était à une double transformation qui avait affecté, d'un côté la structure des familles, de l'autre la gestion des patrimoines» (58).

Après avoir défini la tutelle comme une institution de protection, le Projet énonce une des plus profondes réformes qu'il propose, c'est-à-dire l'abandon du principe, énoncé dans l'article 249 du Code civil, suivant lequel toutes les tutelles au mineur sont datives, c'est-à-dire déferées par l'autorité judiciaire. En plus du fait qu'il existe déjà certaines tutelles légales (59), on veut par là reconnaître une tutelle d'office aux parents aux biens de leurs enfants et la possibilité pour le parent survivant de nommer un tuteur par testament (60).

Tout en soumettant les parents à la surveillance qu'il propose pour toutes les tutelles en ce qui concerne l'administration des biens de l'enfant, le Projet veut établir un esprit de confiance dans la famille et simplifier la gestion des biens. Il semble, en effet, inutile de devoir procéder à la nomination d'un tuteur chaque fois qu'un enfant, qui a encore son père et sa mère ou l'un d'entre eux, se voit attribuer une somme d'argent.

La tutelle à un majeur incapable, par contre, ne peut être que dative, car la mise sous tutelle entraîne un état d'incapacité qui est trop grave pour avoir lieu automatiquement.

Le Projet rompt avec le principe du droit actuel suivant lequel la tutelle est une charge obligatoire. La liste des excuses contenues dans les articles 273 et suivants du Code civil est d'ailleurs tellement longue que cette réforme n'a rien de révolutionnaire. L'on a préféré voir l'Etat se

substituer à la famille en cas de carence de celle-ci plutôt que d'imposer une charge qui risquait d'être mal remplie parce qu'obligatoire. Le Curateur public ferait donc office de tuteur lorsqu'aucun membre de la famille ne serait disponible pour remplir cette charge.

Si le Projet souligne particulièrement l'importance attachée au soin de la personne du protégé, c'est surtout le régime de l'administration des biens qui fait l'objet des propositions de modification les plus importantes. Celles-ci sont faites à la lumière des propositions de réforme concernant l'administration du bien d'autrui (61). De nombreux reproches ont été formulés à l'égard de la tutelle aux biens telle qu'elle fut conçue dans le Code civil:

«Même si la loi prescrit que le tuteur doit placer les deniers et faire l'emploi des revenus, l'argent n'a pas la même permanence que les terres et les bâtiments... Qu'arrive-t-il si le tuteur, à court d'argent pour faire face aux exigences de notre standard de vie, cède à la tentation d'emprunter temporairement sur l'argent du mineur pour acquitter un créancier menaçant? Bien sûr, il doit rendre compte de son administration lorsque le mineur atteint sa majorité, mais un enfant osera rarement tenter une poursuite contre son père et, même s'il le fait, ce recours peut devenir inefficace si, à ce moment, le père n'est plus solvable.

On pourrait répondre à ces objections en nous reportant au droit du subrogé tuteur d'exercer une surveillance sur l'administration du tuteur. En pratique, il faut admettre que la nomination du subrogé tuteur demeure une simple formalité et que ce dernier n'ose pas trop questionner le tuteur, car il craint de passer pour indiscret et semeur de trouble» (62).

L'institution du conseil de famille a spécialement attiré les foudres de la critique. Des auteurs déplorent «la complexité excessive des règles qui, issues d'un respect trop grand de la tradition et d'un souci assez chimérique d'atteindre la perfection, empêche la plupart des conseils de famille de voir le jour et partant, des tutelles d'être organisées» (63).

Le contrôle *a priori*, exercé par la consultation du conseil de famille et l'autorisation du tribunal avant de faire certains actes spécifiés dans le Code, de même que la surveillance, limitée strictement à certaines circonstances, du subrogé tuteur aboutissent à une administration fort lourde et sans garantie d'efficacité. Qu'arrive-t-il, en effet, si le tuteur dilapide le prix du bien qu'il a été autorisé à vendre par le tribunal? Qu'arrive-t-il également s'il ne respecte pas les règles de placement des biens? Le Projet propose donc de remplacer le contrôle existant par un système de surveillance *a posteriori* exercé par le Curateur public. Le tuteur, s'il se conforme

aux règles de surveillance qui comprennent, après l'inventaire initial et la fourniture éventuelle d'une caution, la remise annuelle d'états financiers, et s'il satisfait aux dispositions concernant le placement des biens d'autrui - qui seraient analogues à celles de l'article 981o C.C. - aurait sur les biens de la personne protégée des pouvoirs analogues à ceux d'un propriétaire fiduciaire.

Il pourrait donc librement effectuer les placements et les aliénations nécessaires à la bonne gestion du patrimoine. Bien entendu, la règle de l'article 763 C.C., lui défendant les aliénations à titre gratuit, serait conservée.

Cette grande liberté ne risquerait pas de porter préjudice à la personne protégée puisque la caution exigée du tuteur lorsque la valeur des biens administrés dépasserait trois mille dollars servirait d'assurance de remboursement en cas de mauvaise administration.

La surveillance exercée par le Curateur public est stricte et le Projet renforce les exigences de la *Loi de la Curatelle publique* (64). En plus des rapports annuels, des vérifications comptables pourraient être exigées toutes les fois où le Curateur public l'estimerait nécessaire. De même, il peut exiger la production de tous documents et toutes explications nécessaires à l'exercice de sa surveillance.

Celle-ci s'étend, malgré les hésitations de certains, à tous les biens d'une personne protégée même s'ils lui sont donnés, légués ou judiciairement attribués à la condition qu'ils soient exclus de l'administration du tuteur.

L'efficacité de la surveillance du Curateur public, ainsi d'ailleurs que le succès de la réforme proposée, dépendraient des pouvoirs et des moyens qui seraient mis à la disposition des services de la Curatelle publique.

Le Curateur public disposerait de sanctions, dont la plus normale est le pouvoir de demander la destitution d'un tuteur qui ne s'acquitte pas de ses obligations.

De plus, des amendes pourraient être imposées aux tuteurs, ainsi qu'aux tiers qui entraveraient, par leur négligence ou même leur inertie, le bon fonctionnement de la surveillance du Curateur public.

En ce qui concerne plus particulièrement la tutelle des père et mère, le Projet leur donne une administration conjointe, en toute égalité, principe qui correspond à l'égalité et à la collaboration des parents dans la direction morale et matérielle de la famille et dans l'éducation des enfants (65). Les parents sont solidairement responsables de leur gestion vis-à-vis de l'enfant. Cette collaboration est organisée de façon à être souple et

pratique. Les parents peuvent se donner mandat mutuellement. Ils peuvent également confier la gestion du patrimoine de leur enfant à un organisme spécialisé.

Si les parents font défaut, un tuteur datif ou testamentaire prend la relève et, ici, le Projet innove en permettant la désignation de co-tuteurs afin de reconstituer, autant que faire se peut, l'atmosphère familiale pour l'enfant qui en est privé.

La protection du majeur incapable essaye de tenir compte de la réalité médicale. Les catégories actuelles du Code permettant la mise sous régime de protection paraissent en effet particulièrement dépassées.

Il s'agit de l'imbécillité, la démence, la folie furieuse, la prodigalité, l'ivrognerie et la narcomanie au sens des articles 325, 326, 336a et 336r du Code civil. Ces catégories vont trop loin lorsqu'il s'agit de maladies susceptibles d'être guéries et qui ne privent pas nécessairement l'individu de ses moyens. Elles sont surtout incomplètes, car de grands malades dont les facultés physiques sont profondément atteintes ont besoin de protection tout autant que les malades mentaux (66).

Il a fallu parfois, après mûre réflexion, faire un choix entre les droits de la personne et la protection des intérêts de la famille. Ainsi, le prodigue ne devrait plus, suivant le Projet, faire l'objet d'une protection spéciale. Ce cas particulier a soulevé des doutes: «La réponse dépend des conditions économiques... également d'un parti pris pour la liberté: le droit civil doit-il se mêler de contrôler les passions?» (67). L'on a pensé que d'autres moyens de protection existaient pour la famille sans qu'il soit nécessaire de diminuer la capacité des individus en cause.

Le régime proposé concerne la protection du majeur «dont les facultés mentales sont altérées ou qui est physiquement incapable d'exprimer sa volonté». Il se divise en deux branches: tutelle pour celui qui est hors d'état d'agir lui-même et a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils (a. 181); curatelle pour celui qui est hors d'état d'agir sans aide et a besoin d'être assisté dans l'exercice de ses droits civils (a. 182). Il essaye de tenir compte de l'effort de réhabilitation toujours souhaitable et souvent possible. En vue de cet effort, la plus grande souplesse a été laissée au régime qui peut en être un de représentation complète, de simple assistance ou encore d'assistance pour certains actes et capacité complète pour d'autres. Une telle souplesse répond au désir, souvent exprimé dans les milieux médicaux, de maintenir le malade, quand son état le permet, le plus possible dans la vie courante (68).

Le tuteur à un majeur protégé est soumis à la même surveillance stricte que le tuteur au mineur.

Le curateur à un majeur protégé remplit plutôt les fonctions que le droit actuel réserve au conseil judiciaire (69); étant donné qu'il ne représente pas la personne protégée ni n'administre ses biens, il n'est pas soumis à la surveillance du Curateur public.

En ce qui concerne la tutelle à l'absent, on reprend, en les simplifiant profondément, les règles du droit actuel (70) en essayant de tendre à l'équilibre le plus adéquat possible entre les intérêts de l'absent et ceux de sa famille pour qui l'incertitude de la situation est préjudiciable (71).

Un tuteur à l'absent représenterait ses intérêts pendant sept ans. Après cette période, un jugement déclaratif d'absence permettrait de considérer l'absent comme décédé et d'envoyer ses héritiers en possession. La vitesse actuelle des communications permet de considérer qu'une telle présomption de décès se justifie si aucune nouvelle de l'absent n'a été reçue.

Ce jugement, qui omet l'étape de l'envoi en possession provisoire, permettrait au conjoint de se remarier et dissoudrait le régime matrimonial. Une telle innovation a semblé logique, puisque l'époux a le droit de demander le divorce après trois ans d'éloignement de son conjoint (72).

Il convient de noter que ce Projet veut rassembler toutes les dispositions pertinentes de divers textes législatifs: *Loi de la Curatelle publique*, *Loi de la protection de la santé publique*, *Loi de la protection du malade mental* (73).

Le titre troisième traite des personnes morales. Le chapitre premier contient des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les personnes morales. Ce chapitre reprend quelques-unes des règles énoncées aux articles 352 et suivants du Code civil, mais il contient quelques innovations, par exemple, quant à l'enregistrement de la personne morale, à son domicile, et, particulièrement, à la responsabilité des membres et des administrateurs.

Le chapitre II porte sur les corporations. Il reprend, en partie, les dispositions actuelles du Code civil, mais enrichies de l'apport de certaines règles tirées de la *Loi des compagnies* (74), de la *Loi des corporations commerciales canadiennes* (75), de la *Loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales* et du *Companies Act, 1948* (U.K.).

Ces dispositions ne visent pas à remplacer la *Loi des compagnies*, mais à fournir un cadre de règles supplétives pour l'activité des corporations au Québec. Ces règles s'appliquent à toutes personnes morales et à toutes corporations, qu'elles soient ou non constituées en vertu d'une loi



particulière du Québec. La réforme de la *Loi des compagnies* devrait se faire à la lumière des dispositions supplétives du Code civil.

Le chapitre III traite des personnes morales de droit public et constitue une innovation importante en ce qu'il codifie des règles sur les personnes morales publiques et sur la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la Couronne. La disposition sans doute la plus attendue est à l'effet que le préposé d'une personne morale publique ne cesse pas d'agir dans l'exécution de ses fonctions du seul fait qu'il fait un acte illégal, *ultra vires* ou non autorisé ou du fait qu'il agit comme agent de la paix. Cette règle vient donc remédier à une lacune du droit actuel.

Ce chapitre prévoit aussi les modalités d'exercice des recours contre les personnes morales publiques. Il régit les relations juridiques entre les citoyens et ces personnes, y compris la Couronne.



## TITRE PREMIER

### DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

#### CHAPITRE PREMIER

##### DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

1

Cet article reprend en partie l'article 18 C.C.

2

Cet article reprend en partie l'article 352 C.C. On consultera aussi l'article 19 du Livre *Du droit international privé* quant à la loi régissant les personnes morales.

3

Cet article reprend l'article 18 alinéa 2 C.C.

La «pleine jouissance des droits civils» n'est généralement pas définie. Cette expression signifie habituellement, par opposition à l'exercice des droits civils, l'aptitude à être titulaire de ces droits (76). Le titulaire de droits civils peut, notamment, ester en justice, acquérir ou posséder des biens ou encore en disposer.

4

Cet article est nouveau.

On distingue parfois entre les «droits extra-patrimoniaux» (e.g. droit à la vie, à l'intégrité, au nom, au respect de la vie privée) et les «libertés civiles» (e.g. liberté de conscience, liberté professionnelle, droit de faire et ne pas faire, liberté de mouvement). Il n'a pas paru nécessaire de faire cette distinction, l'expression «droits extra-patrimoniaux» paraissant suffisante pour couvrir tous les cas.

Le mot «état», dans l'alinéa 2, distingue les personnes physiques des personnes morales. Celles-ci n'ont pas le droit de se marier, de tester et d'accomplir d'autres actes propres à l'être humain.

5

Il faut distinguer ici encore entre la jouissance et l'exercice des droits. Alors qu'on ne peut renoncer à la jouissance d'un droit, on pourrait

renoncer à l'exercer, pourvu que ce ne soit pas dans une mesure contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs (a. 11).

## CHAPITRE II

### DE L'EXERCICE DES DROITS CIVILS

#### 6

Cet article reprend, en substance, le principe de capacité d'exercice énoncé à l'article 985 C.C. et complète l'article 1.

La personne humaine est présumée capable. C'est à celui qui allègue l'incapacité de la prouver. Le Projet prévoit ailleurs le régime de protection du mineur et la limite à l'exercice de ses droits civils (77).

La personne non douée de discernement est également mise sous un régime de protection; l'exercice de ses droits et de ses devoirs civils est alors limité (78).

#### 7

Cet article reprend les articles 352, 356 alinéa 2, 358 et 364 C.C.

La capacité de la personne morale est la même que celle du majeur capable. Elle peut faire tous les actes autres que ceux qui sont propres à la personne humaine. Elle a, sous réserve des dispositions de la loi, pouvoir de posséder des biens et d'en disposer, et de passer toutes sortes d'actes, y compris les donations, tant comme donateur que comme donataire. Cependant, les administrateurs ne peuvent pas, seuls, faire d'autres dons que les dons d'usage (79).

#### 8

Cet article est nouveau, mais il renoue avec une longue tradition.

Le Code civil français contient, à l'article 1134 (correspondant à l'article 1022 C.C.), une disposition semblable en matière contractuelle: «Elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi.»

Le rapport des codificateurs de 1866 ne s'explique pas sur les raisons qui les auraient incités à ne pas suivre le modèle français à cet égard (80).

#### 9

Cet article consacre expressément à la théorie de l'abus des droits telle qu'elle est exprimée dans la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*, et

reconnue maintenant tant en doctrine (81) qu'en jurisprudence (82). On la retrouve dans plusieurs codes récents (83).

## 10

Cet article reprend l'article 13 C.C.

Les sanctions de cette règle se retrouvent, notamment, aux articles 48 et 51 du Livre *Des obligations*.

## 11

Cet article signifie que les droits civils et les libertés fondamentales sont hors du commerce. On s'est inspiré partiellement de quelques codes étrangers, mais le principe retenu se trouve déjà consacré dans quelques dispositions du Code civil, par exemple, les articles 13 et 1667.

Il va de soi que certains contrats, comme le contrat de travail, comportent une aliénation de liberté pour une période définie. On ne peut, toutefois, disposer totalement et définitivement de l'exercice de ses droits civils et de ses libertés fondamentales.

Le juge conservera un rôle important dans l'appréciation des faits et la détermination des limites que les contractants ne sauraient franchir, en fonction des lois impératives, de l'ordre public et des bonnes moeurs.

# CHAPITRE III

## DU RESPECT DE LA VIE PRIVEE

### 12

Cet article reprend l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Les tribunaux ont déjà mis en oeuvre ce principe dans le cas de *Robbins v. C.B.C.* (84).

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toutes les personnes puisqu'en fait ces atteintes peuvent être subies par des personnes morales (e.g. vol et espionnage commercial et industriel).

La sanction de cette disposition se retrouve aux articles 290 et 293 du Livre *Des obligations*, qui prévoient la réparation du préjudice matériel ou moral, et même, en cas de faute intentionnelle, des dommages punitifs.

### 13

Cet article explicite le principe général énoncé à l'article précédent. Il réserve évidemment les cas où l'individu consent à ce que soit divulguée

l'information confidentielle le concernant et ceux où la loi permet certaines atteintes à la vie privée dans les conditions qu'elle précise; telle la déclaration des revenus pour fins d'impôt, la perquisition chez les suspects.

L'article donne une liste qui n'est nullement exhaustive de violations possibles du respect de la vie privée.

Le paragraphe 1 couvre non seulement le cas où le fait de pénétrer chez autrui sans autorisation occasionnerait des dommages, mais également celui où un individu entrerait dans une demeure sans y causer de dégâts matériels. En effet, on croit qu'il devrait exister un recours en réparation du préjudice moral qu'une telle intrusion occasionne.

On a choisi l'expression «chez autrui» parce qu'on avait l'intention d'y inclure non seulement le domicile ou la résidence d'une personne, mais encore le terrain, ainsi que tout immeuble et ses dépendances dont elle serait propriétaire, locataire ou possesseur.

L'interception d'une communication privée a fait l'objet d'un projet d'amendement au Code criminel (85). Elle est prohibée en vertu de l'article 3 d'une loi sur la protection de la vie privée du Manitoba (86); voir également le *Privacy Act* de Colombie Britannique (87).

La formulation de la prohibition d'utiliser le nom, l'image, la ressemblance ou la voix d'une personne propose un texte suffisamment large pour laisser une marge à l'appréciation mais assez précis pour éviter erreurs et abus (88).

La divulgation de l'information contenue dans les registres et fichiers de l'Etat est réglementée par les lois concernant ces registres et fichiers qui déclarent certaine information confidentielle et prévoient une sanction pour les fonctionnaires qui la divulgueraient et pour ceux qui l'utiliseraient de façon contraire à la loi.

Le principe est d'importance suffisante pour être introduit dans le Code civil.

## 14

Cette disposition affirme le droit du citoyen de pouvoir, sauf exception, avoir accès à l'information qui le concerne dans les dossiers qui doivent être tenus à son sujet en application d'une loi.

Il en est de même du droit à la correction des erreurs qui pourraient figurer dans ces dossiers.

## TITRE DEUXIEME

### DE LA PERSONNE HUMAINE

#### CHAPITRE PREMIER

##### DISPOSITIONS GENERALES

###### 15

Cet article reprend l'article 19 C.C. (89).

###### 16

Cet article reprend l'article 20 C.C. en précisant qu'il s'agit ici d'expérimentation non thérapeutique. S'il s'agit d'expérimentation thérapeutique, les règles ordinaires du contrat médical trouvent application. La disposition proposée tient compte de la notion d'autorité parentale et ajoute, au quatrième alinéa, la possibilité d'une révocation orale du consentement.

###### 17

Cet article, de droit nouveau, vise à empêcher qu'une personne non douée de discernement puisse être soumise à une expérimentation susceptible de présenter des risques pour sa santé. *A contrario*, il permet l'expérimentation sans risque, ce que ne semble pas faire l'article 20 du Code civil.

###### 18

Cet article reprend l'article 21 C.C., mais en tenant compte de la notion d'autorité parentale. Il permet, en outre, l'utilisation gratuite du cadavre à des fins médicales ou scientifiques. Enfin, il prévoit, au troisième alinéa, la possibilité d'une révocation verbale du consentement.

###### 19

Cet article reprend l'article 22 C.C.

###### 20

Cet article reprend, en partie, l'article 23 alinéa 1 C.C. (90).

Il a paru souhaitable d'autoriser expressément le mineur, doué de discernement, à consentir par écrit avec l'autorisation du père ou de la mère ou, à leur défaut, du titulaire de l'autorité parentale (91).

**21**

Cet article reprend, en substance, l'article 23 alinéa 2 C.C. en n'accordant ce droit qu'aux proches et aux héritiers du défunt, de même qu'au médecin traitant.

**22**

Cet article reprend, en partie, l'article 23 C.C.

**23**

Cet article reprend le dernier alinéa *in fine* de l'article 23 C.C. en l'appliquant à toute demande d'autopsie.

## CHAPITRE II

### DISPOSITIONS RELATIVES AUX ENFANTS

**24**

Cet article, de droit nouveau, inspiré de la *Déclaration des droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies (92) et par la *Charte des droits et libertés de la personne* (93), tend à transformer la pensée directrice des articles 242 et suivants C.C. selon lesquels l'enfant ne semble avoir que des obligations et les parents que des droits.

Il sous-tend l'article suivant qui fait de l'intérêt de l'enfant la considération déterminante dans toute décision qui le concerne.

**25**

Cet article est nouveau. Il énonce le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Il précise, en outre, les critères qui doivent guider le tribunal dans son appréciation, notamment en cas d'adoption, de garde ou de pension alimentaire.

**26**

Cet article est nouveau. Il s'inspire de l'article 9 de la *Loi de l'adoption* (94), en substituant le critère du discernement à celui de l'âge (dix ans).

**27**

Cet article est nouveau. Il impose au tribunal l'obligation de désigner un avocat pour représenter l'enfant toutes les fois où l'intérêt de ce dernier l'exige. Il a paru préférable d'imposer cette obligation plutôt que de laisser une discrétion au juge. L'article précise, en outre, qu'une personne intéressée peut faire la demande au tribunal.



**28**

Cet article s'inspire de l'article 608 C.C. (95).

**29**

Cet article s'inspirant de l'article 218 alinéa 2 C.C., établit une présomption irréfragable de conception dans les trois cents jours précédant la naissance.

**30**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 980 C.C. Il met fin à l'ambiguïté résultant de l'utilisation des mots «enfants» et «petits-enfants» et inclut tous les enfants, qu'ils soient issus d'un mariage ou d'une union hors mariage ou qu'ils soient adoptés.

**31**

Cet article est nouveau. Il élimine les distinctions relatives à la source de la filiation. Il découle d'un principe fondamental qui a guidé la réforme du droit familial: l'égalité totale entre les différentes filiations, quelles que soient les circonstances de la naissance, ainsi qu'en matière d'adoption.

## CHAPITRE III

### DU NOM ET DE L'IDENTITE PHYSIQUE

#### Section I

##### De l'attribution du nom

**32**

Cet article pose un principe général. L'exigence de deux prénoms au moins consacre un usage courant et a pour but de permettre une meilleure identification de la personne rendue nécessaire par la fréquence de certains noms, l'accroissement de la population et l'utilisation de plus en plus répandue des ordinateurs.

**33**

Cet article codifie un usage constant. En effet, même si, en principe, l'enfant pourrait, en raison du silence de la loi, se voir attribuer un autre nom, l'on constate que la coutume voulant que l'enfant porte le nom de son père est généralement admise au Québec (96).

Cette règle constitue, il est vrai, un accroc au principe de l'égalité des conjoints (97). On a donc étudié, à la lumière du droit comparé, différents systèmes. Ainsi, on aurait pu proposer que:

1. l'enfant porte un nom composé des noms de ses père et mère,
2. les parents choisissent lequel de leurs deux noms l'enfant porterait,
3. l'enfant porte, dans tous les cas, le nom de sa mère.

La première proposition susciterait, entre autres, le problème de l'ordre d'attribution (98). De plus, elle ne ferait que reporter le problème aux générations suivantes alors qu'il faudrait forcément choisir quels noms porterait un enfant dont les deux parents auraient des noms composés.

La deuxième proposition poserait, notamment, le problème du moment du choix. Les parents choisiraient-ils un nom de famille pour leurs enfants au moment du mariage, à la naissance du premier enfant, ou à chaque naissance? Faudrait-il ou non prévoir que tous les enfants porteraient le même nom? Et puis, lorsqu'on songe aux hésitations qui entourent le choix d'un prénom, on hésite à y ajouter le choix, combien plus important, d'un nom de famille. Cette proposition a semblé de nature à compliquer indûment l'attribution du nom.

La solution idéale serait, certes, la troisième (99). En effet, même si elle était aussi discriminatoire à l'égard des époux que la proposition retenue, elle présenterait l'avantage de mettre tous les enfants sur le même pied, quelles que soient les circonstances de leur naissance, c'est-à-dire, que leur filiation paternelle soit établie ou non. Elle affirmerait également la primauté du lien biologique sur le lien juridique. Il a, cependant, semblé prématuré de recommander une telle mesure qui viendrait bouleverser une tradition séculaire.

L'attribution du nom de la mère à l'enfant dont seule la filiation maternelle est établie correspond également à l'usage (100).

Le cas de l'enfant dont ni la filiation paternelle ni la filiation maternelle ne sont établies est traité à l'article 34.

## 34

Cet article est de droit nouveau. Lorsque le père et la mère d'un enfant sont inconnus, il appartiendrait au Directeur de l'état civil de choisir les nom et prénoms de l'enfant, comme le fait présentement l'officier de l'état civil (101).

**35**

Le jugement accueillant l'action en désaveu ou en contestation de paternité aurait pour effet de rompre les liens de filiation entre l'enfant et son père présumé. Comme le nom de l'enfant est l'un des effets de la filiation légalement établie, la rupture des liens de filiation paternelle entraînerait, pour l'enfant, la perte du droit de porter le nom du père qu'une présomption légale lui avait attribué. L'enfant prendrait, alors, le nom de sa mère.

**36**

Cette disposition est de droit nouveau. La règle générale voulant qu'un enfant prenne le nom de son père, il a paru souhaitable de permettre à l'enfant dont la filiation paternelle n'était pas établie au moment de la naissance, mais qui est reconnu, par la suite, par son père, de demander la modification des registres de l'état civil dans les cas où la reconnaissance de paternité fait preuve à l'égard des tiers (102). Il s'agit ici d'une reconnaissance volontaire de la part du père, la modification des registres de l'état civil s'opérant automatiquement en cas de reconnaissance judiciaire (103).

**37**

Cet article reprend les dispositions de l'article précédent et les applique à la reconnaissance de maternité.

**38**

Il a paru souhaitable de permettre au mineur de quatorze ans de présenter lui-même une requête en rectification des registres de l'état civil.

**39**

Cet article est de droit nouveau. Il n'a pas paru nécessaire ni souhaitable de faire exception au principe de la fixité des prénoms reçus au moment de la naissance dans le cas de changement de nom à la suite d'un désaveu, d'une contestation de paternité ou d'une reconnaissance de paternité postérieure à la naissance de l'enfant.

**40**

Bien que théoriquement, à l'heure actuelle, le choix des prénoms dans la famille légitime appartienne au père, en vertu de la puissance paternelle (104), la pratique est évidemment que les deux parents choisissent ensemble les prénoms de leurs enfants. L'article proposé codifie cette pratique et

suggère en cas de désaccord entre conjoints une solution qui respecte leur égalité.

#### 41, 42 et 43

Ces dispositions s'inspirent de l'article 38b) de la *Loi de l'adoption*. Toutefois, le principe de l'attribution du nom de l'adoptant restreint la discrétion totale laissée actuellement au tribunal. Il a, en effet, paru souhaitable de faciliter l'insertion de l'enfant dans sa nouvelle famille en lui donnant le nom de l'adoptant, puisque le nom est un effet de la filiation.

Comme le Projet de réforme du droit de la famille, suivant en cela la loi actuelle, permet l'adoption de personnes majeures (105), il a paru utile de préciser, dans l'hypothèse où l'adopté aurait des enfants mineurs, que son changement de nom affecte ses enfants mineurs portant le même nom, sauf s'ils sont âgés de quatorze ans ou plus et qu'ils s'y opposent.

Enfin, comme en droit actuel, il serait loisible au tribunal de modifier les prénoms de l'enfant selon les vœux exprimés par l'adoptant ou par l'adopté lui-même.

#### 44

Cet article a pour but d'assurer la mise à jour des actes de l'état civil en cas de changement de nom résultant d'un changement d'état. Il est conforme aux recommandations relatives à l'état civil (106).

#### 45

Cet article est de droit nouveau. En effet, la question du nom des époux n'est pas prévue par le Code civil. En pratique, on constate que si le mari ne change pas de nom à la suite du mariage, par contre, la femme acquiert par le mariage, en vertu d'un usage constant et fort répandu, le nom de son mari, sans pour autant perdre son nom de jeune fille (107). Cet usage est parfois indirectement ratifié par des directives gouvernementales comme celles qui régissent l'obtention des passeports (108).

Dans l'état actuel du droit, la femme mariée ou la veuve peut donc exercer ses droits civils, soit sous son nom de jeune fille (109), soit sous le nom de famille de son mari, soit encore sous les deux noms patronymiques à la fois (110).

On aurait voulu proposer une règle qui respecte le principe de la fixité du nom, ainsi que celui de l'égalité des époux, sans toutefois annihiler l'usage actuel qui est fortement ancré dans notre société. On s'est d'abord demandé si le nom de famille ne pourrait pas être composé du nom des deux conjoints. Cette solution a été abandonnée à cause des difficultés

qu'elle provoquerait lors du mariage de personnes appartenant aux générations suivantes où les noms composés deviendraient fatalement de plus en plus nombreux.

On avait également envisagé la possibilité pour les deux époux de choisir ensemble un nom de famille formé du nom de l'un ou de l'autre et qui aurait été inscrit dans la déclaration de mariage (111). Un tel système, a-t-on estimé, compliquerait indûment la tenue des registres de l'état civil et permettrait un changement de nom qui ne serait pas entouré de toute la publicité voulue. Et cela d'autant plus que la fragilité croissante du lien matrimonial est susceptible d'entraîner, en cas de divorce ou de séparation judiciaire et de remariage, plusieurs changements de nom au cours d'une même vie.

Finalement, la règle de la fixité du nom l'a emporté, étant entendu qu'un époux peut toujours utiliser le nom de son conjoint dans les relations sociales, à condition d'utiliser son nom personnel dans l'exercice des actes de la vie civile.

## Section II

### Du changement de nom

#### 46

Cet article s'inspire des articles 56a du Code civil et 2 de la *Loi du changement de nom* qui ne permettent le changement de nom que sous le contrôle de l'Etat.

Le changement de nom demeurerait un privilège et non un droit, mais la compétence décisionnelle serait reportée du gouvernement au Directeur de l'état civil, simplifiant ainsi de beaucoup le processus actuel.

#### 47

Cet article est de droit nouveau. Il précise les raisons susceptibles d'autoriser un changement de nom.

#### 48

Cet article est inspiré de l'article 3 de la *Loi du changement de nom*. Le délai d'un an de résidence exigé par la loi actuelle est maintenu afin de décourager les gens qui ne résideraient pas au Québec de venir y passer quelque temps uniquement aux fins de changer de nom.

**49**

L'article, également inspiré de l'article 3 de la *Loi du changement de nom*, supprimerait l'exigence actuelle à l'effet que le requérant doit être majeur. En effet, à la suite d'observations qui ont été faites, il a paru souhaitable de permettre à un mineur de demander seul un changement de nom. Tel pourrait être le cas de l'enfant qui est adopté de fait par une famille qui ne pourrait pas l'adopter légalement pour des raisons pécuniaires ou autres.

**50**

Cet article reprend en partie l'article 8 de la *Loi du changement de nom*. Il précise que les enfants mineurs qui portent un nom de famille identique à celui du requérant bénéficient du changement de nom. En effet, dans l'hypothèse où les enfants porteraient le nom de leur père et où la mère demanderait un changement de son propre nom de famille, ce changement de nom n'affecterait pas les enfants.

En second lieu, il n'a pas paru nécessaire de préciser que le changement de nom affecte les enfants à naître du requérant et ses descendants. En effet, l'enfant reçoit, à sa naissance, le nom que porte son père à ce moment.

## Section III

### Du changement d'identité physique

**51**

Cet article, de droit nouveau, a pour but de permettre au transsexuel qui a fait l'objet d'une intervention, dite de «conversion sexuelle» (112), selon les normes médicales reconnues en cette matière, d'obtenir une modification de la mention du sexe inscrit sur son acte de naissance (113) et un changement de ses prénoms.

Contrairement au changement de nom qui est un privilège accordé par l'Etat et non un droit, la modification des prénoms et le changement de la mention du sexe dans l'acte de naissance seraient un droit pour la personne dont les apparences extérieures ont été transformées.

Afin d'éviter, toutefois, que des étrangers ne se prévalent des présentes dispositions dans le but d'obtenir un changement d'identité physique qui serait interdit selon les lois qui les régissent, le présent article exige que le requérant soit citoyen canadien et qu'il ait résidé au Québec depuis au moins un an (114).

L'article exige, enfin, que le requérant ne soit pas marié, soit célibataire, veuf ou divorcé, afin d'éviter l'incongruité d'un mariage où les deux conjoints seraient apparemment, à la suite du changement d'identité physique de l'un d'eux, du même sexe (115).

## 52 et 53

Ces articles sont de droit nouveau. S'il a semblé qu'il était souhaitable, pour des raisons humanitaires, de permettre au transsexué d'obtenir que les mentions relatives au sexe et à ses prénoms dans l'acte de naissance soient modifiées conformément à sa nouvelle identité physique (116), il n'a pas paru opportun de l'autoriser à changer de nom patronymique, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

## Section IV

### Des effets du changement de nom ou d'identité physique

#### 54, 55 et 56

Ces articles sont inspirés des articles 11 à 15 de la *Loi du changement de nom*, en en simplifiant la rédaction. Il a, en effet, paru inutile d'énumérer les droits et les obligations qui subsistent malgré le changement de nom ou d'identité physique d'une personne. Il suffisait de poser le principe que ces droits et obligations ne seraient pas affectés par un changement de nom ou d'identité physique.

Il a, toutefois, semblé utile de préciser que les actes, titres ou autres documents, qu'il s'agisse de diplômes, permis de conduite, passeport (117), carte d'assurance maladie, etc., établis en faveur d'une personne qui a changé de nom ou d'identité physique sont réputés avoir été faits sous son nouveau nom ou sous sa nouvelle identité physique et de prévoir que cette personne peut exiger des autorités en cause que ces documents soient refaits sous son nouveau nom ou sous sa nouvelle identité.

Il va sans dire que la personne qui a changé de nom ou d'identité physique devra utiliser ses nouveaux nom ou prénoms qui deviennent, en vertu de l'article 32, les seuls nom et prénoms légaux qu'elle possède. Rien n'interdirait, bien sûr, de faire, en pratique, référence à l'ancien nom pour des raisons de commodité.

Il convient de noter, enfin, que l'article 82 permet à la personne qui a changé de nom d'obtenir une copie de l'acte de naissance primitif portant mention des anciens nom ou prénoms.

## Section V

### De l'utilisation et de la protection du nom

#### 57, 58 et 59

Ces dispositions tendent à codifier la conception de la nature particulière du droit au nom admise par la doctrine (118).

Celui qui porte légitimement un nom a le droit d'empêcher qu'il soit utilisé par une personne qui n'y aurait pas droit en vertu des règles d'attribution du nom et de le défendre contre une usurpation susceptible de lui causer un préjudice (119). Ce droit pourrait également être exercé par le conjoint et les parents en ligne directe du porteur du nom.

## CHAPITRE IV

### DU DOMICILE

#### 60

Cet article remplace la notion de «principal établissement» de l'article 79 du Code civil par celle de «résidence habituelle».

Le but de cette modification est d'éliminer, en tant que condition essentielle de l'établissement du domicile, l'intention de la personne d'établir son principal établissement dans un lieu déterminé. L'examen de la jurisprudence québécoise montre, en effet, que la plus grande difficulté rencontrée par les juges dans les conflits concernant l'établissement du domicile réside dans la preuve de l'intention (120). Lorsque la personne est décédée - et ce problème se pose souvent en matière successorale puisque le lieu d'ouverture de la succession dépend du domicile du défunt - il est souvent difficile de déterminer avec certitude son intention au moment où elle a testé ou au moment où elle est décédée. Si, par contre, la personne est vivante, il faut s'attendre à ce qu'elle exprime, devant un tribunal, une intention qui servira sa cause plutôt que l'intention qu'elle avait réellement eue au moment où le problème s'est posé (121).

D'autre part, il est peu souhaitable qu'une personne puisse vivre habituellement au Québec sans être soumise aux lois québécoises quant à son état et à sa capacité, simplement parce qu'elle a l'intention de retourner éventuellement dans son pays d'origine.

La résidence habituelle a pour avantage de pouvoir être prouvée objectivement en se basant sur des faits matériels, tel le lieu où l'on habite, où l'on travaille, la durée de la résidence, etc., Il n'est pas exclu, d'ailleurs,



que l'intention puisse être prise en considération, non point comme un facteur déterminant, mais simplement comme un des multiples éléments de la preuve.

Le qualificatif «habituelle» a été choisi à dessein, pour bien montrer que la résidence doit revêtir un certain caractère de permanence et éviter la possibilité de changer de domicile à tout moment. Le mot «habituelle» est également employé dans les Conventions de La Haye de droit international privé pour qualifier la résidence (122).

## 61

Cet article veut modifier la règle de l'article 80 du Code civil.

Après avoir éliminé le critère de l'intention, dans l'établissement du domicile, il est évidemment nécessaire de l'éliminer dans la notion de changement de domicile. Pour déterminer s'il y a eu changement de domicile, on tient compte des mêmes facteurs objectifs déjà mentionnés: la durée et la continuité de la résidence, ainsi que d'autres éléments de nature personnelle et professionnelle qui créent un lien étroit entre la personne et cette résidence.

## 62

Cet article, de droit nouveau, propose une série de présomptions pour les cas où il serait difficile ou impossible de découvrir le domicile d'une personne.

## 63

Le premier alinéa de l'article proposé reprend le principe du domicile légal du mineur, prévu au deuxième alinéa de l'article 83 du Code civil.

Dans le droit de l'avenir, les cas où l'enfant, ayant encore ses père et mère, serait doté d'un tuteur, seraient plutôt rares puisque le Projet propose que les parents représentent d'office leurs enfants mineurs dans tous les actes de la vie civile (123). De toute manière, l'article proposé met fin à la controverse actuelle en ce qui concerne le domicile de l'enfant doté d'un tuteur alors qu'il a encore ses père et mère (124), puisque le tuteur, que les parents soient ou non encore vivants, aurait la garde de l'enfant.

Le deuxième alinéa de l'article prévoit le cas où, les parents étant divorcés ou séparés de corps, la garde de l'enfant a fait l'objet d'une décision judiciaire.

Le troisième alinéa prévoit le cas où, les parents vivant séparés, aucune décision judiciaire relative à la garde de l'enfant n'a été prise.

**64**

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 83 du Code civil en adaptant la rédaction aux propositions du Projet concernant la refonte de l'institution de l'interdiction. Les personnes ayant besoin d'être représentées dans les actes de la vie civile seront mises en tutelle et domiciliées chez leur tuteur ( 125 ).

**65**

Cet article reprend, en simplifiant la rédaction, les deux premiers alinéas de l'article 85 du Code civil.

On n'a pas cru opportun de conserver le troisième alinéa de l'article 85 du Code civil qui exige un acte notarié pour l'élection d'un domicile quant à la juridiction des tribunaux s'il est signé par un non-commerçant dans les limites du district où il a sa résidence. En effet, cette exigence paraît assez artificielle et cause beaucoup de problèmes. Dans la plupart des litiges, les parties qui veulent échapper à une clause d'élection de domicile ou, au contraire, la faire jouer en leur faveur, invoquent le caractère commercial ou non commercial de l'acte ( 126 ).

## CHAPITRE V

### DES ACTES DE L'ETAT CIVIL

#### Section I

##### Dispositions générales

**66**

Le Projet prévoit, comme dans le système actuel, trois actes de l'état civil. Les actes de décès remplacent les actes de sépulture.

L'acte de l'état civil, défini à l'article 69, ne doit contenir que les données requises pour les fins de l'état civil et non pour des fins statistiques, déjà prévues dans la *Loi de la protection de la santé publique*.

**67**

Cet article a pour but de protéger le caractère confidentiel de certains faits se rapportant à l'état civil d'une personne. L'adoption, par exemple, le désaveu, la reconnaissance de paternité ou de maternité sont des faits qui ne doivent pas être connus de tous. La *Loi de l'adoption* prévoit déjà la façon de protéger le secret.

Les articles 79 et 82 prévoient que toute personne qui justifie de son intérêt ou dont le nom apparaît à l'acte, peut obtenir copie de l'acte, tandis que des certificats portant uniquement des données essentielles et non confidentielles sont remis à tous ceux qui en font la demande. Les articles 80, 88, 92 et 101 énoncent les mentions que doivent porter ces certificats.

## 68

Le Directeur de l'état civil devient le seul officier de l'état civil. C'est donc à lui qu'incombe l'obligation de dresser l'acte de l'état civil et de l'enregistrer dans le plus bref délai. Il est entendu qu'il faudra prévoir des mesures transitoires tant que le contenu des registres de l'état civil ne sera pas entièrement incorporé au registre central, comme le prévoit l'article 6 du projet de loi concernant le registre de l'état civil (127).

L'article oblige le Directeur à recevoir les déclarations et les constats. Il faut noter que la déclaration de mariage ne comporte pas de constat (a. 91). Dans le cas du mariage, le Directeur ne reçoit donc que la déclaration.

## 69

Le premier alinéa de cet article définit l'acte de l'état civil.

Le deuxième alinéa corrige l'inconvénient de l'article 53a C.C. qui prescrit un délai de quatre mois, sans préciser qu'une déclaration peut être faite après ce délai. Il est en effet souhaitable que tous les faits se rapportant à l'état civil puissent être enregistrés. En cas de retard, des sanctions pénales sont prévues dans le projet de loi concernant le registre de l'état civil.

L'article proposé permet au Directeur de recevoir les déclarations après les délais prescrits, qui sont de huit jours (a. 85, 90, 97). Mais, dans ces cas, il a paru souhaitable de lui donner un pouvoir d'enquête et même de l'autoriser à requérir un jugement confirmant la déclaration tardive (sur enquête par le tribunal) et enjoignant le Directeur de l'accepter aux fins de dresser ou de modifier un acte de l'état civil. Selon la méthode administrative choisie, le Directeur pourra retourner au déclarant une copie de l'acte qu'il vient de dresser pour vérification et correction immédiate s'il y a lieu.

## 70

Cet article énumère les énonciations exigées pour toutes les déclarations de l'état civil. Des mentions particulières seront indiquées pour chacun d'eux (a. 87, 91 et 98).

## 71

Il appartiendra au Directeur de juger si les renseignements obtenus sont suffisants pour dresser un acte de l'état civil. Si ce n'est pas le cas ou si les renseignements fournis dans le constat et dans la déclaration ne concordent pas, il pourra requérir un supplément d'information ou exiger que la déclaration soit reprise. Il s'agit ici de lui donner discrétion pour simplifier les opérations.

## 72

Cet article impose aux protonotaires et aux greffiers l'obligation de faire parvenir au Directeur copie des jugements modifiant l'état civil des personnes. Le Directeur, de son côté, doit les inscrire au registre. Il peut ainsi coordonner les actes et leurs modifications subséquentes et en assurer une mise à jour constante.

## 73

Cette disposition s'inspire de la *Loi modifiant la Loi de la protection de la santé publique* (128).

Toutefois, comme on ne peut obliger le greffier d'une cour étrangère à faire parvenir au Directeur copie d'un jugement, c'est donc à l'adoptant, domicilié au Québec, qu'incombe ce devoir. Le terme « acte d'adoption » a été utilisé pour couvrir non seulement les jugements d'adoption, mais aussi les décisions administratives et même les contrats d'adoption. Cette politique est d'ailleurs celle du Projet en ce qui concerne la reconnaissance des adoptions étrangères (129).

De plus, comme les enfants adoptés à l'étranger viennent en général de régions éprouvées, il peut arriver que l'adoptant soit dans l'impossibilité de fournir une copie certifiée conforme de l'acte d'adoption. Dans ce cas, il a paru souhaitable de permettre au Directeur d'inscrire l'adoption sur la foi de pièces jugées suffisantes.

## 74

Cette disposition a pour but de permettre l'intégration au registre québécois des actes dressés à l'étranger, mais concernant des personnes domiciliées au Québec, par exemple, l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger de parents québécois. Elle permettrait aussi au Directeur d'annexer à l'acte de mariage inscrit au registre québécois le jugement de divorce prononcé à l'étranger.

**75**

Le Directeur, après s'être assuré de l'authenticité de la copie d'un acte de l'état civil dressé hors du Québec mais concernant une personne domiciliée au Québec, ou d'une décision rendue hors du Québec susceptible de modifier un acte de l'état civil québécois, en assure la conservation et en délivre des copies et des certificats.

Si les actes mentionnés aux articles 73 et 74 ne sont pas rédigés en français ou en anglais, ils doivent être accompagnés d'une traduction dans l'une de ces langues, certifiée conforme soit par un agent diplomatique ou consulaire, soit par toute autre personne autorisée à cet effet au Québec ou au lieu d'origine.

**76**

Etant donné que les actes visés à cet article affectent le statut des personnes, on ne peut se contenter de les porter en annexe de l'acte de l'état civil concerné. Le Directeur doit dresser un nouvel acte sur la foi de l'acte primitif et du jugement rendu.

Les copies et certificats sont réglementés aux articles 81 et 82.

**77**

Cet article renvoie à l'article 102 (jugements déclaratifs de décès), de même qu'aux articles 109 (jugements reconstitutifs d'actes de l'état civil) et 110 (jugements supplétifs d'actes de l'état civil).

Le Directeur doit alors dresser un acte de l'état civil puisqu'il s'agit d'une situation où normalement il aurait à le faire.

**78**

Le Directeur, en tant que seul officier de l'état civil, délivre les copies et les certificats.

**79**

Cet article est de droit nouveau puisque le Code civil ne connaît pas les certificats.

**80**

Les mentions dont il est question sont celles des articles 88 et 89 (naissance), 92 et 93 (mariage) et 101 (décès).

**81**

Le certificat d'état civil ne contient que des énonciations qui peuvent être connues de tous. Il ne doit donc pas indiquer, par exemple, qu'il y a eu

changement de filiation à la suite d'une reconnaissance de paternité ou de maternité.

Certaines énonciations qui ont fait l'objet de modifications sont cependant conservées; ainsi, le certificat de mariage mentionne l'annulation du mariage ou sa dissolution par divorce ou décès (a. 93); de même, la copie et le certificat de naissance délivrés après le décès en porteront mention (a. 89).

## 82

Cet article remplace l'article 50 du Code civil.

Le Directeur a discrétion pour permettre à ceux qui justifient de leur intérêt d'obtenir copie des actes de l'état civil. L'intérêt à justifier comprend non seulement l'intérêt individuel, mais l'intérêt familial et l'intérêt de celui qui a été nommé mandataire.

La *Loi de l'adoption* interdit, dans certains cas, la délivrance de l'acte de naissance primitif de l'adopté.

En dehors de ce cas, il peut être nécessaire de consulter l'acte primitif, mais portant toujours les modifications subséquentes.

## Section II

### Des actes de naissance

#### 83

Cette obligation de l'accoucheur est d'une grande importance puisqu'elle permet d'appuyer par un constat la déclaration des parents (130).

#### 84

Cet article prescrit le contenu d'un constat d'accouchement. Les formules de constats seront prescrites par règlements.

#### 85

Cet article énonce le délai prévu pour la déclaration de naissance. Le délai prescrit est court. L'efficacité du système le requiert et, de plus, comme la déclaration se fait en remplissant une formule, il n'y a pas de raison d'étendre le délai. Dans les autres provinces du Canada, le délai varie: dix jours au Manitoba et en Alberta, quinze jours en Saskatchewan et trente jours dans les autres provinces. En Suisse et en France, le délai est de trois jours; en Allemagne, il est d'une semaine.

**86**

Cet article prévoit le cas particulier du nouveau-né abandonné. On estime qu'un rapport médical paraît être le meilleur moyen de fixer le jour présumé de la naissance.

**87**

Cet article prescrit le contenu de la déclaration de naissance qui reprend les énonciations de l'article 54 C.C., sauf celles du baptême et des parrain et marraine, de même que la profession des père et mère. Il a paru utile de mentionner le lien de parenté du déclarant avec l'enfant.

**88**

Cet article prescrit le contenu du certificat de naissance. Etant donné que ceux-ci sont accessibles à tous, il a paru préférable de ne pas y faire figurer de mentions relatives à la filiation.

**89**

Cette disposition a pour but d'empêcher l'utilisation frauduleuse des actes de naissance de personnes décédées.

## Section III

### Des actes de mariage

**90**

Il a paru souhaitable d'imposer au célébrant plutôt qu'aux parties l'obligation de transmettre au Directeur la déclaration de mariage. Le célébrant représente un élément de stabilité administrative au moment du mariage. Cette situation diffère de celle de la naissance où l'accoucheur ne transmet au Directeur que le constat alors que la déclaration est transmise par les parents.

**91**

Cet article prescrit le contenu de la déclaration de mariage. Celle-ci comporte quelques énonciations déjà exigées par l'article 65 du Code civil: le jour de la célébration, les nom, prénoms et domicile des époux et de leurs père et mère, les noms des témoins.

Les mentions suivantes ont été supprimées: la profession des époux, le nom de l'époux précédent, l'état de majorité qui est remplacé par la date de naissance, le fait qu'il y a eu publication de bans, le consentement requis en cas de minorité, la parenté ou l'alliance des témoins avec les

époux, le fait qu'il n'y a pas eu opposition, que les parties se marient avec ou sans contrat. La déclaration est ainsi limitée aux énonciations essentielles.

Le chapitre du Projet qui traite de la célébration du mariage impose au célébrant l'obligation de vérifier certains faits concernant l'identité et la capacité des futurs époux ( 131 ).

**92**

Cet article règle le contenu du certificat de mariage.

**93**

Ceux qui demandent des copies ou des certificats de mariage ont intérêt à savoir s'il a été annulé ou dissous.

## Section IV

### Des actes de décès

#### § - 1 Des constats et des déclarations de décès

**94**

Le constat du décès par le médecin corrobore la déclaration de décès. Cet article s'inspire des articles 40 et 59 de la *Loi de la protection de la santé publique*.

**95**

Cet article prescrit le contenu du constat de décès.

**96**

Cette disposition est destinée à permettre au Directeur de dresser ultérieurement un acte de décès.

**97**

La déclaration de décès est une procédure nouvelle et devient la base de l'acte de décès qui remplace l'acte de sépulture.

**98**

Cet article règle le contenu de la déclaration de décès. Cette disposition facilite la mention du décès à l'acte de naissance et à l'acte de mariage du défunt. S'il n'y a pas de conjoint survivant, le mariage est déjà dissous et la mention des conjoints décédés ou divorcés paraît inutile.



**99**

Si la date et le lieu du décès sont inconnus, le Directeur, après enquête, fixe une date et un lieu présumés, laissant, s'il y a lieu, aux tribunaux de les fixer selon la preuve.

**100**

Cet article a pour but d'éviter l'utilisation frauduleuse des actes de l'état civil.

**101**

Cet article règle le contenu du certificat de décès.

**§ - 2 Des jugements déclaratifs de décès****102**

Cet article reprend en substance l'article 70 du Code civil. Il est cependant modifié en tenant compte de l'existence des constats et des actes de décès. Les effets du jugement déclaratif de décès sont régis par d'autres dispositions du Projet, en particulier au chapitre *De la dissolution du mariage* (132).

**103**

Cet article reprend, en partie, l'article 71 du Code civil.

Cependant, le troisième alinéa de l'article 71 C.C. qui traite de l'opposabilité du jugement à l'assureur qui a assuré la vie du défunt est repris, sous une forme plus générale, à l'article 107.

**104**

Cet article veut mettre fin aux hésitations provoquées par le dernier alinéa de l'article 73 C.C. Etant donné qu'un jugement déclaratif de décès n'est prononcé que si la mort semble certaine, les cas de retour de personnes déclarées décédées seront extrêmement rares. Il vaut mieux libérer le conjoint des liens du mariage. Ceci, d'autant plus que la même solution est recommandée dans le cas de jugement déclaratif d'absence (133).

**105**

Cet article modifie l'article 73 du Code civil.

Celui qui reparaît alors qu'un jugement déclaratif de décès a été prononcé à son égard peut demander la révocation du jugement et la radiation de l'acte de décès.

**106**

Cet article reprend le début du deuxième alinéa de l'article 73 C.C.

**107**

Cet article reprend la deuxième partie du deuxième alinéa de l'article 73 C.C.

## Section V

### **De la correction et de la rectification des actes de l'état civil**

**108**

La rectification d'erreurs autres que celles d'écriture se fait par intervention judiciaire, étant donné l'importance des actes de l'état civil et la nécessité d'actes de procédure comme la signification aux tiers et l'audition des parties intéressées.

On trouvera, en annexe, des règles remplaçant l'article 864 du Code de procédure civile. L'article 865 C.P.C. devrait être abrogé.

## Section VI

### **Des jugements reconstitutifs et supplétifs d'actes de l'état civil**

**109**

Cet article est de droit nouveau. Il couvre plusieurs situations.

Dans certains cas, un acte a été perdu ou détruit, soit seul, soit en même temps qu'un registre. Ce cas peut se présenter pour un acte reçu au Québec ou hors du Québec.

Dans d'autres cas, une personne peut être dans l'impossibilité de se procurer une copie ou un certificat d'un acte de l'état civil, par exemple si l'Etat dont elle est originaire le lui refuse.

Cette disposition permet la reconstitution d'un acte par demande principale. Ce jugement peut ensuite être incorporé, suivant la procédure décrite à l'article 77, au registre de l'état civil du Québec. Il s'agit donc d'un moyen différent de celui qui est accordé à l'article 453 du Code de procédure civile.

**110**

Certaines personnes, nées au Québec, n'ont jamais été inscrites à l'état civil. D'autres viennent d'Etats où l'état civil n'est pas organisé. Cette disposition leur permettrait d'obtenir un jugement qui pourra être incorporé à l'état civil du Québec.

**CHAPITRE VI****DE LA MAJORITE ET DE LA MINORITE****Section I****De la majorité****111**

Cet article s'inspire des articles 246 et 324 du Code civil.

On s'est demandé à quel instant une personne atteignait sa majorité.

Il existe, à ce sujet, une controverse concernant la façon de calculer la date de la majorité (134). Certains auteurs soutiennent qu'elle n'est acquise qu'à l'expiration de la dernière minute du jour de l'anniversaire de la naissance par application de l'article 2240 du Code civil. Un autre système consisterait à calculer le délai d'heure à heure. Cela supposerait que l'heure de la naissance fût connue. On a finalement estimé qu'il serait souhaitable de s'en tenir à l'usage courant et, partant, de fixer la majorité au premier instant du dix-huitième anniversaire.

L'autorisation de contracter mariage donnée par le tribunal à un mineur âgé de seize ans l'assimilerait à un majeur. Si le tribunal l'a jugé capable de prendre les responsabilités d'un mariage, on peut espérer, en effet, que le mineur sera à même de faire face aux autres responsabilités de la vie civile.

**112**

Cet article reprend l'article 324 du Code civil en en modifiant la rédaction.

## Section II

### De la minorité

#### 113

Cet article prend le contre-pied de l'article 986 du Code civil qui déclare que les mineurs sont incapables de contracter dans les cas et suivant les dispositions contenus dans le Code.

Si les auteurs appellent parfois la situation faite au mineur «une incapacité d'exercice» (135), ils sont d'accord pour admettre que, en réalité, «le mineur, malgré les termes de l'article 986, n'est pas incapable de contracter, il est incapable de se léser» (136).

La disposition proposée ne fait donc que traduire le droit actuel que la rédaction de l'article 986 du Code civil ne reflétait pas. Il n'a pas paru nécessaire de préciser que le mineur doit être doué de discernement, puisque le consentement exigé pour la validité d'un contrat suppose le discernement (137).

On a cru devoir traiter de la capacité du mineur dans le chapitre consacré à la minorité plutôt que dans le Livre *Des obligations*. Cette décision reflète la politique générale de l'organisation du nouveau Code qui tend à regrouper les dispositions relatives à la capacité dans le chapitre *Des personnes protégées*.

#### 114

Cet article doit se lire à la lumière des dispositions du Livre *Des obligations* concernant la lésion du majeur (138). Il reprend le principe des articles 987 et 1002 du Code civil. Ce dernier est ambigu et la disposition proposée tente d'éviter les controverses jurisprudentielles qui pourraient naître à propos de la règle qu'il voulait exprimer. On a donc codifié ici le principe déjà posé par la jurisprudence à l'effet que le mineur ne peut se léser que s'il agit seul d'une part et si, d'autre part, le contrat passé a, au sens large du terme, des effets néfastes sur son patrimoine. En d'autres termes, le mineur n'est pas considéré comme incapable de contracter, mais seulement incapable de se léser.

On n'entend nullement déroger à la tradition jurisprudentielle bien établie (139) qui apprécie la lésion au regard de certains éléments subjectifs (genre et nature du contrat ou des clauses qu'il contient, effets de celui-ci sur le patrimoine, utilité de l'engagement, caractère spéculatif ou non de celui-ci, etc.) (140).

La possibilité pour le mineur de confirmer le contrat, une fois devenu

majeur, est conforme au droit actuel (141). Une telle confirmation ne lui enlèverait nullement le droit d'invoquer la lésion du majeur, telle qu'elle est prévue au Livre *Des obligations* (142).

Finalement, l'article proposé représente une profonde réforme du droit actuel en ce sens qu'il abolit la distinction entre la rescision pour lésion de certains actes et la nullité des actes pour lesquels le tuteur aurait eu besoin de l'autorisation du tribunal prévue à l'article 1009 C.C. Ce dernier recours n'aurait plus de raison d'être puisque le tuteur lui-même aurait sur les biens du mineur tous les pouvoirs d'un administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration (143).

La sanction de la lésion, c'est-à-dire la rescision ou la réduction de l'obligation figure au Livre *Des obligations*, ainsi que la règle que le mineur n'est tenu à restitution que dans la mesure où il a profité de la prestation reçue (144).

La prescription de l'action est la prescription de trois ans proposée pour l'extinction des droits personnels au Livre *De la prescription* (145).

## 115

Cet article reprend, en en modifiant la rédaction, l'article 1003 du Code civil et précise les solutions de la jurisprudence actuelle (146).

Lorsque le mineur excède les bornes d'une simple déclaration, par exemple, en produisant une fausse attestation écrite de ses parents qu'il est majeur, il ne peut évidemment pas plaider lésion (147).

## 116

Cet article reproduit textuellement l'article 1004 du Code civil.

## 117

Cet article reproduit, en en modifiant la rédaction, l'article 1007 du Code civil (148).

## 118

Cet article reprend le principe de l'article 1005 du Code civil en en modernisant la rédaction. De plus, il étend le principe au mineur salarié.

Il s'agit là d'une innovation assez importante, étant donné que le droit actuel limite clairement l'exception au cas où le mineur est un travailleur indépendant (149).

L'article englobe donc les principes énoncés aux alinéas 2 et 3 de l'article 304 C.C. en en élargissant la portée.

**119**

Le premier alinéa de l'article concerne le mineur qui se marie avant l'âge de dix-huit ans avec une dispense du tribunal.

Il s'agit là d'une application de l'article 111. Comme le mariage met fin de plein droit à la minorité, il est logique que le mineur puisse passer seul son contrat de mariage une fois qu'il a été autorisé à se marier.

La règle proposée s'écarte du droit actuel qui est plus exigeant pour le consentement au contrat de mariage que pour le consentement au mariage lui-même (150).

Elle a également l'avantage de mettre fin à la controverse existant à propos du caractère de la nullité du contrat de mariage passé sans les consentements nécessaires (151).

Le deuxième alinéa vise la situation où un mineur désirerait se marier le jour de ses dix-huit ans et faire son contrat de mariage quelques jours auparavant.

**120**

Cet article précise le droit actuel. Le premier alinéa reprend le principe de l'alinéa premier de l'article 304 C.C., tout en réservant le droit du mineur d'agir seul toutes les fois que cela lui est permis.

Le deuxième alinéa permet au mineur d'intenter une action dans le domaine extra-patrimonial où, dans le droit actuel, il peut en général agir seul (152). Ainsi, avec la permission du juge, un mineur pourrait intenter une action en recherche de paternité ou s'y opposer si l'action était dirigée contre lui.

Le troisième alinéa reprend la règle du quatrième alinéa de l'article 304 du Code civil.

La disposition proposée ne change en rien la règle de l'article 56 du Code de procédure civile suivant laquelle l'irrégularité résultant du défaut de représentation n'a d'effet que s'il n'y est pas remédié, ce qui peut être fait rétroactivement en tout état de cause même en appel. Cette règle a mis fin à la controverse relative au caractère de la nullité de l'acte judiciaire du mineur (153). Au cas où le délai d'appel serait écoulé, il resterait au mineur le recours de la rétractation de jugement (a. 483 C.P.C.).

**121**

Cette règle, de droit nouveau, s'inspire de l'alinéa premier de l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*. Celui-ci prévoit qu'un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis

par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle.

Certains ont émis des réserves quant à l'opportunité d'une telle règle et des craintes que le mineur soit susceptible de se laisser convaincre par le médecin qu'un traitement est approprié, alors qu'il aurait peut-être été préférable de consulter d'autres médecins.

D'autres ont fait valoir que, dans le cas de certaines maladies, comme la toxicomanie ou les maladies vénériennes, les enfants préfèrent souvent que leurs parents ne soient pas mis au courant de la situation. L'obligation de demander l'autorisation des parents pourrait les inciter à se priver des soins requis par leur état (154).

De toute manière, la disposition proposée ne signifie pas que seul l'enfant peut consentir à ce que des soins lui soient prodigués, mais bien que son consentement suffit pour recevoir ces soins. Dans les cas les plus fréquents, il va sans dire que les parents seront prévenus et souscriront au contrat médical ou hospitalier (155).

La solution retenue qui est celle de la *Loi de la protection de la santé publique*, en fixant un âge de majorité en matière médicale et imposant l'obligation d'avertir les parents en cas d'hébergement de plus de douze heures ou de traitements prolongés, «tente de concilier l'autonomie de la personne humaine et les exigences légitimes de l'autorité paternelle» (156).

## 122

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*.

Le droit pour le tribunal de passer outre au refus du parent vise la situation type où les parents refusent au nom de principes religieux une intervention indispensable. La *Loi de la protection de la santé publique* n'a fait que consacrer la jurisprudence existante (157).

On n'a pas cru devoir préciser à quel tribunal appartiendrait le juge qui autoriserait les soins, car il est possible que cette décision soit de la compétence du tribunal de la famille (158).

## 123

La question de savoir si le refus de l'enfant de recevoir les soins médicaux nécessités par son état devait être décisif a donné lieu à des opinions divergentes (159).

Certains ne peuvent admettre que les parents ne puissent contraindre

le mineur à subir un traitement nécessaire à sa santé. Ils sont d'avis que le consentement des parents devrait suppléer au refus de l'enfant mineur jusqu'à sa majorité. Ils font observer, en outre, que si l'enfant, par suite de son refus de recevoir des soins médicaux, devient inapte à mener une vie normale, l'obligation alimentaire des parents s'en trouvera augmentée.

D'autres croient plutôt que l'enfant de quatorze ans devrait pouvoir refuser un traitement médical que ses parents veulent lui imposer. Cette dernière solution a finalement été retenue.

## 124

Cet article est conforme à l'article 37 de la *Loi de la protection de la santé publique*.

# CHAPITRE VII

## DES PERSONNES PROTEGEES

### Section I

#### Dispositions générales

## 125

Cet article d'introduction insiste sur le but de protection de la tutelle.

Il annonce l'unification des systèmes de protection du mineur et du majeur.

## 126

Cet article représente une très profonde réforme par rapport au droit actuel. En effet, le principe énoncé par l'article 249 du Code civil suivant lequel «toutes les tutelles sont datives», c'est-à-dire déferées par le tribunal, serait abandonné.

L'article 249 C.C. ne reflète d'ailleurs pas tout à fait le droit actuel, car il existe des tutelles légales, par exemple, la tutelle des enfants trouvés (160), la tutelle des enfants immigrants (161), la tutelle des enfants indiens (162).

D'autre part, la disposition proposée introduirait dans le droit québécois la tutelle testamentaire. Celle-ci existe dans la plupart des pays occidentaux (163).

D'après l'expérience des notaires consultés à ce sujet, il semble



d'ailleurs que la tutelle testamentaire réponde à un véritable besoin. Il est naturel que des parents veuillent assurer le bien-être de leurs enfants et, en particulier, les confier à un parent ou un ami déterminé pour le cas où ils décèderaient (164).

Il convient de noter que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a formulé des recommandations analogues à celles du Projet (165).

## 127

Cet article est le pendant, pour le majeur, de l'article précédent. Etant donné que le majeur ne doit être soumis à un régime de protection que dans des cas exceptionnels, strictement définis par la loi, il est logique que ce soit le tribunal qui statue pour décider de ce régime et de la nomination du tuteur.

## 128

Cet article établit une distinction entre les tutelles légales prévues par les lois spéciales énumérées dans les commentaires de l'article 126, qui ne font pas l'objet d'une réglementation par le Code civil, et la tutelle des père et mère sur les biens de leur enfant mineur.

## 129 et 130

Ces articles reprennent le principe de l'article 266 du Code civil. Ils y ajoutent la précision, admise par la jurisprudence, que les étrangers peuvent être tuteurs (166), ce qui est conforme à l'esprit de l'article 18 C.C. (a. 3) qui donne à l'étranger comme au citoyen la pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

## 131 et 132

Bien que traditionnellement la tutelle soit une charge «gratuite et de bienfaisance» (167), la jurisprudence a admis que le tuteur ou le curateur puisse être rémunéré (168).

Il a semblé qu'il fallait prévoir la gratuité de la tutelle lorsqu'il s'agissait de celle des père et mère. Dans les autres cas, le travail du tuteur - qui peut être assez lourd si le patrimoine du mineur est important - serait sans doute mieux fait s'il était rémunéré. De toute manière, le Curateur public qui assumerait assez souvent la tutelle aux biens a droit à des honoraires en vertu de la *Loi de la Curatelle publique* (169).

Dans les autres cas, le montant de la rémunération serait fixé par le tribunal et éventuellement par le testateur.

**133**

Cet article reprend, avec quelques modifications, les règles des articles 282 et 284 du Code civil.

A la question de savoir s'il était vraiment sage de permettre à un mineur célibataire d'être tuteur de son enfant, quel que soit l'âge auquel il est devenu parent, on a fait observer que le Code oblige actuellement le père mineur à accepter la tutelle de ses enfants et qu'il était injuste de faire une différence entre père et mère, personne mariée ou non.

Le deuxième paragraphe désigne toute personne qui aurait fait l'objet d'une mise sous régime de protection conformément aux articles 180 et suivants.

Le troisième paragraphe propose une modification à l'article 282 du Code civil. Celui-ci prohibe que soit nommé tuteur non seulement celui qui a un procès avec le mineur, mais encore dont le père et la mère a un tel procès. Il a semblé qu'il existait une bien plus grande communauté d'intérêts entre une personne et son conjoint qu'entre une personne et ses parents. On a jugé bon de remplacer «procès» par «litige» car celui-ci est plus large.

**134**

Cet article rompt avec le principe du droit actuel suivant lequel la tutelle est une charge obligatoire.

Il a semblé que, à l'exception du père et de la mère qui ne peuvent refuser la tutelle aux biens de leurs enfants, les autres personnes ne devraient pas être forcées d'accepter une charge qu'elles risqueraient de mal remplir si elle leur était imposée. La longue liste des excuses permettant de refuser une tutelle, prévue par les articles 272 à 278 du Code civil, montre d'ailleurs que les occasions de considérer la tutelle comme une charge trop lourde sont fréquentes. De plus, la jurisprudence semble admettre que le tuteur a la possibilité de démissionner pour d'autres raisons que les causes d'excuses énumérées dans le Code (170). La réforme proposée ne fait donc que généraliser tous ces cas particuliers.

**135**

Etant donné que le tuteur à la personne doit remplacer les parents du mineur et lui assurer une vie familiale susceptible de favoriser l'épanouissement de sa personnalité, il est souhaitable que cette tâche bénéficie de la collaboration spontanée du conjoint du tuteur.

Une tutelle acceptée malgré l'opposition d'un conjoint serait préjudiciable à la paix du ménage du tuteur et, par conséquent, à l'intérêt de l'enfant.

On ne pourrait donc accepter une tutelle sans le consentement de son conjoint ou continuer à être tuteur sans ce consentement.

### 136

Cet article a pour but de faire échec au principe de l'immutabilité de la tutelle, fixée une fois pour toutes au domicile du mineur au moment de la convocation du conseil de famille ( 171 ). Avec la réforme proposée, si le tuteur changeait de domicile, ce changement entraînerait avec lui celui du siège de la tutelle puisque le mineur et le majeur pourvus d'un tuteur sont domiciliés chez ce dernier ( 172 ).

Une telle disposition a également l'avantage de concentrer au domicile du tuteur à la personne toute l'administration des biens dans l'hypothèse où celle-ci aurait été confiée à un ou plusieurs tuteurs aux biens en plus du tuteur à la personne.

### 137

Cet article reprend le principe de l'unité de la tutelle à la personne, énoncé à l'article 264 du Code civil.

Etant donné, toutefois, la nécessité du consentement du conjoint, prévu à l'article 135, la règle proposée permet de nommer co-tuteurs des conjoints faisant vie commune. Une telle possibilité répond, selon plusieurs notaires, au désir souvent exprimé par les testateurs que tel ou tel ménage de la famille puisse être « les tuteurs » de leurs enfants.

### 138

Cet article reprend le principe de l'article 264 du Code civil, de même que la faculté qu'il prévoit de pouvoir nommer, en plus du tuteur à la personne, un ou plusieurs tuteurs aux biens.

### 139

Cet article consacre la possibilité, reconnue par la jurisprudence ( 173 ), de confier la tutelle aux biens à un organisme spécialisé.

### 140

Il semble raisonnable d'autoriser le tuteur à donner un mandat pour un acte spécifique ou encore de lui permettre de charger un trust ou un autre organisme spécialisé d'administrer les biens de la personne protégée, ainsi que le prévoit le titre *De l'administration du bien d'autrui*.

Certains ont été d'avis que le père et la mère ne devraient pas avoir le droit de déléguer à d'autres l'administration des biens de leur enfant. Il a paru pourtant douteux que la qualité de père ou de mère confère nécessairement les qualités d'un bon administrateur. Le père et la mère sont en effet dans une position différente du tuteur testamentaire ou du tuteur datif qui est censé être choisi par le testateur ou par le tribunal en raison de ses aptitudes.

#### 141

Cet article reprend le principe de l'article 290 du Code civil.

Il doit se lire en concordance avec les articles 113 et suivants qui prévoient que le mineur, doué de discernement, est capable, sous réserve d'une série d'exceptions. Le régime de capacité du majeur protégé est organisé par les articles 180 et suivants.

#### 142

Cet article reprend le principe d'indépendance des tuteurs les uns vis-à-vis des autres, énoncé à la fin du premier alinéa de l'article 264 du Code civil.

#### 143

Cet article tend à organiser les rapports entre le tuteur à la personne et les tuteurs aux biens, en assurant la prédominance du tuteur à la personne.

Il est logique que le tuteur à la personne soit au courant de l'administration des biens du mineur, puisqu'il doit assurer l'entretien de celui-ci à même ces biens.

#### 144

Cet article est la conséquence de l'article 141 qui oblige le tuteur à veiller sur la personne protégée et à assurer son entretien. Il est admis, dans ce domaine, que si les biens de la personne protégée ne suffisent pas à son entretien, le tuteur peut y pourvoir à même le capital (174).

Le deuxième alinéa prévoit un cas où la personne protégée elle-même ou un membre de sa famille estime que le tuteur ne consacre pas une somme suffisante à l'entretien. On pourrait penser, à titre d'exemple, au malade mis sous tutelle qui est placé dans un établissement hospitalier et qui désirerait disposer de certains montants modestes en proportion des ressources de son patrimoine.

**145**

Cette disposition tend également à organiser les rapports entre tuteurs aux biens et tuteur à la personne. Les sommes nécessaires à l'exercice des fonctions du tuteur à la personne comprennent l'entretien de cette dernière et, éventuellement, la rémunération du tuteur.

**146**

Etant donné la nouvelle philosophie de la tutelle qui suggère de remplacer les autorisations *a priori* prévues par le Code civil par une surveillance régulière *a posteriori*, il a semblé logique que le tuteur jouisse de pouvoirs très larges sur les biens de la personne protégée.

Le tuteur doit pouvoir faire rapidement tous les actes d'administration ou de disposition nécessaires à la conservation du patrimoine. A une époque où la fortune mobilière tend à être plus importante que la fortune immobilière et où les conditions du marché des biens changent très rapidement, il serait regrettable de paralyser le tuteur en l'obligeant à tenter des procédures, souvent longues, pour obtenir les autorisations nécessaires.

Il est bien évident, néanmoins, que le tuteur, tout comme l'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, doit exercer ses fonctions dans l'intérêt de son pupille. Les règles de protection des biens administrés, prévues au titre *De l'administration du bien d'autrui*, s'appliquent aux biens du mineur et du majeur en tutelle, comme le prévoit l'article 162.

**147**

Il a paru légitime que le testateur puisse stipuler que certains biens légués à une personne protégée soient exclus de la tutelle. Il en est de même pour le tribunal qui attribue des biens à une personne protégée.

**148**

Cet article soumet tous les biens d'une personne protégée, exclus de l'administration de son tuteur, à la surveillance du Curateur public.

L'article doit se lire en même temps que les articles 221, 222 et 223. L'article 221 oblige le protonotaire à adresser au Curateur public une copie de tout jugement ordonnant qu'un paiement soit fait à une personne protégée ou à son tuteur. Le second (a. 222) permet au Curateur public d'intervenir en matière de transaction. Le dernier (a. 223) exige l'autorisation du Curateur public chaque fois qu'un paiement doit être fait à une personne protégée ou à son tuteur.

Il serait, en effet, anormal qu'une personne protégée puisse disposer de sommes assez élevées sans surveillance aucune.

#### 149

Il semble logique que les sommes que la personne protégée a gagnées par son travail lui appartiennent en propre. Le mineur est d'ailleurs réputé majeur pour les fins de son travail, comme le prévoit l'article 118. La *Loi de la Curatelle publique* prévoit également qu'un malade mental conserve le produit de son travail (175).

#### 150

La disposition proposée reprend le principe de l'article 269 du Code civil en en élargissant la portée à tout conflit d'intérêts entre la personne protégée et son tuteur, que ce conflit soit soumis aux tribunaux ou non.

On s'est demandé s'il ne faudrait pas exclure les père et mère du champ de cet article et limiter strictement, comme le fait l'article 269 du Code civil, l'intervention d'un tuteur *ad hoc* aux intérêts à discuter en justice.

On a néanmoins estimé que les parents, tout comme les autres tuteurs, pouvaient être en conflit avec l'enfant et qu'il importait, dans ces cas, de sauvegarder les intérêts du mineur. Il peut arriver, par exemple, que les parents et les enfants, blessés dans un même accident, aient des intérêts opposés. Dans le système actuel de la tutelle, le conseil de famille et le subrogé tuteur doivent en principe exercer un contrôle constant. Le subrogé tuteur, en particulier, a comme fonction d'agir pour les intérêts du mineur chaque fois qu'ils sont en opposition à ceux du tuteur (a. 267 C.C.) (176).

En outre, étant donné que, dans la réforme proposée, le conseil de famille et le subrogé tuteur seraient remplacés par la surveillance *a posteriori* du Curateur public, il est souhaitable que celui-ci puisse jouer le rôle de protecteur des intérêts de la personne protégée.

Finalement, il faut noter que le principe de l'article 1484 C.C. suivant lequel le tuteur ne peut se rendre acquéreur des biens du mineur serait préservé, ainsi qu'il ressort des recommandations du chapitre *De la vente* (177).

#### 151

La fin de la tutelle pour les causes prévues aux paragraphes 1 et 2 ne demande pas d'explication.

Le troisième paragraphe est conforme à la règle de l'article 38 de la *Loi de l'adoption*, reprise à l'article 324 du Livre *De la famille* (178).

Les causes de remplacement et de révocation prévues au quatrième paragraphe, sont précisées aux articles 153 et suivants.

Cet article, comme le suivant, est conforme à l'esprit des dispositions prévoyant la fin de l'administration du bien d'autrui (179).

## 152

Les causes prévues à l'article précédent s'appliquent à la cessation de la tutelle légale des parents aux biens de leurs enfants.

La déchéance de l'autorité parentale emporte évidemment la perte de la tutelle légale aux biens. Le retrait de la tutelle légale peut avoir lieu, non seulement à la suite d'une requête à cet effet conformément à l'article 360 du Livre *De la famille*, mais encore à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps.

L'ouverture d'une tutelle dative peut avoir lieu même lorsque les père et mère sont encore en vie, s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté pour cause d'absence ou autre raison (180).

## 153

Cet article est une application du principe proposé à l'article 134 suivant lequel nul ne peut être contraint d'accepter la charge de tuteur.

En droit actuel, le tuteur peut toujours faire valoir une cause d'excuse pour être relevé de ses fonctions par le tribunal (181).

Le dernier alinéa reprend le principe de l'article 876a du Code de procédure civile.

## 154

Cet article vise tous les cas où le tuteur est incapable d'exercer ses fonctions, que ce soit à la suite d'un internement pénitentiaire, d'absence, d'éloignement de longue durée ou de toute autre cause.

Ainsi, lorsqu'un seul parent exerce la tutelle légale et devient incapable de le faire, il faut procéder à la nomination d'un tuteur datif.

## 155

Cet article donne à toute personne intéressée le droit de prendre l'initiative pour provoquer le remplacement d'un tuteur qui se trouve dans la situation visée à l'article précédent.

**156**

Cet article vient combler une lacune du droit actuel où les causes de destitution ne semblent concerner que les biens.

Si un père ou une mère maltraite son enfant, il devient passible de déchéance de l'autorité parentale conformément à l'article 359 du Livre *De la famille*. La tutelle à la personne doit pouvoir être retirée à tout autre tuteur dans les mêmes circonstances.

**157 et 158**

Ces articles reprennent le principe de l'article 289 du Code civil en en simplifiant la rédaction et en l'étendant à la tutelle légale des père et mère.

Il est évident que le tribunal ne saurait maintenir le tuteur en fonction pendant l'instance si la cause de destitution consiste dans les mauvais traitements infligés par le tuteur à la personne protégée.

**159**

Cet article est conforme au nouvel alinéa 2 de l'article 32 de la *Loi de la Curatelle publique* (182).

**160**

Le premier alinéa de l'article proposé reprend le principe de l'article 288 du Code civil en en simplifiant la rédaction.

Le deuxième alinéa répond à un besoin en pratique et est conforme à la modification récente de l'article 32 de la *Loi de la Curatelle publique* (183). Le Curateur public s'est, en effet, plaint du fait que, dans tous les cas où il a demandé la destitution d'un tuteur, suite à une dénonciation de la part d'un parent, aucun parent, y compris le dénonciateur, n'a voulu prendre la charge du tuteur destitué.

Le troisième alinéa vient compléter l'article 32 de la *Loi de la Curatelle publique* qui précise en effet que le Curateur public n'a pas la garde de la personne. Si celle-ci est un grand malade admis dans un centre hospitalier, sa garde sera confiée au directeur des services professionnels de ce centre, suivant l'article 202. S'il s'agit d'un enfant, il sera indispensable que le tribunal se prononce.

**161**

Cet article assure la protection des tiers qui peuvent continuer à traiter avec le tuteur s'ils ignorent qu'il a été destitué.

Le registre central des personnes protégées offre donc une publicité comparable à celle du registre central des régimes matrimoniaux.



**162**

Le tuteur est tenu, aux termes des dispositions du titre *De l'administration du bien d'autrui*, «d'agir, honnêtement et en toute loyauté, dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire» (184). Il ne peut acquérir des droits dans les biens qu'il administre (185). Il est susceptible d'être destitué pour négligence ou malhonnêteté (186), ce qui est conforme au principe des articles 285 et 286 C.C. et de l'article 32 de la *Loi de la Curatelle publique*. Il est responsable du dommage résultant de son administration (187). Les parents sont solidairement responsables envers l'enfant de leur administration (188).

De plus, les biens administrés sont protégés par la caution que le tuteur sera tenu de fournir conformément aux articles 224 et 225, et par le fait que le tuteur ne peut faire d'autres placements que ceux prévus par l'article 552 du Livre *Des biens* qui reprend l'article 981o du Code civil.

## Section II

### **De la tutelle légale des père et mère aux biens de leur enfant mineur**

**163**

La disposition proposée représente une réforme importante du droit actuel, puisqu'elle donne de droit au père et à la mère la tutelle aux biens de leurs enfants en leur évitant toutes les formalités nécessaires pour se faire nommer tuteurs. La tutelle à la personne des enfants appartient également de droit aux parents en vertu de l'article 353 du Livre *De la famille*.

La tutelle légale des père et mère existe dans un grand nombre de législations étrangères (189).

Ainsi que l'écrivait le Professeur Louis Baudouin:

«La scission opérée en droit québécois entre la puissance paternelle ayant pour objet la personne de l'enfant et la puissance paternelle ayant pour objet l'administration de ses biens, est assez surprenante...» (190).

De toute manière, une telle scission est difficile à justifier lorsque les deux parents sont en vie. Ils semblent être les personnes toutes désignées pour s'occuper de l'administration des biens de leurs enfants, sous réserve d'un contrôle éventuel.

D'aucuns ont estimé pourtant que des parents mineurs, non mariés,

qui ne sont pas aptes à administrer leurs propres biens, ne devraient pas pouvoir administrer ceux de leurs enfants. D'autres, au contraire, ont considéré que si l'on estime un père ou une mère mineur capable de s'occuper de la personne d'un enfant, on doit, en principe, le considérer capable d'administrer les biens de cet enfant.

#### 164

La disposition proposée reprend le principe d'égalité et de collaboration des parents dans la direction morale et matérielle de la famille.

Il est le pendant du deuxième alinéa de l'article 354 du Livre *De la famille*. Si les parents ne font pas vie commune, ils doivent continuer à remplir ensemble leurs fonctions de tuteurs, à moins que l'un d'eux ne donne mandat à son conjoint de le représenter dans l'exercice de la tutelle, conformément à l'article 166. En cas de désaccord sur l'administration des biens de l'enfant, les parents peuvent s'adresser au tribunal.

#### 165

Tout comme l'autorité parentale est exercée par l'autre parent si l'un des deux décède ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, il est normal que la tutelle soit exercée par un seul parent dans les mêmes conditions. Le même principe gouverne la direction de la famille (191).

#### 166

Le premier alinéa s'inspire de l'article 178 du Code civil qui prévoit que chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans l'exercice des droits et pouvoirs que son régime matrimonial lui attribue. Etant donné que les parents administrent ensemble les biens de leurs enfants, il est logique qu'ils puissent se donner mutuellement mandat dans l'exercice de cette administration.

Le deuxième alinéa a pour but de protéger les tiers de bonne foi qui doivent pouvoir traiter avec un seul parent sans devoir exiger chaque fois le consentement de l'autre. Il découle du principe selon lequel chacun des époux peut agir seul pour les besoins du ménage et l'entretien des enfants (192).

On avait d'abord pensé fixer une limite à la valeur de l'engagement qu'un parent pourrait prendre seul, au-delà de laquelle le consentement de l'autre serait nécessaire. Devant l'arbitraire d'un tel chiffre qui devrait être révisé périodiquement au fur et à mesure de la dévaluation monétaire, on a préféré étendre cette présomption à tous les actes relatifs à la tutelle aux biens de l'enfant, lesquels sont d'ailleurs soumis à un contrôle assez strict (193).

Cette présomption déroge au principe selon lequel lorsque l'un des administrateurs d'un même patrimoine est chargé d'agir relativement à certains actes, il est seul responsable de ces actes (194).

### 167

L'article 366 du Livre *De la famille* permet au parent qui a fait l'objet d'une déchéance de l'autorité parentale ou du retrait d'un des attributs de celle-ci d'obtenir que cette autorité ou ces attributs lui soient restitués s'il justifie de circonstances nouvelles.

Si le tribunal juge le parent digne de recouvrer son autorité parentale, il est normal qu'il recouvre également la tutelle aux biens de l'enfant. On a voulu, néanmoins, donner au tribunal la plus grande discrétion dans cette décision, car il se peut que le parent, ayant fait amende honorable, n'en devienne pas pour autant un bon administrateur.

## Section III

### De la tutelle dative

#### 168

Suivant la réforme proposée, un mineur se verra doté d'un tuteur par le tribunal lorsque, pour une raison quelconque, ses parents feront défaut.

Le premier paragraphe de la disposition proposée vise, outre le cas du décès, toutes les situations où les parents sont dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale, qu'il s'agisse d'absence, d'un éloignement très prolongé, d'une maladie qui les rende incapables, ou d'une autre cause.

Le deuxième paragraphe concerne la déchéance de l'autorité parentale prévue à l'article 359 du Livre *De la famille*. Etant donné que le parent perd tous ses droits sur l'enfant, il perd également le pouvoir d'administrer ses biens.

Le troisième paragraphe a en vue la situation où le parent, mauvais administrateur, se voit retirer la tutelle aux biens de son enfant, que ce soit à la suite d'un retrait partiel de certains attributs de l'autorité parentale, ou à la suite d'une destitution des fonctions de tuteur aux biens.

#### 169

La disposition proposée reprend le principe de l'article 250 du Code civil qui donne à tout intéressé le pouvoir de faire convoquer le conseil de famille, c'est-à-dire d'intenter la procédure qui aboutira à la nomination d'un tuteur.

La personne qui propose un tuteur peut également proposer des conjoints faisant vie commune pour les raisons exprimées dans les commentaires de l'article 137.

Il y a intérêt à s'assurer du consentement du tuteur étant donné qu'il devra donner ce consentement devant le tribunal qui le nommera.

On a tenu à préciser que le Curateur public est une personne intéressée, conformément à l'article 17 de la *Loi de la Curatelle publique*.

## 170

Cet article reprend le principe de l'article 265 du Code civil en l'adaptant à la nouvelle conception de la tutelle.

La décision de nomination du tuteur est d'ailleurs susceptible d'exécution provisoire aux termes de l'article 547 C.P.C.

## Section IV

### De la tutelle testamentaire

#### 171

La définition proposée donne au seul parent survivant le droit de nommer un tuteur testamentaire. Il n'est évidemment pas question de permettre à un parent d'exclure l'autre par testament.

Il faut de plus que le parent ait l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire qu'il n'en ait pas été déchu ou qu'il ne soit pas dans l'impossibilité de l'exercer.

#### 172

Cet article est une application de l'article 137 qui énonce le principe de l'unité de la tutelle à la personne, la seule exception étant les conjoints faisant vie commune.

Si le testateur désignait par erreur deux personnes qui ne feraient pas vie commune ou ne seraient pas mariées, il faudrait procéder à la nomination d'un tuteur datif. Rien n'empêcherait le tribunal de choisir une des personnes désignées par le défunt.

#### 173

S'il n'est pas possible au testateur de désigner plusieurs tuteurs à la personne, il lui serait néanmoins loisible de les désigner successivement en indiquant un ordre de préférence. Une telle désignation éviterait la

nomination d'un tuteur datif, à moins que tous les tuteurs testamentaires n'aient refusé la tutelle.

#### 174

Cette disposition veut dissiper tout doute concernant un conflit d'intérêts possible entre un héritier, par exemple, et des mineurs qui seraient également héritiers.

A condition que le tuteur désigné n'ait pas de litige avec le mineur, ce qui serait une cause d'exclusion en vertu de l'article 133 paragraphe 3, il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse accepter la tutelle.

#### 175

La disposition proposée, ainsi que la suivante, tendraient à éviter qu'il y ait une période pendant laquelle personne n'exercerait l'autorité parentale sur le mineur ni n'administrerait ses biens.

C'est pourquoi, bien que le tuteur testamentaire ait le droit de refuser la tutelle comme tous les autres tuteurs suivant le principe de l'article 134, il est présumé avoir accepté s'il n'a pas renoncé dans un délai fixé.

Dans les cas les plus courants, le tuteur désigné dans le testament sera un parent ou un ami du défunt dont il connaîtra déjà les vœux.

Il commencera tout naturellement à s'occuper de l'enfant dès le décès et sa nomination sera valable, même s'il ne fait pas acte d'acceptation formelle. De toute manière, le Curateur public sera prévenu de sa désignation en vertu de l'article 177.

#### 176

Si l'acceptation formelle du tuteur n'est pas nécessaire puisqu'il est présumé acceptant, sa renonciation doit, elle, prendre la forme d'un acte authentique. Il pourra à son choix s'adresser à un notaire ou au protonotaire. Ceux-ci sont chargés de transmettre cette renonciation au Curateur public, afin qu'il en soit averti et puisse procéder aux formalités de publicité nécessaires.

Le registre central des personnes protégées est destiné à remplacer la liste des interdits qui est distribuée périodiquement aux notaires.

Il s'agit d'un registre destiné à la fois à assurer la protection des tiers qui pourront y chercher des informations sur l'incapacité éventuelle de leur cocontractant et la protection des personnes protégées elles-mêmes, puisqu'elles auront ainsi accès à une preuve authentique de leur incapacité.

**177**

Il est essentiel que le Curateur public soit averti de toute nomination de tuteur testamentaire. S'il ne reçoit pas d'acte de renonciation conformément à l'article précédent, il saura que le tuteur désigné est entré en fonction et qu'il doit se soumettre à la surveillance de la Curatelle publique.

Le point de départ du délai de trente jours est différent suivant la forme du testament, car si le testament en forme authentique est conservé chez un notaire et sera par conséquent trouvé très facilement, il n'en est pas de même des testaments sous les autres formes qui peuvent n'être découverts que quelque temps après le décès.

L'appellation «testament devant témoins» est empruntée au Livre *Des successions* (195).

**178**

La disposition proposée prévoit le cas où le testateur a nommé plusieurs tuteurs successifs. Au cas où le premier tuteur n'accepterait pas la charge, il appartient au notaire ou au protonotaire qui aura pris acte de sa renonciation d'avertir son remplaçant. Il se peut, en effet, que celui-ci ne soit pas au courant de sa nomination et que le premier tuteur néglige de le prévenir ou soit dans l'impossibilité de le faire.

Comme tout autre tuteur testamentaire, le remplaçant est présumé accepter. Son délai de refus est plus court que celui du premier tuteur, car on suppose que toute une série de formalités auront normalement déjà été accomplies: vérification du testament, envoi de la copie du testament au protonotaire par le premier tuteur, etc.

**179**

Si le tuteur testamentaire ou son remplaçant refuse la tutelle dans les délais prescrits, il faut procéder à la nomination d'un tuteur datif en vertu de l'article 168. Si personne ne demande l'ouverture de la tutelle, le Curateur public, qui aura été averti du refus transmis par le notaire ou le protonotaire, pourra le faire.

Le Curateur public pourra être désigné comme tuteur, conformément à l'article 160, si personne n'accepte les fonctions de tuteur.

## Section V

### De la protection du majeur

#### § - 1 De la tutelle et de la curatelle au majeur

##### 180

Le droit actuel permet l'interdiction du majeur pour imbécilité, démence, fureur, prodigalité, ivrognerie et narcomanie, aux termes des articles 325, 326, 336a et 336r du Code civil.

Ces critères sont dépassés parce que, ou bien ils vont trop loin, comme dans le cas de l'ivrognerie où il vaudrait mieux désintoxiquer la personne que l'interdire, ou bien ils ne prévoient pas les cas de maladies graves où la personne devrait absolument être protégée, la liste du Code civil étant strictement limitative (196). La jurisprudence a d'ailleurs souvent refusé l'interdiction ou la mise sous conseil judiciaire lorsque les raisons invoquées ne paraissaient pas suffisantes au tribunal. Ainsi, une mauvaise administration du patrimoine ne suffit pas pour justifier la mise sous conseil judiciaire (197), l'ivrognerie doit être extrêmement grave pour permettre l'interdiction (198) et les actes isolés de folie ou les bizarreries ne suffisent pas à la provoquer (199).

##### 181

Cet article établit la distinction entre les deux systèmes de protection des majeurs. Si les causes de la mise sous régime de protection sont, dans les deux cas, l'altération des facultés physiques ou mentales et l'incapacité d'agir soi-même, le degré de cette altération et de cette incapacité peut varier. S'il est très élevé, la personne doit être représentée et elle est mise en tutelle. Cette même distinction existe d'ailleurs en droit actuel, puisque l'article 343 C.C. prévoit que le curateur à l'interdit pour imbécilité, démence ou fureur est tuteur à la personne et représente le malade, tandis que le curateur à l'interdit pour prodigalité ou pour ivrognerie d'habitude, ne le représente pas.

L'exercice des droits civils s'étend à tous les actes de la vie civile, y compris l'exercice des actions d'état. Il peut arriver, en effet, que le tuteur du majeur protégé doive agir en défense dans un divorce ou puisse même agir en désaveu de paternité, lorsque le malade ne peut manifestement pas être le père de l'enfant qu'on lui attribue. Il faut souligner que le Curateur public agit actuellement en défense dans les affaires de divorce des malades qu'il représente, ce qui est très utile pour demander une pension alimentaire.

**182**

Cet article établit l'autre régime de protection des majeurs: celui où, sans avoir besoin d'être représenté, le majeur doit être assisté.

Le Projet ne prévoit pas l'ouverture d'un régime de protection pour cause de prodigalité, de narcomanie ou d'ivrognerie si cet état ne s'accompagne pas d'une altération profonde des facultés mentales ou physiques de la personne en cause.

Certains ont fait observer que le prodigue, l'ivrogne ou le narcomane peut mettre en péril son patrimoine et, par conséquent, la sécurité de sa famille. Il a semblé, néanmoins, que les régimes de protection proposés étaient destinés à protéger la personne qui est hors d'état d'agir elle-même ou qui a besoin d'être assistée et non les membres de sa famille, lesquels ont d'autres moyens de faire valoir leurs droits, telles la séparation judiciaire de biens ou encore la demande de pension alimentaire.

**183**

Cet article s'inspire de l'article 351 du Code civil qui permet au juge de définir les pouvoirs du conseil judiciaire. S'il le fait, le majeur peut passer seul les actes qui n'ont pas été réservés au régime d'assistance de son conseil. Cette disposition veut donner une souplesse totale au régime devant s'appliquer à des personnes, qui, le plus souvent, agissent normalement, mais ont certaines manies dangereuses.

**184**

Le premier alinéa reprend les principes des articles 327 et 336b du Code civil en remplaçant l'énumération, d'ailleurs très longue, des personnes autorisées à demander l'interdiction par la règle que toute personne intéressée peut le faire. Il ne fait en cela qu'appliquer le principe de l'article 169.

**185**

Cet article donne au juge toute la discrétion nécessaire pour choisir le système de protection qui lui paraît convenir le mieux au cas qui lui est soumis. Il s'agit d'ailleurs d'un principe admis en droit actuel, l'article 881 du Code de procédure civile permettant au juge ou au protonotaire de prononcer la mise sous conseil judiciaire au lieu de l'interdiction, si les circonstances le requièrent.

**186**

La disposition proposée vise la situation où le tribunal n'est pas en mesure de se prononcer sur le régime de protection nécessaire au malade



et où il serait opportun de désigner un administrateur provisoire à ses biens.

**187**

L'administrateur provisoire a des pouvoirs de «simple administration», c'est-à-dire qu'il doit faire des actes «utiles à la conservation du bien en bon état de réparation et d'utilisation aux fins auxquelles il est destiné» suivant la définition de la simple administration proposée au titre *De l'administration du bien d'autrui* (200).

Certains ont exprimé l'avis que l'administrateur provisoire devrait avoir les pleins pouvoirs tout comme le tuteur qui sera éventuellement nommé pour administrer les biens de l'incapable. Il peut y avoir un danger à conserver des biens susceptibles de diminuer de valeur et l'administrateur, même provisoire, devrait pouvoir les aliéner au moment où cela paraîtrait avantageux.

On a estimé, toutefois, que vu le caractère provisoire de l'administration, il semblait plus prudent de ne pas permettre à l'administrateur l'aliénation des biens confiés à son administration.

**188**

Etant donné que l'état d'un malade peut évoluer, il a paru souhaitable de donner au juge le pouvoir de réviser sa décision en conséquence. Il est bien évident que ce pouvoir de révision comprend également celui de donner mainlevée de la mise sous régime de protection.

La *Loi de la protection du malade mental* (201) suit d'ailleurs ce principe, puisqu'elle prévoit la révision du cas d'une personne qui est placée en cure fermée.

Le malade lui-même peut intenter l'action, car il est le premier intéressé à se voir rendre sa pleine capacité (202).

Les formalités qui accompagnent la mainlevée ou la modification de la mise sous régime de protection sont identiques à celles qui président à l'ouverture du régime, conformément au principe de l'article 884 C.P.C.

**189**

Cet article reprend l'article 986 C.C.

**190**

Cet article reprend le principe de l'article 334 alinéa 2 du Code civil en précisant que l'acte fait par le majeur en tutelle après la mise sous régime de protection est nul d'une nullité relative. Il s'agit de la solution

défendue par la majorité de la doctrine, bien que la jurisprudence ait parfois été hésitante (203).

On a, en effet, estimé que la mise en tutelle d'un majeur incapable est destinée à assurer la protection de cette personne et non celle des tiers qui contractent avec elle.

### 191

Cet article reprend le principe de l'article 335 du Code civil.

Le caractère notoire de la maladie pourrait être apprécié par les tribunaux comme dans la jurisprudence actuelle; la notoriété a d'ailleurs été définie par la Cour d'appel comme «la commune renommée qui fait la notoriété et qui pointe du doigt à tous et pour tout, le malheureux qu'on dit et qu'on juge être privé d'un usage suffisant de ses facultés» (204).

L'exigence de la preuve de la notoriété de la cause d'interdiction met à l'abri les tiers de bonne foi qui ont contracté avec l'interdit (205).

Le régime de nullité des actes postérieurs à la mise sous un régime de tutelle est décrit à l'article précédent.

L'assimilation des actes antérieurs à la mise sous un régime de protection aux actes postérieurs à cette décision aurait l'avantage de mettre fin à la controverse relative à la nécessité de prouver la lésion pour obtenir la nullité de l'acte (206).

### 192

Cet article reprend le principe de l'article 334 alinéa 2 et se réfère au régime de protection du mineur tel qu'il est exposé aux articles 113 et suivants. Il s'agit de la règle appliquée actuellement au prodigue, à l'ivrogne et au narcomane (207).

### 193 et 194

Ces articles reprennent, pour le majeur en curatelle, la règle de l'article 114.

### 195

Cet article reprend, pour le majeur en curatelle, la règle de l'article 120.

### 196

Le premier alinéa de l'article proposé est le pendant de l'article 170 qui énonce le même principe pour le tuteur et se justifie par les mêmes raisons.

Le deuxième alinéa reprend le principe de l'article 337a du Code civil.

## § - 2 De la tutelle au malade

### 197

Cet article s'inspire de l'article 6 de la *Loi de la Curatelle publique* (208), mais il en élargit considérablement la portée. En effet, seul le malade mental incapable d'administrer ses biens est visé par cette loi.

On a considéré qu'il était souhaitable de ne pas fonder la tutelle du Curateur public uniquement sur l'incapacité de gérer les biens. En effet, un malade peut n'avoir pas de biens, mais avoir besoin de protection. On peut imaginer, par exemple, que le Curateur public, agissant comme tuteur à la personne, pourrait prendre un *habeas corpus* dans le cas où un établissement retiendrait indûment un malade.

### 198

Etant donné la gravité de la mise en tutelle, il a paru souhaitable que le certificat que doit transmettre au Curateur public le directeur des services professionnels soit accompagné de recommandations écrites et motivées de la part d'un spécialiste.

### 199

Vu l'élargissement de la portée de la tutelle du Curateur public, il a paru nécessaire de prévoir qu'elle ne puisse être décidée sans intervention judiciaire. La protection des droits civils exige, en effet, que toutes les précautions soient prises avant de retirer à une personne l'exercice de ses droits.

### 200

Cet article reprend, en partie, l'article 7 alinéa 1 de la *Loi de la Curatelle publique*.

### 201

Cet article reprend l'article 7 alinéa 2 de la *Loi de la Curatelle publique*.

### 202

Cet article explicite l'article 200 qui ne donne pas, pour des raisons évidentes, la garde de la personne au Curateur public.

**203**

Le premier paragraphe de la disposition proposée est une application de l'article 6 de la *Loi de la Curatelle publique* qui prévoit que le Curateur public n'exerce ses fonctions vis-à-vis d'un malade que lorsque celui-ci n'est pas pourvu déjà d'un tuteur.

Le deuxième paragraphe prévoit la fin de la tutelle du Curateur public par une décision judiciaire comme, par exemple, l'ordonnance de libération prévue à l'article 24 de la *Loi de la protection du malade mental* ou la mainlevée de la mise sous tutelle prévue à l'article 188 dans le cas où le Curateur public exerce la tutelle.

**204**

Cet article reprend le principe de l'article 33 de la *Loi de la Curatelle publique*.

**§ - 3 De la tutelle à l'absent****205**

Cette disposition reprend la définition de l'article 86 du Code civil. En effet, elle retient les trois éléments du droit actuel, c'est-à-dire le domicile dans le Québec, la disparition et l'incertitude quant à l'existence de la personne.

**206**

La disposition proposée reprend le principe de l'article 87 C.C.

La requête en nomination d'un tuteur peut être présentée par toute personne intéressée, y compris le Curateur public, en vertu du principe général de l'article 169.

Le défaut d'agir du procureur devrait être interprété de façon à couvrir les cas où il existe un procureur connu, mais où celui-ci n'a pas de mandat suffisant pour exercer certains droits de l'absent.

D'autre part, on s'est demandé si le Curateur public ne devrait pas, en cas d'absence, pouvoir agir comme tuteur d'office. En effet, l'article 12a) de la *Loi de la curatelle publique* prévoit que le Curateur public est d'office administrateur provisoire des biens de l'absent jusqu'à la nomination du curateur à l'absent; il est également administrateur provisoire du produit d'une police d'assurance sur la vie d'une personne domiciliée au Québec et dont le bénéficiaire est introuvable. Finalement, l'article 12c) de la même loi rend le Curateur public administrateur provisoire des biens situés au Québec dont les propriétaires ou les héritiers sont inconnus ou

introuvables. Le Curateur public a donc un certain pouvoir d'agir dans les cas d'absence.

On a estimé, néanmoins, qu'il est difficile d'établir une tutelle d'office, car on ne peut prévoir avec précision, dans le cas d'une personne absente, le moment de l'entrée en fonction du tuteur.

## 207

La disposition proposée représente une réforme profonde du droit actuel, car elle propose de doter l'absent d'une véritable tutelle et non plus seulement d'une curatelle aux biens.

## 208

Le retour de l'absent, une procuration de sa part ou la preuve de son décès sont des causes traditionnelles de la fin de la curatelle à l'absent. Elles sont prévues à l'article 92 C.C.

Le jugement déclaratif d'absence, qui est prévu à l'article 209, remplace, dans la conception nouvelle de cette institution, l'envoi en possession provisoire tout comme l'envoi en possession définitive.

On s'est demandé s'il fallait prévoir la cessation de la tutelle si l'existence de l'absent venait à être prouvée. En l'absence de retour ou de procuration, il a été jugé préférable de maintenir la tutelle pour la protection même des biens de l'absent.

## 209

L'article proposé illustre la grande simplification apportée à l'institution de l'absence. Le jugement déclaratif d'absence, qui s'inspire du jugement déclaratif de décès, des articles 70 et suivants du Code civil, remplace l'envoi en possession provisoire de l'article 93 C.C. et l'envoi en possession définitive de l'article 98 C.C.

Le délai de sept ans est substitué au délai de trente ans de l'article 98 du Code civil. Etant donné la vitesse des communications à l'heure actuelle, ce délai a paru d'une durée suffisante pour présumer que la personne dont on n'a pas de nouvelles est décédée.

Le délai de sept ans est inévitablement arbitraire. C'est néanmoins celui qui a été jugé suffisant pour le paiement d'une assurance-vie après la disparition de l'assuré (a. 2529 C.C.) (209) et celui à l'expiration duquel une personne dont le conjoint est absent peut se marier sans être coupable de bigamie (a. 254 C. Crim.) (210).

**210**

La disposition proposée s'écarte fortement du droit actuel. En effet, aux termes de l'article 108 du Code civil, le conjoint de l'absent ne peut jamais se remarier s'il ne peut apporter la preuve certaine du décès de son conjoint. Ce principe peut être considéré comme dépassé, parce que la jurisprudence l'a fortement atténué. En effet, un second mariage contracté par le conjoint de l'absent, en contravention à l'article 108 du Code civil, bénéficie d'une présomption de validité qui ne peut être renversée que par la preuve de subsistance du premier mariage au moment de la célébration du second (211).

De plus, depuis l'adoption de la *Loi sur le divorce*, le conjoint d'un absent peut obtenir le divorce après un délai de trois ans (212).

Grâce au texte proposé, un mariage contracté par le conjoint de l'absent après le prononcé du jugement déclaratif d'absence demeurerait valide.

Le régime matrimonial est dissous au jour du jugement déclaratif d'absence, sans qu'une demande spéciale ne soit nécessaire à cet effet comme le prévoient les articles 109, 1266r et 1310 C.C. Cette dissolution n'aurait plus le caractère provisoire prévu par ces articles.

L'envoi en possession dont il est question est définitif comme celui de l'article 98 C.C.

Le deuxième alinéa de l'article s'écarte à son tour du droit actuel. En effet, la présomption de décès court à compter du jugement déclaratif d'absence et non pas, comme le prévoit l'article 98 C.C., à compter du départ de l'absent ou des dernières nouvelles. Après quelques hésitations, il a semblé que, si la date du départ de l'absent était peut-être moins arbitraire pour fixer son décès, celle du jugement déclaratif d'absence était plus certaine.

D'autre part, le caractère rétroactif de la présomption aurait pour effet de valider tous les actes irréguliers faits depuis le départ de l'absent.

Une présomption fixée au jour du jugement déclaratif aurait pour effet de rendre inutile la procédure de l'article 2529 C.C. concernant les polices d'assurance-vie.

**211**

Le premier alinéa de la disposition proposée reprend le principe de l'article 103 du Code civil. Le deuxième alinéa y a été ajouté par application des règles générales du droit des successions.

**212**

L'article proposé reprend le principe de l'article 99 du Code civil en modifiant la rédaction et en précisant que les héritiers de l'absent ont droit à la restitution des biens de ce dernier, dans l'état où ils se trouvent (213).

**213**

Après de longues délibérations, il a été décidé de faire une exception à l'article 210 lorsque le décès prouvé de l'absent remonte à une date antérieure au jugement déclaratif d'absence. Dans ce cas, le partage du régime matrimonial doit être éventuellement rajusté.

Il n'a pas paru opportun d'adopter la même règle lorsque la date du décès est postérieure au jugement déclaratif. On n'a pas trouvé utile de revenir sur les décisions prises en matière de dissolution du régime matrimonial et encore moins concernant le mariage lui-même (214). Si le conjoint de l'absent s'est remarié après le jugement déclaratif d'absence, le mariage demeure valide même si le décès de l'absent s'est produit après ce jugement déclaratif.

**214**

Cet article est le pendant de l'article 105 au chapitre *Des actes de l'état civil* qui prévoit un recours analogue en cas de retour d'une personne qui a fait l'objet d'un jugement déclaratif de décès.

**215**

La disposition proposée reprend le principe des articles 101 et 102 du Code civil en prévoyant le cas où l'envoyé en possession aurait aliéné les biens de l'absent et dépensé tout ou partie du prix. Il a paru peu équitable de l'obliger à rembourser ce prix étant donné la présomption de décès de l'absent.

**216**

Cet article s'inspire de la deuxième partie du deuxième alinéa de l'article 73 C.C.

**217**

Cet article s'inspire de la règle de l'article 107 du Code civil en l'élargissant à tous les droits que peut exercer l'héritier en possession sur les biens de l'absent.

Le seul fait d'apprendre que l'absent est encore en vie ne change rien

à ces droits si l'absent ne reprend pas l'administration de ses biens lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire.

La disposition proposée précise également l'article 107 du Code civil à la lumière des articles 411 et 412 C.C. concernant l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

En droit actuel, l'envoyé en possession est considéré de bonne foi aussi longtemps que l'existence de l'absent ne lui est pas dénoncée par intervention judiciaire (215). Néanmoins, un doute subsiste que la rédaction proposée veut dissiper parce que certains auteurs français ont soutenu que la bonne foi s'éteint dès que l'envoyé en possession a connaissance de l'existence de l'absent (216).

## 218

Cette disposition reprend le principe de l'article 104 du Code civil en en modifiant la rédaction.

## 219

Cet article reprend l'article 105 du Code civil.

## 220

Cet article reprend le principe de l'article 106 du Code civil.

## Section VI

### Des mesures de surveillance s'appliquant à la tutelle

#### 221 et 222

Ces articles reprennent les règles de l'article 304 alinéa 5 du Code civil.

Ils visent toute espèce de décision judiciaire de même que la transaction concernant directement ou indirectement les intérêts pécuniaires de la personne en tutelle. Par exemple, le Projet prévoit que les héritiers d'une succession *ab intestat* peuvent demander, par requête, la nomination d'un administrateur de la succession. Si parmi eux se trouve une personne en tutelle, le Curateur public devra être averti de la décision prise.

#### 223

Cette disposition, de droit nouveau, a pour but d'éviter que les biens destinés à une personne sous tutelle ne soient remis à son tuteur tant que ce dernier n'aura pas fourni une garantie de sa bonne administration conformément à l'article qui suit.



L'obligation d'obtenir l'autorisation du Curateur public, avant de remettre au tuteur des biens qui reviennent à une personne sous tutelle, pèse sur toute personne ou organisme qui détiendrait de tels biens, au moment où ces biens doivent être transférés à la personne protégée. L'exécuteur testamentaire, par exemple, n'y serait tenu qu'à la fin de son exécution puisqu'il aurait, jusqu'à ce moment, la saisine des biens (217).

Fait exception à la règle le produit du travail de la personne protégée, puisque le mineur est réputé majeur pour les fins de son travail conformément à l'article 118 et que le majeur en tutelle conserve l'entière administration du produit de son travail effectué pendant la tutelle, conformément à l'article 149.

L'exclusion des présents d'usage est traditionnelle.

#### **224, 225, 226 et 227**

Ces dispositions, de droit nouveau, ont pour but d'assurer l'efficacité du régime de contrôle *a posteriori* proposé par le Projet.

L'article 224 reprend l'obligation de faire inventaire énoncée à l'article 292 C.C.

L'existence d'une garantie qui assure l'intégrité du patrimoine de la personne protégée permet de donner une grande liberté au tuteur dans son administration, tout en constituant un moyen efficace d'empêcher que les erreurs de jugement qu'il pourrait commettre ne portent préjudice à la personne protégée.

Il est vrai que tous ne seront pas en mesure de fournir la garantie demandée. Il a, toutefois, semblé préférable de confier l'administration des biens de la personne protégée au Curateur public, plutôt que d'exposer des personnes peu habituées à gérer pour autrui à commettre des erreurs et à devoir payer des dommages-intérêts, et de risquer la dilapidation du patrimoine de la personne protégée.

Cette mesure préventive existe dans un certain nombre de provinces canadiennes (218).

Elle permettrait d'éviter ces situations malheureuses, encore aujourd'hui trop fréquentes, où les biens des mineurs ou des interdits sont dilapidés souvent en raison de l'inexpérience et de l'incompétence du tuteur; elle mettrait les mineurs devenus majeurs et les malades guéris à l'abri du choix pénible entre la perte de leur patrimoine et la poursuite d'un proche parent devant le tribunal.

D'aucuns ont formulé des réserves à l'égard des articles 224 et suivants. Ils estiment que l'obligation pour le tuteur de donner caution est

exorbitante d'autant plus que l'article 148 empêche le testateur ou le donateur de permettre au tuteur d'échapper à la surveillance du Curateur public.

## 228

Cet article étend l'obligation de faire inventaire, énoncée à l'article 292 C.C. aux biens échus par donation à la personne en tutelle.

Le droit des successions impose à l'exécuteur testamentaire l'obligation de faire un inventaire (219). La référence à un article du Livre *Des successions* vise cette disposition.

## 229

Vu l'importance de cet inventaire pour l'exercice de la surveillance du Curateur public, il est normal que le tuteur, l'exécuteur testamentaire et le fiduciaire ne puissent y déroger. Ce principe est conforme aux principes de l'administration du bien d'autrui (220).

## 230

Cet article reprend le principe de l'article 31 de la *Loi de la Curatelle publique*.

On s'est demandé s'il ne fallait pas dispenser le tuteur de tels états financiers lorsque la fortune du mineur était de peu d'importance. Un minimum de trois mille dollars ou de cinq mille dollars avait été suggéré.

Néanmoins, il a été jugé préférable, pour assurer l'universalité de la surveillance du Curateur public, d'imposer à tous de remettre des états financiers, quitte à permettre au Curateur d'en dispenser le tuteur si la fortune de la personne protégée est vraiment trop peu importante.

L'opportunité de remettre une copie des états financiers au mineur qui a atteint l'âge de seize ans pour lui permettre de s'initier à la conduite de ses affaires a été discutée.

Certains se sont montrés défavorables à cette proposition, car ils ont estimé que l'enfant, même âgé de seize ans, ne devrait pas prendre connaissance de la valeur des biens qui lui appartiennent; sa façon d'agir à l'égard de ses parents ou de son tuteur pourrait en être modifiée.

A titre de compromis, on a décidé de permettre au mineur d'exiger une copie de son tuteur.

## 231

Le but de cette disposition est de préserver la fortune de la personne protégée, car l'une des fonctions de l'expert-comptable est de découvrir

s'il y a eu bonne ou mauvaise administration. Il faut nécessairement que la fortune du mineur ait une certaine importance pour que cette exigence ait un sens, car les frais encourus par une telle vérification sont élevés.

On a d'abord pensé fixer un minimum de cinquante mille dollars. Pour éviter d'introduire des chiffres dans le Code civil, qui devraient forcément être modifiés de temps à autre, on a préféré laisser à la *Loi de la Curatelle publique* le soin de déterminer un tel montant.

La jurisprudence a d'ailleurs déjà décidé que le tribunal pouvait, à sa discrétion, exiger des états financiers préparés par un expert-comptable lorsque les biens d'un interdit étaient considérables (221).

### 232

Cet article constitue une mesure de protection, car il empêche le tuteur de vendre un bien pour un prix inférieur à sa valeur. Ceci est d'autant plus nécessaire que le tuteur aurait tous les pouvoirs d'un fiduciaire sur les biens de la personne protégée et n'aurait plus à passer par les formalités des articles 885 et suivants du Code de procédure civile.

Dans le cas de valeurs cotées et négociées à une bourse reconnue, le prix de ces valeurs est suffisamment public pour se passer d'un certificat d'évaluation. De plus, le prix des valeurs change trop rapidement pour qu'un certificat d'évaluation soit utile.

Le troisième alinéa a pour but d'éviter que le fractionnement des aliénations ne soit utilisé comme moyen d'échapper aux contrôles.

Cette disposition est conforme à l'article 24 de la *Loi de la Curatelle publique*.

### 233

Cette disposition permet au Curateur public d'exercer en tout temps une surveillance adéquate et un contrôle continu de la comptabilité du tuteur.

### 234

Comme la précédente, cette disposition est nécessaire pour permettre une surveillance efficace du Curateur public.

### 235

Le tuteur est soumis comme tout administrateur du bien d'autrui à l'obligation de rendre compte (222). Les dispositions de l'administration du bien d'autrui sont conformes au principe des articles 308 et 310 du Code civil.

Toutes les dépenses encourues pour l'administration des biens de la personne protégée sont à la charge de celle-ci (223).

Afin de permettre au Curateur public de clôturer le dossier ou d'exercer une vérification de plus si la tutelle continue, le tuteur doit lui envoyer une copie du compte final.

Cet article reprend le principe des articles 31 de la *Loi de la Curatelle publique* (224) et 7.03 de son *Règlement* qui oblige le tuteur à soumettre au Curateur public sa reddition de compte à la fin de sa gestion. Il ne s'agit nullement pour le Curateur public d'approuver une telle reddition de compte. Cette approbation ne peut être donnée que par la personne à qui la reddition de compte est faite, c'est-à-dire au mineur qui devient majeur, à la personne protégée dont le régime de protection cesse ou au nouveau tuteur lorsque le précédent est remplacé.

La remise du reliquat et les intérêts éventuels sont également réglés au titre *De l'administration du bien d'autrui* (225).

### 236

Cette disposition s'inspire de l'article 32 de la *Loi de la Curatelle publique* (226).

### 237

Cet article en est un de concordance (voir a. 535 C.P.C), tout comme l'article 312 du Code civil, qu'il reprend en en modifiant simplement la rédaction.

### 238

Selon des informations communiquées par le Curateur public, plusieurs tuteurs et curateurs privés ne rempliraient pas les obligations qui leur sont imposées par le droit actuel, notamment, celles de faire inventaire et de transmettre au Curateur public des états financiers annuels. La sanction prévue dans ces cas est la destitution du tuteur, mais il semble que les tribunaux hésiteraient à destituer le tuteur qui ne se conforme pas à certaines exigences de la loi mais qui, par ailleurs, administre convenablement les biens qui lui sont confiés. On a donc cru utile de prévoir un moyen plus efficace d'obtenir que les tuteurs se soumettent aux obligations qui leur sont imposées.

La disposition proposée tend non seulement à sanctionner sévèrement la négligence et l'infidélité de certains tuteurs, mais elle veut aussi convaincre le public du caractère sérieux de la responsabilité qui pèse sur ceux qui gèrent les biens des personnes protégées.

**239**

Il a paru indispensable que l'obligation énoncée à l'article 223 soit sanctionnée avec une certaine sévérité pour éviter la négligence des personnes qui détiennent des biens revenant à une personne en tutelle.

**240**

A la suggestion du Curateur public, il a semblé souhaitable de prévoir une sanction dans les cas où l'obligation d'aviser le Curateur public ne serait pas respectée.



## TITRE TROISIEME

### DE LA PERSONNE MORALE

#### CHAPITRE PREMIER

##### DISPOSITIONS GENERALES

###### 241

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 353 C.C.

On n'a pas à prévoir ici le mode de création des personnes morales, puisque la loi y pourvoira dans chaque cas.

###### 242

Cet article est nouveau. L'enregistrement se fera normalement selon la *Loi des déclarations des compagnies et sociétés* (227), à moins de dispositions d'une autre loi.

Il a paru souhaitable de n'imposer comme sanction que l'interdiction d'ester en justice et l'inopposabilité de la personnalité.

###### 243 et 244

Ces articles reprennent en substance l'article 357 C.C., et l'assouplissent quant à l'usage du nom.

La personne morale a un nom propre. Les lois régissant l'enregistrement de ces personnes régleront le choix du nom et les conflits entre noms (e.g. similitude). La possibilité d'utiliser un nom autre que le nom propre permet de conserver à une entreprise un nom distinct, pourvu que, dans ses contrats, la personne morale utilise son nom propre (et l'autre en sus, le cas échéant) (228).

Cette possibilité n'exclut cependant pas l'obligation de divulguer et d'enregistrer le nom commercial et tous les noms distincts utilisés par une entreprise auprès du fichier central des entreprises et des raisons sociales.

###### 245

Cet article est nouveau. Il complète les dispositions sur le domicile (a. 60 et s.).

###### 246 et 247

Ces articles reprennent les articles 359, 360 et 361 C.C., en les modifiant relativement à l'administration (229).

**248**

Cet article reprend les articles 358 et 360 C.C. en les adaptant aux règles généralement admises en droit corporatif (230).

**249**

La règle de cet article s'inspire du droit des sociétés civiles et commerciales. Les membres de la personne morale sont responsables des dettes de celle-ci. Cette règle fait l'objet de nombreuses exceptions, notamment, en ce qui a trait aux sociétés en commandite, aux associations et aux corporations, avec ou sans but lucratif. Ces exceptions feront en sorte que la règle générale sera d'application restreinte (notamment aux sociétés), mais néanmoins importante. Elle confirme d'ailleurs la règle historique selon laquelle la responsabilité limitée des membres des corporations résulte d'un privilège conféré par le prince et non pas du seul fait de la personnalité juridique.

**250 et 251**

Ces articles sont nouveaux. Ils s'inspirent de l'article 248 de la loi du 24 juillet 1966 (France) sur les sociétés commerciales.

Ces articles constituent aussi une application particulière du principe de l'article 1053 C.C., repris par l'article 94 du Livre *Des obligations*.

**252**

Cet article s'inspire, en le simplifiant, de l'article 365 C.C.

Les articles 366, 366a et 367 C.C. ne sont pas reproduits. Des lois spéciales préciseront les autres incapacités des personnes morales. Dans certains cas, leur activité sera soumise à l'obtention d'un permis (e.g. établissements scolaires et hospitaliers) ou d'une autorisation spéciale (e.g. annonce).

L'application du deuxième paragraphe est assujettie aux dispositions de la *Loi sur les compagnies de fidéicommiss* (231).

La *Loi sur la mainmorte* (232) devra aussi être examinée à nouveau dans le contexte de la réforme de la *Loi des compagnies* (233).

**253**

Cet article et les suivants traitent des assemblées des membres des personnes morales. Ils forment le droit supplétif applicable aux personnes morales dont l'acte constitutif ou les règlements ne prévoient pas de dispositions à cet effet. Ces articles seront repris dans les lois particulières (e.g. la *Loi des compagnies*) pour être complétés suivant les besoins de chaque espèce.



**254**

Cet article fixe les modalités de temps des assemblées des membres de la personne morale. Il consacre le principe de la tenue de l'assemblée annuelle et des assemblées extraordinaires.

**255**

Cet article règle certaines questions relatives à la tenue des assemblées.

**256**

Cet article oblige les administrateurs à tenir un registre des membres et à en permettre la consultation. Les créanciers ont droit de consulter le registre, vu leur intérêt découlant de l'article 249.

**257 et 258**

Ces articles précisent les règles relatives au quorum.

**259**

Cette disposition permet la tenue d'une assemblée par les membres présents lors de l'assemblée fixée, alors que le quorum n'était pas atteint. Elle permet la tenue d'assemblées lorsqu'il n'est pas possible de réunir un nombre suffisant de membres pour atteindre le quorum.

**260**

Cet article vise le cas de la personne morale qui ne compte qu'un seul membre. L'assemblée peut néanmoins être tenue en tel cas.

**261**

La règle de cet article reprend celle des associations, des coopératives et des corporations sans but lucratif. On y fera exception dans les lois particulières relatives aux personnes morales de commerce, e.g. sociétés et corporations, lorsqu'il y a lieu de prendre le vote par parts ou par actions.

**262**

Cet article s'inspire du droit corporatif moderne et permet de remplacer la tenue d'une assemblée par une résolution signée de tous les membres, permettant, notamment, l'utilisation du courrier à cette fin. La tenue d'assemblée, dans les groupements restreints, est souvent une opération artificielle qui peut ainsi être avantageusement remplacée.

**263**

Cet article permet aux membres de la personne morale de requérir la convocation d'une assemblée si les administrateurs négligent ou refusent de le faire.

**264**

Cet article établit l'obligation qu'ont les administrateurs de faire parvenir les états financiers annuels aux membres de la personne morale (leur obligation de rendre un compte annuel est établie au titre *De l'administration du bien d'autrui*). La même règle s'applique au cas de modification proposée à l'acte constitutif ou à l'activité ou à l'entreprise de la personne morale: cette exigence permet aux membres de pouvoir réfléchir à ces questions et de prendre une décision plus éclairée.

**265**

Cet article enlève un doute qui aurait pu se soulever quant à la délégation de vote.

**266 et 267**

Ces articles reprennent en substance, mais en les simplifiant, les articles 368, 369 et 370 C.C.

D'autres lois complètent ces dispositions, notamment quant à la dissolution des corporations (voir la *Loi de la liquidation des compagnies*, et l'article 832 C.P.C.).

**268**

Cet article reprend en substance l'article 371 C.C., mais en y ajoutant le critère de la solvabilité. Les personnes morales insolvables devront être liquidées selon les règles applicables à la faillite. On a en effet abusé de la procédure de la liquidation volontaire des personnes morales insolvables pour échapper aux règles plus strictes de l'insolvabilité.

La référence à la *Loi de la liquidation des compagnies* devra être modifiée compte tenu de la réforme du droit corporatif.

**269**

Cet article s'inspire du droit applicable aux corporations et aux sociétés. La personne subsiste, nonobstant son extinction, pour toutes les fins de sa liquidation.

**270**

Cet article reprend, en partie, l'article 371 C.C. On pourra consulter le Livre *Des successions*, quant à la procédure applicable en ces cas.

## CHAPITRE II

### DES CORPORATIONS

#### 271

Cet article reprend en substance les articles 352 et 363 C.C., en y ajoutant la seconde partie, relative à la responsabilité des membres, ce qui constitue une exception à l'article 249.

#### 272

Cet article reprend l'article 353 C.C.

Cette disposition semble nécessaire en raison de l'article précédent; la création des corporations devra être faite en vertu d'une loi particulière. On élimine ainsi la possibilité d'une notion de corporation *de facto*. Voir aussi l'article 5 de la *Loi des compagnies*.

#### 273

Cet article s'inspire de l'article 354 C.C., en l'étendant à tous les cas.

Cet article paraît utile pour enlever tout doute quant aux corporations « multiples » dont il ne subsiste qu'un seul membre et aussi pour différencier la corporation de la société qui exige une pluralité de membres. Il s'inscrit d'ailleurs dans le courant de réforme du droit corporatif nord-américain, en abandonnant un formalisme excessif.

Les dispositions de cet article et des articles 275 à 278 devraient trouver leur parallèle dans la loi sur les corporations commerciales où elles seraient adaptées aux circonstances particulières de cette espèce.

#### 274

Cet article reprend, en partie, l'article 363 C.C. On a reformulé le droit commun pour éviter tout doute en matière de droit corporatif.

Le membre de la corporation reste responsable de son apport (e.g. le prix de ses actions ou la valeur de sa contribution); dans bien des cas, cette responsabilité sera minime, si les actions ne sont émises qu'après avoir été acquittées entièrement. S'il agit comme administrateur, soit par élection, soit par convention unanime d'actionnaires, soit en fait, il engage sa responsabilité personnelle.

#### 275

Cet article s'inspire de la *Loi des compagnies*. Il complète l'article 246 qui s'applique à toute personne morale. Les administrateurs représentent toujours la personne morale, mais, dans le cas d'une corporation, ils ont

aussi la gestion exclusive des affaires internes et de l'activité de la corporation par le truchement du conseil d'administration. Lorsqu'il y a convention unanime des membres (e.g. actionnaires), ces derniers agissent effectivement comme administrateurs.

Cette disposition n'empêche pas la possibilité de faire intervenir les assemblées de membres ou le tribunal: ces cas seront prévus dans des lois spéciales, comme moyen d'exception ou de contrôle de la gestion. Le principe ici résulte de l'autonomie de la corporation par rapport à ses membres et constitue le pendant de la règle de la responsabilité limitée des membres.

L'article 246 prévoit que des règlements pourront être adoptés; cet article en précise les modalités d'adoption: à l'initiative du conseil d'administration, sous réserve de la convention unanime des membres, le cas échéant.

## 276

Cet article fixe le nombre des administrateurs; il prévoit en outre, le cas où le nombre des membres est très restreint.

## 277

Cet article s'inspire de l'article 359 C.C. et de l'article 100(2) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* (234).

La notion de «membres» sera précisée dans les lois spéciales sur les différentes espèces de corporations.

Ainsi, dans les corporations commerciales, les actionnaires expriment leur vote en fonction du nombre des actions détenues et non par tête.

Le fait que les administrateurs n'ont pas à être membres de la corporation serait nouveau en droit québécois, mais il suit l'évolution contemporaine dans les lois étrangères. Le projet de réforme de la *Loi des compagnies du Québec* contient une disposition au même effet. Des modifications semblables devront être apportées aux autres lois.

## 278

Cet article applique aux corporations les normes habituelles d'accès à des fonctions administratives. Les cas du failli et de l'insolvable sont ajoutés conformément au droit corporatif.

L'acte passé en violation de cet article n'est pas nul pour autant, en vertu du principe de la régie interne des corporations (235).

**279**

Cet article est nouveau. Il s'inscrit dans le cadre de la nouvelle éthique de l'administration des corporations. Ici encore, le tiers ne peut être affecté par l'acte fait en violation de cet article, puisqu'il s'agit d'une question de régie interne.

**280**

Cet article, nouveau en droit québécois, s'inspire de l'article 91 de la Loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Il permet aux personnes morales d'agir comme administrateurs d'une corporation, en précisant que la personne physique qui est désignée pour agir comme administrateur est personnellement responsable, solidairement avec la personne morale (laquelle conserve sa responsabilité).

Le droit anglo-canadien n'admet généralement pas ce genre de disposition (236).

**281, 282, 283 et 284**

Ces articles s'inspirent de l'article 188 du *Companies Act*, 1948, (U.K.) (237).

Outre les sanctions prévues pour la personne en faute, il n'y a pas de conséquences quant aux tiers, puisqu'il s'agit ici encore d'un problème de régie interne.

**285**

Cet article s'inspire de l'article 181, *Companies Act*, 1948, (U.K.).

**286**

Cet article s'inspire de l'article 101(3) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

**287**

Cet article reprend l'article 101(4) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

**288**

Cet article s'inspire de l'article 101(5) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

**289**

Cet article s'inspire de l'article 101(6) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

**290**

Cet article reprend l'article 101(7) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

**291**

Cet article s'inspire de l'article 111 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*.

Il permet de dissiper le doute qui pourrait subsister quant à la possibilité pour une corporation de laisser croire que ses administrateurs ont qualité pour agir.

**292**

Cet article reprend l'article 116 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*. Il sera complété par les dispositions des lois spéciales sur les corporations et des statuts internes de la corporation; on pourra également consulter le titre *De l'administration du bien d'autrui* quant à la délégation et à la responsabilité du délégant et du délégué.

## CHAPITRE III

### DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

**293**

Cet article est nouveau, mais ne fait que codifier des règles déjà acquises.

**294**

Cet article est nouveau, mais confirme la pratique.

Certains considèrent que les dispositions relatives à la responsabilité de la Couronne devraient plutôt se situer dans une loi spéciale. Leur caractère général permet cependant de les insérer facilement dans le Code civil. Il semble qu'on puisse tirer de l'arrêt *J.E. Verreault & Fils Ltée v. Le Procureur Général de la Province de Québec* (238), un argument à cet effet. Cette disposition a effet nonobstant les dispositions de l'article 42 de la *Loi d'interprétation* (239).

**295**

Cet article précise la notion de préposé de la Couronne, mettant ainsi fin à une difficulté d'interprétation.

**296**

Cet article est nouveau. Il va de soi que le pouvoir discrétionnaire peut toujours être exercé et que la Couronne n'est pas responsable pour autant.

**297**

Cet article est en partie nouveau. Il veut corriger une lacune du droit actuel, en complétant le Livre *Des obligations* quant à la responsabilité de la Couronne, notamment en ce qui concerne l'acte dommageable d'un membre des corps policiers agissant comme agent de la paix. Les tribunaux ont, en effet, décidé que l'agent de la paix, dans l'exécution de ses fonctions, cesse d'agir comme préposé de la municipalité qui l'emploie, même s'il demeure généralement sous le contrôle de cette dernière (240).

**298**

Cet article reprend, mais en l'assouplissant, une règle commune à nombre de personnes morales publiques.

- 
- (1) Voir la *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*, L.Q. 1971, c. 84, a. 2.
  - (2) L.Q. 1975, c. 6, sanctionnée le 27 juin 1975, entrée en vigueur le 28 juin 1976, G.O.Q., 23 juin 1976, no 28, p. 3875.
  - (3) Voir, à ce sujet, H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Les personnes: la personnalité, 5e éd., par M. de JUGLART, Paris, Montchrestien, 1972, t. I, vol. II, no 531 et s., à la p. 551.
  - (4) L.Q. 1969, c. 64.
  - (5) S.R.Q. 1964, c. 7.
  - (6) L.Q. 1968, c. 70.
  - (7) L.Q. 1965, c. 77.
  - (8) Voir, par exemple, le Code civil suisse, a. 29, 30, 149, 161, 270, 325; le Code civil d'Éthiopie, rédigé par René David, a. 32 et s.; le Code civil de la République fédérale allemande, a. 1353, 1616, 1706; le Code civil italien, a. 6 à 8, 149, 262. En France, voir les lois du 6 fructidor an II, 11 germinal an XI, 10 février 1942, 3 juillet 1963, 12 juillet 1975, qui forment une législation assez complète relative au nom (Code civil Dalloz, a. 57). Il faut noter également que l'Avant-projet du Code civil français contient une réglementation complète du nom. Voir *l'Avant-projet de Code civil*, présenté à M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par la Commission de Réforme, Paris, Sirey, 1955, a. 204 à 223.
  - (9) O.R.C.C., 1975, XXXV.
  - (10) Ontario Law Reform Commission, *A Woman's Name*, A Study Paper, Toronto, 1975.

- (11) DALLOZ, *Nouveau répertoire de droit*, 2e éd., Paris, 1964, Vo nom-prénom, no 21, à la p. 427; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, à la p. 551; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, t. I, p. 128 à 130.
- (12) Voir S.G. PARENT, *Le nom patronymique dans le droit québécois*, thèse en vue du doctorat, Université Laval, Québec, 1951, à la p. 174; P. AZARD et A.F. BISSON, *Droit civil québécois*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1971, t. I, no 52, à la p. 67; L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 160 et s.
- (13) L.Q. 1965, c. 77.
- (14) Voir *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 2 avril 1965, p. 1830 et s.
- (15) Voir l'article 68; voir aussi, en annexe, le projet de Loi du Directeur de l'état civil.
- (16) Voir, sur la notion du transsexualisme, D.H. RUSSELL, *The Sex-Conversion Controversy*, (1968) 279 *New England Journal of Medicine* 535 et R.J. STOLLER, *Sex and Gender*, New York, Science House, 1968, à la p. 132. Les causes du transsexualisme sont inconnues: voir J. MONEY, *Sex Reassignment as Related to Hermaphroditism and Transsexualism* in R. Green, J. Money ed. *Transsexualism and Sex Reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, p. 112-113.
- (17) Voir *An Act to Amend the Vital Statistics Act*, S.B.C., 1973, c. 160, s. 3.
- (18) Voir *The Vital Statistics Amendment Act*, S.A., 1973, c. 86, s. 2.
- (19) S.N.B. 1975, c. 27.
- (20) Déclaration à la presse de M. Frank Muldoon, Président de la Commission de réforme du droit du Manitoba, publiée dans le *Montreal Star*, 18 août 1972.
- (21) Voir sur la question du changement de sexe, R.P. KOURI, *Certain Legal Aspects of Modern Medicine (Sex Reassignment and Sterilization)*, thèse de doctorat, Université McGill, septembre 1975.
- (22) Voir les statistiques contenues dans les travaux du Colloque sur la transsexualité organisé par le Département de sexologie de l'Université du Québec, Montréal, 18 avril 1975, notamment, in J. BUREAU, J.P. TREMPE et L. JODOIN, *Transsexualité: catégorie, diagnostic ou expérience d'un individu*, texte polycopié, p. 5.
- (23) Voir A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, p. 34; voir, également, R.P. KOURI, *Comments on Transsexualism in the Province of Quebec*, (1973) 4 R.D.U.S. 4, à la p. 167; E. GROFFIER, *De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois*, (1975) 6 R.D.U.S. 115, à la p. 148; D.L. HEALY, *The legal problems of sex determination*, (1977) XV *Alberta L. Rev.* 122.



- (24) Voir, notamment, *D. et L. et le Procureur général de la Province de Québec*, C.S. (Montréal, 14-000528-73) 17 mai 1973.
- (25) Voir, à ce sujet, J.G. CASTEL, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec*, (1962) 22 R. du B. 233, à la p. 253 et s.; *Lister v. McAnulty*, [1944] S.C.R. 317; *Winnycka v. Oryschuc*, [1970] C.A. 1163.
- (26) Voir *Taylor v. Taylor*, [1930] S.C.R. 26, conf. (1928) 45 B.R. 184; *McMullen v. Wadsworth*, (1889) 14 A.C. 631, conf. (1887) 12 S.C.R. 466, inf. (1886) 2 M.L.R. 113 (B.R.); *Ingelsberger v. Molho*, [1971] C.A. 699.
- (27) Voir G. TRUDEL, in *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, t. I, à la p. 235 et les références citées; W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 61 et s. et les références citées.
- (28) Voir les références en note 26 ainsi que, notamment, *Trottier v. Rajotte*, [1940] S.C.R. 203, inf. (1938) 64 B.R. 484 (sub nom. *X v. Rajotte*), conf. (1936) 74 C.S. 569; *Smith v. Martin*, (1944-45) 48 R.P. 386 (C.S.); *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile v. Dame Rahima*, [1969] B.R. 1090.
- (29) *Loi électorale*, S.R.Q. 1964, c. 7, a. 2, mod. par L.Q. 1965, c. 12, a. 1, et L.Q. 1972, c. 6, a. 3; *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220, a. 1, mod. par L.Q. 1971, c. 48.
- (30) *Loi sur les impôts*, L.Q. 1972, c. 23, a. 8, mod. par L.Q. 1972, c. 26, a. 32 et L.Q. 1974, c. 18, a. 1; *Loi de l'assurance-maladie*, L.Q. 1970, c. 37, a. 4, remplacé par L.Q. 1973, c. 30, a. 3.
- (31) Voir, par exemple, *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants*, (signée le 24 octobre 1956, a. 1); *Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, (signée le 5 octobre 1961, a. 4 et 5); *Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, (signée le 5 octobre 1961, a. 1); *Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*, (signée le 15 novembre 1965, a. 3); *Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, (conclue le 1er juin 1970, a. 2 et s.); *Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, (signée le 21 octobre 1972); *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, (signée le 28 mars 1973). Ces différentes Conventions sont publiées par le Bureau Permanent de la Conférence à La Haye.
- (32) Voir le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970, p. 267 et s.
- (33) *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1963-64, c. 66.
- (34) S.R.C. 1970, c. D-8, a. 6(1).
- (35) *Domicile and Matrimonial Proceedings Act*, 1973, c. 45, s. 6; voir, à ce

- sujet, T.C. HARTLEY et I.G.F. KARSTEN, *The Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, (1974) 37 Modern L.R. 179.
- (36) Article 108 C.C.
- (37) Voir, *supra*, note 25.
- (38) Voir, notamment, *Brien dit Desrochers v. Marchildon*, (1898) 15 C.S. 318; *Lemay v. Dignard et Lepage*, (1927) 65 C.S. 103; *Lister v. McAnulty*, *supra*, note 25; *Pouliot v. Cloutier*, [1944] S.C.R. 284; *Mc Mullen v. Wadsworth*, *supra*, note 26.
- (39) Voir l'article 26 du Livre *Du droit international privé*.
- (40) Voir l'article 180 et s.
- (41) Voir les articles 39 à 78j C.C.
- (42) Titre XX, a. 7-18: ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XVIII, aux p. 137-140.
- (43) Déclaration concernant la forme de tenir les registres des baptêmes, mariages, sépultures ... et des extraits qui en doivent être délivrés, ISAMBERT, *ibid.*, t. XXI, aux p. 405-416.
- (44) Les diverses mesures législatives adoptées à ce sujet depuis la fin du XVIIIe siècle ont été reprises et réunies dans l'*Acte concernant les registres de mariages, baptêmes et sépultures*, S.R.B.C. 1861, c. 20, a. 16 et 17.
- (45) Deuxième rapport des codificateurs, Québec, Desbarats, 1865, t. I, p. 156.
- (46) L.Q. 1967-68, c. 82.
- (47) L.Q. 1969, c. 79, mod. par L.Q. 1970, c. 61, a. 1, adoptée suite à un rapport soumis par l'Office de révision du Code civil.
- (48) En France, Décret no 60-285 du 28 mars 1960 pour les actes de décès; dans l'Etat de New-York, Public Health Law, McKinney's, Book 44, s. 4130(3) (naissance) et s. 4141(4) (décès).
- (49) Voir, à cet égard, *Loi de la protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42.
- (50) *Loi des inhumations et exhumations*, S.R.Q. 1964, c. 310, a. 1, remplacé par l'article 59 de la *Loi de la Protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42.
- (51) Voir les articles III et s.
- (52) Voir JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, 8e éd., Paris, P.U.F., 1969, t. 2, no 125, p. 365. L'importance de la protection de la personne qui a de plus en plus gagné du terrain à côté de la protection traditionnelle du patrimoine a été soulignée dans un rapport du National Institute on Mental Retardation, *Mental Retardation - The Law - Guardianship*,

- Toronto, National Institute of Mental Retardation, 1972, sous la direction de B. Swadron et D. Sullivan, à la p. 186.
- (53) Voir J.-G. CARDINAL, *Les actes du mineur sont-ils nuls?*, (1959-60) 62 R. du N., 195, à la p. 197; voir aussi, J. PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, no 225. Voir, également, les propositions de réforme de la loi albertaine dans «*Minor's Contracts*», Institute of Law Research and Reform, Report No. 14, University of Alberta, 1975. Pour un projet de réforme fondé davantage sur la protection du mineur que sur sa capacité, voir Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Minors' Contracts*, Dept of Attorney-General, 1976.
- (54) Voir l'article 9 du Livre *De la famille*.
- (55) *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 85.
- (56) Voir les a. 314 et s. C.C.
- (57) P. AZARD et A.F. BISSON, *Droit civil québécois*, Editions de l'Université d'Ottawa, 1971, no 149, p. 291. Voir, également, A. COSSETTE, *Le droit civil des années 1970*, (1970-71) 73 R. du N. 594, à la p. 597.
- (58) *Introduction à l'étude de la réforme*, in *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, 2e éd., par E. BLONDY et G. MORIN, extrait du Répertoire du notariat, Paris, 1967, p. 7.
- (59) Voir les références sous les commentaires de l'article 126.
- (60) La tutelle testamentaire existe en effet dans un grand nombre de législations étrangères et est recommandée par la Commission de réforme du droit de l'Ontario (voir les commentaires de l'article 126).
- (61) Voir le Livre *Des biens*.
- (62) Voir B. GAGNON, *La tutelle et la curatelle assurent-elles une protection efficace pour le patrimoine d'un incapable?*, (1969) 29 R. du B. 601, à la p. 603; voir, comme illustration de l'inutilité du rôle du subrogé tuteur, *Lebourdais v. Boisvert*, [1974] C.S. 10.
- (63) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 149, à la p. 295; dans le même sens, voir J. CARBONNIER qui mentionne des difficultés analogues en France avant la réforme apportée par la *Loi du 14 décembre 1964*: «On renonçait par principe à constituer les tutelles tant c'était une montagne de rassembler six parents». Préface, *op. cit.*, *supra*, note 60.
- (64) L.Q. 1971, c. 81.
- (65) Voir l'article 42 du Livre *De la famille*.
- (66) Voir, pourtant, *Perrier v. Perrier*, [1970] C.A. 133 et L. PATENAUDE, *Capacité (Tutelle et Curatelle)*, Librairie de l'Université de Montréal, 1974-75, p. 129.
- (67) Voir, J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, t. 2, no 163, p. 506.
- (68) Voir *Mental Retardation - The Law - Guardianship*, *op. cit.*, p. 3; voir,

- aussi, L.M. RAYMONDIS, *Quelques aperçus sur une réforme des services psychiatriques*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 23 et s.; J. BARRIERE, *Droit à la santé et politique psychiatrique*, (1970) 30 R. du B. 282.
- (69) Voir les a. 349 C.C. et s.
- (70) Voir M. LAUZON, *Quid novi chez les absents?*, (1972) 32 R. du B. 132.
- (71) Voir les travaux de la Conférence des Commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada, (1972) Proceedings, p. 154 à 177; (1974) Proceedings, p. 215 à 220.
- (72) *Loi sur le divorce*, a. 4(1)c). Cette cause de divorce a été retenue dans les propositions contenues au Livre *De la famille*, a. 241.
- (73) L.Q. 1972, c. 44, mod. par la *Loi modifiant la Loi de la protection du malade mental*, L.Q. 1974, c. 43.
- (74) S.R.Q. 1964, c. 271.
- (75) S.C. 1975, c. 33.
- (76) Voir, à ce sujet, P.B. MIGNAULT, *Traité de droit civil canadien*, t. 1, 1895, p. 132-133; G. TRUDEL in *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, 1942, p. 112; J.L. BAUDOIN, *Les Obligations*, 1970, no 181 et s., p. 107 à 109. Voir aussi la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.
- (77) Voir l'article 125 et s.
- (78) *Ibid.*
- (79) Voir aussi la *Loi sur la mainmorte*, S.R.Q. 1964, c. 276.
- (80) Voir *Code Civil du Bas-Canada*, 1er rapport des commissaires. 1865, t. 1, p. 14-15, relatif à l'article 41 (a. 1022 C.C.).
- (81) Voir, à ce sujet, A. MAYRAND, *L'abus des droits en France et au Québec*, (1974) 9 R.J.T. 321; D. ANGUS, *Abuse of rights in contractual matters*, (1961-62) 8 McGill L.J. 150; L. MAZEAUD, *La responsabilité dans l'exercice d'un droit*, (1956) 58 R. du N. 369.
- (82) Voir, notamment, en matière extra-contractuelle, *Connelly v. Bernier*, (1924) 36 B.R. 57; *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Blais v. Giroux*, [1958] C.S. 569; *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334. Aussi, en matière contractuelle, *Quaker Oats Co. of Canada Ltd v. Côté*, [1949] B.R. 389; *Fiorito v. The Contingency Insurance Co. Ltd*, [1971] C.S. 1; *Ph. Beaubien et Cie Ltée v. Can. Gen. Electric Co. Ltd*, C.S. (Montréal 05-779, 426-69) 7 oct. 1976.
- (83) Voir, notamment, le Code civil suisse, a. 2 al. 2; le Code civil éthiopien, a. 2032; le Code civil tchécoslovaque, a. VI; le Code civil polonais, a. 5; le Code civil hongrois, a. 5; le Code civil de la République fédérale allemande, a. 226.
- (84) [1958] C.S. 152. Voir, également, *Field v. United Amusements Corp. Ltd*,

- [1971] C.S. 283; *Deschamps v. Automobiles Renault Canada Ltée*, C.S. (Montréal 05-818- 140-71) 24 fév. 1972; *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd*, [1973] C.S. 389.
- (85) Voir la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, c. 50.
- (86) *Privacy Act*, S.M. 1970, c. 74.
- (87) S.B.C. 1968, c. 39.
- (88) M. LINDON, cité dans J. MALHERBE, *La vie privée et le droit moderne*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1968, à la p. 14.
- (89) Voir, à ce sujet, L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 147 et s; E. DELEURY, *Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme objet de droit*, (1972), 13 C. de D. 477; F. HELEINE, *Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain*, (1976) 36 R. du B. 2; M. LAUZON, *Chroniques régulières*, Personnes, (1972) 32 R. du B. 410; A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975.
- (90) Voir, en ce qui concerne l'autopsie prévue par la loi, la *Loi des coroners*, L.Q. 1966-67, c. 19, a. 12 al. 2, 37; *Loi de l'étude de l'anatomie*, S.R.Q. 1964, c. 250, a. 4 al. 3. On remarquera, à cet égard, le défaut de concordance entre l'article 21 (a. 23 C.C.) et l'article 3.9.3 du Règlement A.C. 3322 du 8 novembre 1972 édicté aux termes de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, c. 48, G.O.Q. 25 novembre 1972, vol. 104, no 47, p. 10566, à la p. 10583.
- (91) Voir, à ce sujet, A. MAYRAND, *op. cit.*, no 131, p. 172.
- (92) Res. 1386 (XIV) adoptée le 20 novembre 1959.
- (93) Voir l'article 39: «Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu».
- (94) Voir, aussi, la jurisprudence à ce sujet et notamment: *Marshall v. Fournelle*, [1927] S.C.R. 48; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; *M. v. C.*, [1968] C.S. 219; *Twynam v. McGuire*, [1971] C.S. 640; *Morin v. Gagnon*, [1973] C.S. 279.
- (95) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 55 et s., p. 70 et s. Aussi, en Common law, K. M. WEILER and K. CATTON, *The Unborn Child in Canadian Law*, (1976) 14 Osgoode Hall L.J. 643.
- (96) P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 49, à la p. 61.
- (97) Voir l'article 41 du Livre *De la famille*.
- (98) En Ontario *The Vital Statistics Act*, R.S.O. 1970, c. 483, s. 6 a été modifié en 1976 pour permettre de donner à un enfant un nom composé des noms du père et de la mère, le nom du père venant en premier.
- (99) M. OUELLETTE-LAUZON, *Chroniques régulières, Recommandations*

- de l'O.R.C.C. concernant le nom et l'identité physique de la personne humaine*, (1976) R. du B. 408.
- (100) Voir P.B. MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, Montréal, Théorêt, 1896, t. 2, p. 138; J. CLARKE, *De la situation juridique des enfants naturels*, (1952) 5 *Thémis* 14, à la p. 17; J. PINEAU, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*, (1973) 8 R.J.T. 209, à la p. 212.
- (101) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 49, p. 61.
- (102) Voir l'article 273 du Livre *De la famille*.
- (103) Voir l'article 72.
- (104) Voir l'article 243 C.C.; voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.* no 51.
- (105) *Loi de l'adoption*, a. 8 et l'article 312 du Livre *De la famille*.
- (106) Voir l'article 72.
- (107) Voir S.G. PARENT, *op. cit.*, p. 56-57; J. PINEAU, *La famille*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1971, no 192, à la p. 175.
- (108) Voir les remarques et les recommandations de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme à ce sujet, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970, p. 266 et 461.
- (109) Il semble que cet usage soit en train de se répandre, voir, à ce sujet, M. LEGARE, *L'exactitude du nom en matière d'acte notarié*, (1976) 79 R. du N. 202, à la p. 204.
- (110) Voir J. BEETZ, *Attribution et changement du nom patronymique*, (1956) 16 R. du B. 56, à la p. 59; voir, également, *Harris v. Bosworthick*, [1966] C.S. 82 (C. Mag.).
- (111) Ce système existe dans plusieurs pays. Voir, notamment, en Pologne, Code de la Famille, a. 23 et 88; en Roumanie, il existe un système analogue ainsi qu'en République démocratique allemande; voir V. COLE, *La femme mariée, évolution récente de sa condition en droit et en fait; Europe orientale*, in *Travaux du 9ième colloque international de droit comparé*, Editions de l'Université d'Ottawa, 1971, p. 195 et s.
- (112) La législation proposée ne mentionne que la modification des apparences du sexe plutôt que du changement de sexe, car il serait présentement scientifiquement impossible de changer le sexe d'une personne, voir H. BENJAMIN, *The Transsexual Phenomenon*, New-York, Science House, 1968, p. 46; J. RANDELL, *Pre-operative and Post-operative Status of Male and Female Transsexuals* in R. Green, J. Money, éd., *Transsexualism and Sex-Reassignment*, *op. cit.*, 355, à la p. 367; *Corbett v. Corbett* (Otherwise Ashley), (1970) 2 W.L.R. 1306, (Prob. C.) aux p. 1323, 1324 et 1325 (Ormrod J.).
- (113) Par exemple, l'Alberta en vertu du *Vital Statistics Amendment Act*, S.A. 1973, c. 86, s. 2 et la Colombie-Britannique, en vertu de l'*Act to Amend*

- the Vital Statistics Act*, S.B.C. 1973, c. 160, s. 3, permettent la modification du sexe dans les actes de naissance après «conversion sexuelle».
- (114) On évite également l'encombrement des services médicaux par un afflux de transsexués étrangers; voir E. GROFFIER, *De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois*, (1975) 6 R.D.U.S. 114, à la p. 148.
- (115) La législation de la Colombie-Britannique est au même effet. Voir l'*Act to Amend the Vital Statistics Act*, S.B.C. 1973, c. 160, s. 3.
- (116) Voir G. BRENT, *Some Legal Problems of the Postoperative Transsexual*, (1972-73) 12 J. of Family Law 405, aux p. 410-413.
- (117) Il semble que le bureau des passeports du Ministère fédéral des Affaires extérieures soit disposé à fournir un passeport mentionnant le nouveau sexe si toutes les autres conditions d'obtention du passeport sont remplies et qu'un certificat médical indiquant la nature de l'opération est fourni. Voir G. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 406.
- (118) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 50, à la p. 64; S.G. PARENT, *op. cit.*, p. 182 et s.; T.P. SLATTERY, *The Meaning and Effect of Article 56a C.C.*, (1953) 13 R. du B. 23, à la p. 24; voir, en droit français, Civ. 19 juin 1961, D. 1961. 544 (Affaire Boissy d'Anglas).
- (119) Voir A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, no 206, à la p. 223 et la jurisprudence citée.
- (120) Voir, notamment, *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile v. Dame Rahima*, [1969] B.R. 1090 et les autres références citées dans l'Introduction, *supra*.
- (121) Voir, notamment, *Taylor v. Taylor*, [1930] S.C.R. 26, conf. (1928) 45 B.R. 184; *Trottier v. Rajotte*, [1940] S.C.R. 203, inf. (1938) 64 B.R. 484 (sub nom. *X v. Dame Rajotte*), conf. (1936) 74 C.S. 569.
- (122) Voir, notamment, l'article 5 de la *Convention pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, conclue le 15 juin 1955, in *Recueil des Conventions de La Haye*, 1973.
- (123) Voir l'article 353 du Livre *De la famille*.
- (124) Certaines décisions placent le domicile de l'enfant chez les parents, même s'il réside avec le tuteur: *Keane v. The Pembroke Lumber Co. Ltd.*, (1924) 27 R.P. 55 (C.S.); *Elliott et J. Pilkington v. Protestant School Municipality of Ste. Therese*, [1951] C.S. 395; en faveur de cette solution, voir G. TRUDEL in *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, t. I, à la p. 248. D'autres décisions considèrent que le mineur est domicilié chez son tuteur: voir, notamment, *Dumulong v. Claing*, [1969] R.P. 274 (C.S.); en ce sens, P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Montréal, Théorêt, 1895, t. I, p. 236 et s.
- (125) Voir l'article 136.

- (126) *Drouin v. Néron*, [1955] C.S. 287; *Drouin v. Dumoulin*, [1955] R.P. 277 (C.S.); *Morin & Cie Ltée v. Gagné*, [1954] R.P. 388 (C.S.).
- (127) Voir à l'annexe IV.
- (128) L.Q. 1975, c. 63, a. 12.
- (129) Voir l'article 77 du Livre *Du droit international privé*.
- (130) Voir a. 38 de la *Loi de la protection de la santé publique*.
- (131) Voir l'article 19 du Livre *De la famille*.
- (132) Voir, à ce sujet, l'article 235 du Livre *De la famille*.
- (133) Voir l'article 210.
- (134) Voir, pour un résumé des opinions existantes, J.-G. CARDINAL, *Durée de la minorité*, (1958-59) 61 R. du N. 128, à la p. 134 et s.; voir, également, L. PATENAUDE, *op. cit.*, p. 100.
- (135) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 145; J.-L. BAUDOIN, *Les Obligations*, P.U.M., 1970, no 189.
- (136) Voir J.-G. CARDINAL, *Les actes du mineur sont-ils nuls?*, (1959-60) 62 R. du N. 195, à la p. 197; J. PINEAU, *op. cit.*, no 225.
- (137) Voir l'article 28 du Livre *Des obligations*.
- (138) *Ibid.*, article 37.
- (139) Voir, à cet égard, *Rosemont Realty Co. v. Boivin*, (1921) 31 B.R. 40; *Moreau v. Veilleux*, (1923) 35 B.R. 279; *Aubin v. Marceau*, (1932) 70 C.S. 408; *Lepage Automobile Ltée v. Couturier*, [1956] C.S. 80; *Marcel Grenier Automobile Enrg. v. Thauvette*, [1969] C.S. 159.
- (140) Voir J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, no 153 et s., p. 91 et s.; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 7, p. 227 et s.
- (141) Voir l'article 1008 C.C. et, à ce sujet, *Châteauneuf v. Couture*, [1970] C.S. 412; *Renzi v. Azeman*, [1959] C.S. 170; *Gérard v. White*, [1954] C.S. 149; *Larivière v. Morin*, (1931) 37 R.L. 8 (C.S.).
- (142) Voir l'article 37.
- (143) Voir l'article 509 du Livre *Des biens*.
- (144) Voir l'article 54.
- (145) Voir l'article 49.
- (146) Voir *Lepage Automobile Ltée v. Couturier*, [1956] C.S. 80; *Garage Girard v. Hénault*, [1963] C.S. 253; *Demers v. La Cie Hector Meunier Ltée*, (1926) 32 R.L. 222 (C.S.).
- (147) Voir *Charbonneau Auto Ltée v. Therrien*, [1967] R.L. 251 (C. Prov.).
- (148) Voir pour une illustration en jurisprudence, *Ouellet v. Tremblay*, [1957]



- C.S. 351. Voir, également, A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, no 70 et s.
- (149) Voir *Caisse Populaire des Saints Martyrs Canadiens v. Robillard*, [1970] R.L. 354 (C. Prov.); *Caisse Populaire de Lanoraie v. Dalcourt*, [1969] R.L. 182 (C. Prov.).
- (150) Voir H. DE MESTIER DU BOURG, *Réflexions à propos des nouveaux articles 1262 et 1263 C.C. (Bill 10)*, (1971) 2 R.D.U.S. 89.
- (151) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, p. 281; aussi, *Turbide v. Tremblay*, (1927) 65 C.S. 254; *Gaudreault v. Gendron*, [1974] C.A. 33.
- (152) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 146, à la p. 277 et s.
- (153) Voir J.-G. CARDINAL, *L'acte judiciaire du mineur*, (1959) 19 R. du B. 273; voir, aussi, P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 147, à la p. 249 et s.; *Brousseau v. Hamel*, [1968] B.R. 129; voir, pourtant, *Tantalo v. Klaydianos*, [1970] C.S. 331 (C. Prov.).
- (154) Ces opinions divergentes font écho au vif débat qui eut lieu à l'Assemblée Nationale lors de l'adoption de l'article correspondant de la *Loi de la protection de la santé publique*, *Journal des Débats*, 1972, vol. 12, no 74, p. 2635 et s.; voir, également, les travaux de la Conférence des Commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada, (1973) Proceedings, p. 24 et 228, (1974) Proceedings, p. 29 et 116.
- (155) Voir, pour l'état du droit des provinces de Common law, W.F. BOWKER, *Experimentation on Humans and Gift of Tissue: Articles 20-23 of the Civil Code*, (1973) 19 McGill L.J. 163, à la p. 172; voir, également, en Alberta, *An Act to Amend the Infants Act*, S.A. 1973, c. 43.
- (156) Voir P.-A. CREPEAU, *Le consentement du mineur en matière de soins médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien*, (1974) 52 Rev. Bar. can. 247, à la p. 254.
- (157) Voir P.-A. CREPEAU, *loc. cit.*, à la p. 249 et s.
- (158) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille*, O.R.C.C., 1975, XXVII, p. 60 et s.
- (159) Voir A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, no 53, à la p. 66.
- (160) *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220, a. 45.
- (161) *Loi des enfants immigrants*, S.R.Q. 1964, c. 219, a. 9.
- (162) *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, a. 52.
- (163) Voir, notamment, en France, a. 397 C.C.; en Belgique, a. 397 C.C.; en Espagne, a. 199 C.C.; en République fédérale allemande, a. 1777 C.C.; en Grèce, a. 591 C.C. et en Angleterre, *Guardianship of Minors Act*, 1971, s. 4.

- (164) M. LEGARE, *Quelques considérations sur la nouvelle tutelle*, (1976) 78 R. du N. 475.
- (165) Voir le *Report on Family Law*, Part III, Children, Toronto, Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney-General, 1973, p. 118 et s. Actuellement, le droit ontarien n'est pas clair en ce qui concerne le pouvoir des parents de nommer un tuteur testamentaire. Une décision judiciaire a prétendu que ce pouvoir avait été supprimé en 1923 par un amendement à l'*Infants Act*, (*An Act to Amend the Infants Act*, 13 et 14 Geo. V, c. 33, ss 2(2)): *Re Doyle* [1943] O.W.N. 119, (Surr. Ct of the County of Haldimand), tandis qu'une autre a estimé que ce pouvoir existait toujours: *Re McPherson Estate*, [1945] O.W.N. 533 (High Ct).
- (166) Voir, à ce sujet, *Dame D'Ambrosio v. Fusco*, (1929) 35 R.L. 431 (C.S.); *Papista v. Langlois*, [1967] R.P. 13 (C.S.).
- (167) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, p. 308.
- (168) Voir, à cet égard, *Charron v. Brosseau*, [1953] B.R. 762; mais voir *Béland v. Lacasse*, (1924) 62 C.S. 264.
- (169) Voir l'article 37.
- (170) Voir P. CIOTOLA, *Démission volontaire du tuteur - Validité*, (1974) 76 R. du N. 301; voir, également, *Ozenc v. MacLeod*, [1973] C.S. 701.
- (171) Voir, en ce sens, L.P. SIROIS, *Tutelle et curatelle*, Québec, Imprimeries de l'action sociale, 1911, p. 13; *Lacasse v. Hardy*, (1908) 34 C.S. 247.
- (172) Voir les articles 63 et 64.
- (173) Voir *Re Hector Proulx*, [1953] C.S. 224.
- (174) Voir L.P. SIROIS, *op. cit.*, p. 127.
- (175) Voir l'article 7.
- (176) Voir, à ce sujet, *Lebourdais v. Boisvert*, [1974] C.S. 10.
- (177) Voir l'article 352 du Livre *Des obligations*.
- (178) Voir, à ce sujet, *Gilbert v. Gilbert*, [1942] C.S. 193; *Savoie v. Pomerleau*, (1935) 73 C.S. 403.
- (179) Voir l'article 574 et s. du Livre *Des biens*.
- (180) Voir l'article 168.
- (181) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, p. 287; P. CIOTOLA, *Démission volontaire du tuteur - Validité*, (1974) 76 R. du N. 301; *Ozenc v. MacLeod Junior*, [1973] C.S. 701.
- (182) Voir la *Loi modifiant la Loi de la curatelle publique et la Loi de la protection du malade mental*, L.Q. 1974, c. 71, a. 13.
- (183) *Ibid.*
- (184) Voir l'article 512 du Livre *Des biens*.

- (185) *Ibid.*, a. 522.
- (186) Voir le Livre *Des biens*, a. 582.
- (187) *Ibid.*, a. 558 et s.
- (188) *Ibid.*, a. 556.
- (189) Voir, en France, a. 389 C.C.; en République fédérale allemande, a. 1626 C.C.; en Espagne, a. 159 C.C.
- (190) Voir *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, à la p. 292.
- (191) Voir l'article 42 du Livre *De la famille*.
- (192) Voir l'article 43 du Livre *De la famille*.
- (193) Voir l'article 221 et s.
- (194) Voir l'article 566 du Livre *Des biens*.
- (195) Voir l'article 270 du Livre *Des successions*.
- (196) Voir J. PINEAU, *op. cit.*, no 290; *Dupré v. Papillon*, (1936-37) 40 R.P. 321 (C.S.); *Thibodeau v. Dufort*, [1956] R.L. 376 (C.S.); *Yelle v. Crevier*, [1962] B.R. 654.
- (197) Voir *Taller v. Kwechansky*, [1964] R.P. 99 (C.S.).
- (198) Voir *Charron v. Montreuil*, (1936-37) 40 R.P. 297 (C.S.).
- (199) Voir *Chatelle v. Chatelle*, (1912) 21 B.R. 158.
- (200) Voir l'article 499 du Livre *Des biens*.
- (201) Voir l'article 24.
- (202) Voir, à ce sujet, *Leduc v. Frères de la Charité*, (1910) 11 R.P. 138 (C.S.); *Morel v. Brown*, [1960] C.S. 100; *Delorme v. Tétrault*, (1923) 61 C.S. 454; *Bouchard v. Bastien*, (1910) 19 C.S. 507.
- (203) Voir J. PINEAU, *op. cit.*, no 300, à la p. 240; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 283; G. TRUDEL, in *Traité de droit civil du Québec*, 1942, t. 2, p. 402; L.P. SIROIS, *op. cit.*, no 533; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, *op. cit.*, no 195, à la p. III; voir, cependant, *Aubé v. Forget et Lupien*, [1967] C.S. 412.
- (204) Voir *Dubois v. Lussier*, [1949] R.L. 388 (B.R.); voir, aussi, en Cour suprême, (sub nom. *Rosconi v. Dubois*), [1951] S.C.R. 554, notes de M. le juge Taschereau, à la p. 573.
- (205) Voir *Warren v. Béland*, [1964] C.S. 129.
- (206) J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, no 196, à la p. 112.
- (207) Voir, à ce sujet, *Grégoire v. Heppel*, [1951] B.R. 229.

- (208) Mod. par la *Loi modifiant la Loi de la Curatelle publique et la Loi de la protection du malade mental*, L.Q. 1974, c. 71.
- (209) Cet article remplace l'ancien article 2593a C.C., par suite de l'adoption de la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70.
- (210) Voir *Savard v. Metropolitan Life Insurance*, [1971] C.S. 631.
- (211) Voir *Owad v. Poliskewycz*, [1967] C.S. 234.
- (212) Voir l'article 4(1); voir, aussi, l'article 241 du Livre *De la famille*.
- (213) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *op. cit.*, no 56, p. 77.
- (214) Il est intéressant de noter que la Loi de l'Alberta est en ce sens, *Family Relief Act*, R.S.A. 1970, c. 134, s. 3.
- (215) Voir G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 336.
- (216) Voir, par exemple, *Répertoire de droit civil*, 2e éd., Paris, Dalloz, mise à jour 1973, *Vo Absence*, no 181.
- (217) Voir l'article 349 du Livre *Des successions*.
- (218) Au Manitoba le *Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30, s. 110 (1); en Saskatchewan l'*Infants Act*, R.S.S. 1965, c. 342, s. 27; en Ontario l'*Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, s. 17. En Alberta, il semble que le *Public Trustee* administre tous les biens lui-même: *Public Trustee Act*, R.S.A. 1970, c. 301, s. 7.
- (219) Voir l'article 343 du Livre *Des successions*.
- (220) Voir l'article 517 du Livre *Des biens*.
- (221) Voir, à ce sujet, *Bessette v. Pelletier*, [1957] C.S. 13.
- (222) Voir l'article 587 du Livre *Des biens*.
- (223) *Ibid.*, a. 590, voir a. 310 C.C.
- (224) L'obligation d'envoyer au Curateur public une copie de la reddition de compte a été introduite dans l'article 31 par la *Loi modifiant la Loi de la Curatelle publique et la Loi de la protection du malade mental*, L.Q. 1974, c. 71, a. 12.
- (225) Voir l'article 592 du Livre *Des biens*.
- (226) Mod. par L.Q. 1974, c. 71, a. 13.
- (227) S.R.Q. 1964, c. 272.
- (228) Voir aussi la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1975, c. 33, a. 10(5) et (6).
- (229) Voir l'article 509 du Livre *Des biens*.
- (230) Voir la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, a. 16(2)-(3) et 18.

- (231) L.Q. 1964, c. 287.
- (232) S.R.Q. 1964, c. 276.
- (233) S.R.Q. 1964, c. 271.
- (234) Voir l'article 97(1); voir, aussi, les articles 359, 360 et 361 C.C.
- (235) Voir l'article 291 et l'arrêt *Royal British Bank v. Turquand*, (1856) 119 E.R. 886.
- (236) *Company Law Reform* (1962) , *Jenkins Report*, Cmnd 1749, 1962, par. 85(d).
- (237) Voir, aussi, *Company Law Reform*, *op. cit.*, par. 85 (b) et (c); *Company Law Reform*, (Dep't of Trade & Industry, 1973, Cmnd 5391), p. 14, nos 36-37.
- (238) (1975) 5 N.R. 271.
- (239) S.R.Q. 1964, c. 1.
- (240) Voir, notamment, *Cité de Montréal v. Plante*, (1923) 34 B.R. 137; *Hébert v. Cité de Thetford-Mines*, [1932] S.C.R. 424; *Roy v. City of Thetford-Mines*, [1954] S.C.R. 395; *Cie Tricot Somerset Inc. v. La Corporation du village de Plessisville*, [1957] B.R. 797. Voir, aussi, L. GIROUX, *Municipal Liability for Police Torts in the Province of Quebec*, (1970) II C. de D. 407.



# **LIVRE DEUXIÈME**

## **DE LA FAMILLE**





## INTRODUCTION

Les institutions familiales du Québec, telles qu'elles furent insérées dans le Code civil de 1866, remontaient en fait à plusieurs siècles. Elles traduisaient une certaine conception de la société conjugale fondée sur la légitimité du lien matrimonial, sur la puissance maritale, sur la dépendance et la soumission de l'épouse et sur la puissance paternelle.

Depuis le début de ce siècle, les bouleversements sociaux provoqués par l'accélération des progrès scientifiques et de l'urbanisation, ont entraîné une profonde transformation de la cellule familiale. Le principal changement est sans doute l'évolution de la famille, au sens large, comprenant la parenté, vers la famille dite nucléaire comprenant le père, la mère et les enfants (1). L'effritement progressif de la conception patriarcale de la famille se traduit par l'émancipation de la femme mariée et l'affranchissement des enfants à l'égard de l'autorité du chef de famille (2).

Cette évolution ne se fait d'ailleurs pas sans heurts (3). Néanmoins, l'institution, dans ses étapes diverses, garde toute son importance: «Les observateurs ont déjà parlé de la dissolution de la famille. Nous admettons maintenant que la famille ne disparaît pas; en fait, elle change, s'adapte et se façonne de nouveaux cadres, mais toujours elle conserve les fonctions essentielles d'intégrer ses membres dans la société, de socialiser les enfants et de stabiliser les relations entre l'homme et la femme» (4).

Il fallut attendre les années soixante pour voir s'amorcer, au Québec, une réforme complète du droit familial. Et certaines parties de cette réforme sont d'ailleurs déjà entrées en vigueur; ainsi l'énonciation, en 1964 (5), du principe de la pleine capacité de la femme mariée; l'instauration, en 1969 (6), d'une célébration civile du mariage, et, la même année (7), l'importante réforme concernant les régimes matrimoniaux; l'octroi, en 1970 (8), de certains droits aux enfants et aux parents naturels et, en 1971 (9), l'abaissement de l'âge de la majorité et la légitimation des enfants adultérins par le mariage subséquent de leurs parents.

Ces réformes partielles se situent dans un ensemble, plus vaste, de travaux au sein de l'Office de révision du Code civil (10), en vue de doter le Québec d'un droit familial moderne.

Deux importantes caractéristiques sont à signaler dès l'abord.

Premièrement, les propositions font abstraction du problème constitutionnel. Celui-ci résulte d'une situation de fait assez complexe. D'une part, en effet, la plupart des matières relatives au droit familial furent insérées, dans le Code civil de 1866, un an avant la promulgation de l'Acte

de l'Amérique du nord britannique (11). D'autre part, la Constitution de 1867 prévoyait, en la matière, un partage des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Ainsi, aux termes de l'article 91 paragraphe 26 de l'A.A.n.b., le mariage et le divorce furent attribués à l'autorité centrale, alors que, selon l'article 92, la célébration du mariage (par. 12) et la propriété et les droits civils (par. 13) demeuraient sous l'autorité provinciale. De plus, en vertu de l'article 129 de l'A.A.n.b., les lois existantes en 1867 demeuraient en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par l'autorité désormais compétente.

Aussi, le Code civil comporte-t-il aujourd'hui des dispositions qui ressortissent nettement à la compétence fédérale, tandis que d'autres relèvent incontestablement de l'autorité provinciale.

D'autres même, telle la séparation de corps, occupent une place mal définie (12).

Certaines matières, enfin, posent un problème de compétence législative particulier selon qu'elles sont envisagées de façon autonome ou comme mesures accessoires greffées à une demande de divorce. Il en est ainsi des questions relatives à la garde des enfants, à la pension alimentaire et même selon certains, à la liquidation des relations pécuniaires des époux (13).

La matière est donc fort complexe et même les spécialistes du droit constitutionnel ne sont pas tous du même avis (14).

Quoi qu'il en soit, on ne peut concevoir une véritable réforme du droit familial sans se faire une idée globale de la matière et sans en coordonner toutes les composantes. Il convenait donc de présenter un Projet complet donnant une vue d'ensemble de ce que pourrait être le droit de la famille de l'avenir.

Deuxièmement, une réforme qui touche d'aussi près aux réalités de la vie quotidienne influencée par les convictions profondes de chacun peut difficilement rallier tous les suffrages. C'est pourquoi les commentaires des articles font état des controverses soulevées par certaines propositions, tant au sein de l'Office (15) que parmi les personnes et les organismes qui les ont commentées. L'Office a, en effet, reçu des opinions aussi nombreuses que diverses. Le Projet a été révisé à la lumière des avis reçus.

Comme le droit familial, peut-être plus que tout autre, se doit d'être le reflet des réalités quotidiennes, l'Office de révision du Code civil, en plus des nombreuses recherches en droit québécois et comparé qu'il a fait effectuer, a fait procéder à certaines recherches sociologiques, notamment sur les problèmes économiques, moraux, familiaux et sociaux auxquels

doivent faire face les couples séparés (16). Ces recherches ont bénéficié d'une subvention de l'Institut Vanier de la famille et du Ministère des Affaires sociales du Québec.

Divers spécialistes des problèmes matrimoniaux, de la filiation (17), de l'adoption (18), des psychiatres, des travailleurs sociaux (19) ont également été consultés.

Le Projet est fondé sur le principe de l'égalité juridique des époux, qui avait déjà inspiré, en 1964, le projet sur la capacité de la femme mariée (20) et qui a été proclamé dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (21). C'est la base des rapports entre époux. Loin de nuire à la cohésion familiale, une telle égalité tend à la renforcer en exigeant une pleine collaboration des époux dans la direction morale et matérielle de la famille. Elle suppose évidemment une redéfinition des rôles non seulement dans la famille, mais dans la société (22).

Cette collégialité entraîne inévitablement le recours à un arbitre toutes les fois que les époux ou les parents ne peuvent s'entendre sur les décisions à prendre. Certains ont reproché au Projet de vouloir créer ainsi un ménage à trois où le juge détiendrait le pouvoir de décision (23). Si l'on peut voir une restriction de l'autonomie du couple dans le fait de confier au juge le soin de trancher les différends entre époux, plutôt que de donner à l'un des époux une prééminence sur l'autre, les inconvénients d'une telle situation sont largement compensés par l'avantage de créer une société conjugale où les deux partenaires sont également responsables de l'harmonie et de la stabilité de la famille qu'ils ont créée.

Il n'y a, d'ailleurs, pas lieu de s'alarmer outre mesure de l'ingérence du juge dans les affaires familiales car le Projet a été conçu dans l'optique d'une réforme parallèle de l'administration de la justice familiale par la création d'un tribunal de la famille (24), doté de services complémentaires spécialisés. Et l'on peut espérer qu'un tel tribunal puisse favoriser, dans les meilleures conditions, le règlement des différends conjugaux, soit par le recours à la conciliation, soit par des décisions judiciaires mieux éclairées sur le caractère particulier des conflits. L'établissement de ce tribunal n'est pas une condition *sine qua non* de la mise en vigueur du projet de réforme du droit familial, mais il devrait en assurer une meilleure application. Le Projet prévoit, d'ailleurs, la conciliation entre les époux dans tous les domaines où elle s'avère possible.

Deux autres principes importants sont également à la base du Projet: l'abolition de toute discrimination entre enfants légitimes et naturels (25) et la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent (26).

Enfin, on s'est soucié de créer des procédures qui pourraient efficacement mettre en pratique les politiques proposées.

En plus de reconnaître ces grandes lignes de force (l'intérêt des enfants, l'égalité des époux et des parents, la conciliation) le Projet a voulu adapter les institutions familiales aux réalités de la famille québécoise moderne et, au besoin, les simplifier.

Ainsi, au titre premier, après avoir clarifié quelques problèmes sur la valeur juridique des promesses de mariage, dans le chapitre premier, le Projet a voulu simplifier les conditions requises pour contracter mariage (chapitre II). Deux réformes importantes sont à signaler dans ce domaine: tout d'abord la fixation, à dix-huit ans, de l'âge minimum pour contracter mariage (27), réforme proposée à la lumière du droit comparé et justifiée notamment par les échecs trop fréquents (28) des mariages précoces; ensuite, la réduction des prohibitions de mariage à quelques empêchements graves, principalement ceux d'ordre biologique.

La procédure d'opposition au mariage a été à la fois élargie et simplifiée.

Le chapitre IV, consacré à la célébration du mariage, veut adapter les formalités de célébration aux exigences du système moderne d'actes de l'état civil proposé au Projet (29). Les éléments de base, tels le caractère public de la cérémonie et les conditions de compétence du célébrant, demeureront ce qu'ils sont aujourd'hui. La publication des bans, jugée inefficace, serait néanmoins supprimée. La vérification de la capacité des époux à contracter mariage est renforcée afin de limiter le plus possible le nombre des mariages invalides.

Le chapitre consacré aux nullités de mariage a voulu accorder le régime de celles-ci à celui des empêchements au mariage en prenant soin de préciser, dans chaque cas, le caractère de nullité absolue ou de nullité relative. De plus, répondant au vœu général, on veut éviter aux enfants les conséquences fâcheuses de la nullité du mariage et clarifier les conséquences de la nullité quant au régime matrimonial et aux donations entre époux.

Les effets du mariage sont présentés comme un ensemble comprenant trois grands volets: les droits et devoirs respectifs des époux, la protection de la résidence familiale et les régimes matrimoniaux (30).

Les droits et devoirs des époux s'inspirent fortement des articles 173 et suivants du Code civil qui avaient déjà subi des modifications lors de l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* (31) et de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux* (32). On a voulu expliciter les

articles existants et consacrer l'égalité des époux là où elle n'était pas totale, notamment dans le choix de la résidence de la famille, encore actuellement réservé au mari (a. 175 C.C.), et dans l'obligation aux charges du ménage qui pèse encore de façon prédominante sur le mari (a. 176 C.C.).

L'obligation de contribuer aux charges du ménage a été étendue à l'union de fait. Il a semblé que le Code civil devrait, à l'exemple du droit social (33), tenir compte des réalités. L'union de fait, pour être plus fragile, n'en est pas moins, souvent, aussi stable que le mariage. Il a donc paru souhaitable d'offrir des solutions aux problèmes juridiques qu'elle entraîne infailliblement et de réglementer les droits et devoirs des époux de fait vis-à-vis des tiers et, dans une certaine mesure, vis-à-vis l'un de l'autre.

L'introduction de l'union de fait dans le Code civil a fait l'objet de commentaires aussi nombreux que divers. La majorité d'entre eux sont favorables à une certaine réglementation des effets de l'union de fait. L'étendue de cette réglementation, par contre, est l'objet d'une vive controverse. Alors que certains se prononcent en faveur de la valorisation de l'engagement personnel, d'autres voudraient éviter toute institutionnalisation de l'union de fait pour se borner à régler quelques problèmes spécifiques. Ces derniers ont exprimé la crainte que le vocabulaire employé par le Projet: «époux de fait» au lieu de «concubins» «union de fait» au lieu de «concubinage» ne se prête à la perception de l'union de fait comme une institution reconnue par le droit civil.

Après examen de ces commentaires, il a paru opportun de conserver une réglementation minimum des effets de l'union de fait, notamment la contribution aux charges du ménage ou la présomption de paternité de l'époux de fait.

Il a aussi semblé opportun d'enlever du Code la prohibition de se faire des donations au-delà des aliments. Cette prohibition paraît exorbitante lorsque le donateur n'a pas de conjoint légitime et la disposition qui déclare contraires à l'ordre public les contrats ayant pour but de créer ou de perpétuer une union de fait suffit amplement. Lorsque le donateur a un conjoint légitime, celui-ci, tout comme les autres créanciers alimentaires, peut exercer l'action paulienne pour faire annuler la donation (34).

Par ailleurs, il a paru impossible de limiter la définition de l'union de fait aux personnes ayant la possibilité de se marier. Mais il a paru indispensable que l'union ait un caractère de continuité et une certaine stabilité. Certaines lois, notamment celles qui prévoient l'octroi d'une

pension, exigent une durée de sept ans (35). L'on n'a pas cru souhaitable d'exiger une durée fixe qui serait nécessairement arbitraire.

Finalement l'expression «union de fait» a été maintenue. Elle semble être couramment employée et n'a pas le caractère exagérément péjoratif de «concubinage».

En ce qui concerne la gestion du patrimoine familial, il a paru pratique de permettre à un époux d'obtenir un mandat judiciaire pour administrer les biens de son conjoint, chaque fois que celui-ci en est empêché. Une telle procédure n'existe pas à l'heure actuelle.

Un projet concernant la protection de la résidence principale de la famille, soumis à M. le Ministre de la Justice en 1971 (36), vient s'insérer dans le chapitre relatif aux effets du mariage. Il tend essentiellement à faire échec au droit d'un époux de disposer, contrairement aux intérêts de la famille, de l'immeuble servant de résidence principale à cette dernière ou de son droit au bail, ou encore d'enlever du domicile conjugal les meubles meublants dont il a la propriété.

La technique préconisée n'est pas entièrement nouvelle puisque, dans le droit actuel, l'article 1292 du Code civil interdit au mari commun en biens, de vendre, aliéner ou hypothéquer, sans le concours de sa femme, les immeubles de la communauté et les meubles meublants affectés à l'usage du ménage. Une disposition similaire prohibe l'aliénation par la femme, sans le concours de son mari, des immeubles et des meubles meublants affectés à l'usage du ménage et qui sont biens réservés (a. 1425a C.C.).

Le Projet étend à tous les régimes matrimoniaux la protection déjà accordée en communauté de biens. Toutefois, il ne vise que les meubles meublants affectés à l'usage du ménage et l'immeuble servant de résidence principale de la famille. Dans le but de porter à la connaissance des tiers d'une façon efficace et certaine le fait qu'un immeuble sert de résidence familiale, l'on exige l'enregistrement d'une déclaration de résidence contre cet immeuble.

Toutes les dispositions du chapitre consacré aux effets du mariage devraient être d'ordre public pour constituer un véritable «régime primaire» régissant tous les époux. Néanmoins, il a paru souhaitable de faire une exception en ce qui concerne la contribution aux charges du ménage afin de permettre aux époux de la régler par leurs conventions matrimoniales.

Le chapitre VIII consacré aux régimes matrimoniaux a un double objectif:

1. reprendre, quelques années après leur entrée en vigueur, les articles

sur la société d'acquêts qui auraient pu donner lieu à certaines difficultés d'interprétation;

2. refléter, dans l'ensemble des dispositions du Code civil sur les régimes matrimoniaux, le principe d'égalité entre les époux.

Tout d'abord le Projet tend à clarifier certaines dispositions relatives à la qualification des biens des époux mariés sous le régime de la société d'acquêts. Les achats à tempérament, les produits des polices d'assurance (37) et les pensions de retraite, ainsi que les droits de propriété intellectuelle ont notamment donné lieu à des difficultés qui ont été relevées par la doctrine et qui sont mentionnées dans les commentaires des projets d'articles.

De même, on s'est interrogé sur l'opportunité de maintenir l'article 1266h C.C. qui fait du produit d'une pension alimentaire un acquêt (38); cependant, en l'absence de tout litige sur cette question, il a semblé préférable de laisser le texte tel qu'il est rédigé actuellement.

On a également précisé à quel moment le régime matrimonial modifié entrerait en vigueur (39).

La plus importante modification porte sur la technique des récompenses dans la société d'acquêts qui a été transformée afin de la rendre plus favorable aux acquêts en pratique.

La réforme essentielle du régime de communauté de biens consiste à le mettre en harmonie avec le principe de l'égalité des époux.

A l'heure actuelle, ce régime confère aux deux époux des rôles différents qu'ils ne sont pas libres de déterminer eux-mêmes. D'une part, le mari est nécessairement l'administrateur de la communauté et il doit demander le consentement de la femme lorsqu'il s'agit de certains actes (a. 1292 C.C.); d'autre part, la femme peut renoncer à la communauté (a. 1388 et suivants C.C.) suivant certaines modalités et gère les produits de son travail (a. 1425a et suivants C.C.).

Deux options fondamentales ont été considérées.

La première possibilité consiste à faire de la communauté une société administrée en même temps par les époux. Ainsi les actes d'administration faits par l'un des associés auraient obligé l'autre, tandis que pour les actes d'aliénation, la participation des deux associés aurait été nécessaire.

La deuxième possibilité consiste à permettre aux époux de choisir, au début du régime, l'administrateur des biens communs en l'indiquant dans le contrat, le changement d'administrateur pouvant se faire en cours de

régime à la condition de respecter les prescriptions propres au changement conventionnel de régime après le mariage. Dans cette hypothèse, l'administrateur rendrait compte sur demande et le conjoint ne pourrait pas renoncer à la communauté. Cette formule entraînerait également la suppression des biens réservés.

Ces deux solutions présentent des désavantages. L'administration conjointe semble peu adaptée aux besoins de la vie courante. Par contre, la deuxième formule protège mal le conjoint de l'administrateur contre une éventuelle mauvaise administration. Son seul recours est de s'adresser au tribunal pour demander la séparation judiciaire des biens et une telle demande risque de mettre le mariage lui-même en péril.

Après longue réflexion, il a finalement été décidé d'adopter la possibilité de choisir l'administrateur de la communauté, mais de conserver au conjoint de l'administrateur la faculté de renoncer à la communauté et d'accumuler des biens réservés.

Cette solution ne donne pas aux deux époux un rôle identique. Néanmoins, elle paraît la plus équitable pour un régime qui n'est que conventionnel et que les époux peuvent, de plus, adapter, à leur convenance, dans les limites de l'article 69 du Livre *De la famille*.

En raison de cette modification fondamentale dans l'administration du régime, bon nombre d'articles du Code ont dû être modifiés en remplaçant «la femme» par «le conjoint de l'administrateur».

Pour le reste, les modifications apportées aux articles sur la communauté de biens ont pour but de la simplifier et de régler des problèmes d'interprétation ou de terminologie.

Finalement, les propositions du Livre *Des successions* d'abolir la règle de l'article 624c du Code civil et d'accroître la part du conjoint survivant ont rendu l'institution de l'usufruit du conjoint survivant inutile.

Certaines dispositions transitoires qui se trouvent actuellement dans le Code civil ont également été enlevées du Projet. Elles sont mentionnées dans l'une des annexes.

Une dernière remarque s'impose: le chapitre VIII fait partie de l'ensemble de la réforme du droit familial et certaines des modifications au droit actuel qu'il propose ne sont que des conséquences de la refonte des chapitres du Code civil relatifs aux obligations qui naissent du mariage et aux droits et devoirs respectifs des époux. Ainsi, les articles 1262, 1263, 1341, 1434 et 1435 se référant à la minorité, à la tutelle et à la



curatelle ont été modifiés ou même enlevés suite aux réformes proposées dans le Projet.

Un long chapitre est consacré au relâchement et à la dissolution du lien matrimonial. Il a paru opportun de traiter ensemble de la séparation de corps et du divorce, d'autant plus que les mesures accessoires à ces deux institutions et leurs effets sont déjà réunis dans le Code civil. D'autre part, il n'a pas semblé nécessaire de prévoir, pour la séparation de corps, des causes différentes de celles du divorce, étant donné qu'il s'agissait, dans les deux cas, moins d'une sanction appliquée à un époux coupable que d'un remède à apporter à une situation matrimoniale devenue intolérable.

Malgré la présence de traits communs entre les deux institutions, on a cru devoir conserver la séparation de corps qui ne rompt pas le lien matrimonial et offre ainsi une solution mieux adaptée aux personnes qui ont encore un espoir de réconciliation ou qui, pour des raisons religieuses ou morales, ne désirent pas recourir au divorce.

On s'est également demandé s'il y avait lieu de prévoir, comme dans le droit français (40), la conversion automatique de la séparation en divorce à la demande d'un des époux. Les avantages de cette faculté n'ayant pas paru suffisants, elle n'a pas été retenue.

Les résultats des recherches sociologiques entreprises sous la direction de l'Office de révision du Code civil (41) ont conduit à se prononcer en faveur de la théorie du divorce-remède. On en est venu à la conclusion qu'il était nécessaire surtout de donner une grande discrétion au tribunal et de pourvoir celui-ci de tous les moyens possibles pour favoriser la solution des problèmes auxquels doivent faire face les époux en instance de séparation de corps ou de divorce (42). «Il n'y a pas de loi du divorce idéale, mais on peut obtenir des progrès dans les relations humaines et conjugales si l'on a le souci pragmatique des conséquences et si l'accent porte sur l'aspect problème-solution plutôt que sur l'évaluation des responsabilités» (43).

Dans cet esprit, il a paru indispensable de donner, dans une certaine mesure, droit de cité aux accords entre époux à l'occasion d'une séparation de fait. Les articles 237 et suivants précisent dans quelles conditions de tels accords peuvent être valides.

Les causes de divorce et de séparation de corps ont été grandement simplifiées (a. 240 et s.). On s'est interrogé sur l'opportunité de prévoir le divorce par consentement mutuel et il a été décidé, après réflexion, d'assortir, sous contrôle judiciaire, ce consentement d'un délai de séparation d'un an.

Les mesures provisoires et accessoires n'ont fait l'objet que d'améliorations de détail. Un changement profond a, toutefois, été apporté aux effets du divorce et de la séparation de corps sur les donations entre époux. On a considéré qu'il était injuste de permettre au tribunal de priver un époux des donations entre vifs contenues à son contrat de mariage (a. 208 C.C.). Celles-ci, le plus souvent, apparaissent dans le régime de séparation de biens et servent de contrepartie à la renonciation par le donataire à un régime susceptible de l'avantager au moment de la liquidation, telle la communauté ou la société d'acquêts. Or, le tribunal ne peut priver un époux de sa part de communauté ou des acquêts de son conjoint, quelles que soient les circonstances du divorce ou de la séparation.

Finalement, certaines dispositions de la *Loi sur le divorce* n'ont pas été reproduites, soit parce qu'elles sont appelées à figurer ailleurs dans le Projet de Code civil, soit parce qu'elles ne peuvent être transposées telles quelles dans le droit provincial. Il en est ainsi des articles 14 et 15, par exemple, concernant la force exécutoire dans tout le Canada des divorces et des ordonnances provisoires et accessoires. De telles mesures pourraient demeurer dans une loi fédérale ou encore faire l'objet d'accords d'exécution réciproque avec les autres provinces afin de faciliter, dans toute la mesure du possible, la reconnaissance et l'exécution des jugements en divorce et des ordonnances provisoires et accessoires dans tout le Canada.

Le titre consacré à la filiation représente le terme d'une longue évolution vers la reconnaissance de droits égaux à tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance (44). La réforme proposée veut consacrer ce principe qui semble aujourd'hui admis.

Un premier chapitre traite de l'établissement du lien de filiation, tant paternelle que maternelle, du désaveu et de la preuve de la filiation. Il a paru souhaitable, dans un second chapitre, d'introduire au Code civil les dispositions régissant la filiation adoptive.

Considérant qu'il est injuste de faire peser sur l'enfant les conséquences d'une naissance hors mariage, on a éliminé, dans toute la mesure du possible, les distinctions faites dans le droit actuel entre enfant légitime, légitimé, naturel simple, adultérin ou incestueux.

En ce qui concerne l'établissement du lien de filiation, le Projet maintient, afin de faciliter la preuve de la filiation paternelle, la présomption que l'enfant né d'une femme mariée a pour père le mari de sa mère. Il propose, d'autre part, que la naissance, et non la conception, pendant le mariage soit le point de départ de cette présomption (45).

Une présomption de paternité analogue s'appliquerait, dans l'union de fait, à l'homme qui vit avec la mère au moment de la naissance.

La présomption de paternité étant nécessairement arbitraire, il a semblé qu'elle pouvait se rattacher soit à une présomption biologique, soit à une présomption psychologique. En effet, ne peut-on raisonnablement prétendre que l'homme qui épouse une femme enceinte ou qui commence à vivre avec elle est le père de l'enfant ou que, du moins, il accepte, s'il n'en est pas le père, de le traiter comme son enfant. En conséquence, la présomption de paternité s'appliquerait autant pour l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage ou le début de l'union de fait qu'à celui qui naîtrait après ce délai.

Le Projet prévoit également un assouplissement des règles du désaveu et la possibilité pour la mère de contester la paternité de son mari ou de son époux de fait. Il tient compte également de l'incidence de l'insémination artificielle sur ces différentes règles.

L'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage est facilité puisque, comme c'est le cas actuellement pour l'enfant légitime, la filiation de l'enfant naturel se prouverait par l'indication du nom de son père et de sa mère à l'acte de naissance ou résulterait, à défaut d'acte de naissance, de la possession constante d'état.

Sur le plan des effets de la filiation, le Projet poursuit la réforme amorcée en 1969 par la *Loi de l'adoption* (46) qui prévoit que l'adopté devient, à tous égards et à l'égard de tous, l'enfant légitime de l'adoptant, en accordant à tout enfant dont la filiation est établie la plénitude des droits reconnus uniquement, dans le droit actuel, à l'enfant légitime ou adoptif.

L'adoption, cette autre forme de filiation, trouve tout naturellement sa place dans le Code civil, comme c'est le cas dans les autres pays de droit civil (47).

La loi actuelle, qui avait déjà fait l'objet d'une révision inspirée d'un projet de l'Office de révision du Code civil, a fait l'objet d'une refonte. Certaines de ses dispositions, de l'avis des professionnels des centres de services sociaux chargés d'administrer la loi - autrefois sociétés d'adoption - sont la source de problèmes pratiques que le Projet s'est efforcé de résoudre dans le souci constant d'assurer un équilibre délicat entre l'intérêt de l'enfant, celui de sa famille d'origine et celui des parents adoptifs.

Il propose ainsi que l'adoption puisse avoir lieu du simple consentement des parents. Cette innovation épargnerait à l'enfant, dont les parents ne peuvent plus ou ne veulent plus s'occuper, la période d'abandon de fait prévue par la loi actuelle, c'est-à-dire un an pour l'enfant légitime, six mois pour l'enfant naturel. Un délai de rétractation du consentement, suivi d'un délai de demande de restitution judiciaire, permettrait de

sauvegarder l'intérêt des parents par le sang, tout en réduisant la période pendant laquelle les parents adoptifs sont à la merci d'un changement de sentiment de la part des premiers. Cette proposition tend à éviter le plus possible les conflits douloureux qui se produisent parfois à l'heure actuelle (48).

Les conditions relatives aux adoptants et à l'adopté sont quelque peu assouplies, compte tenu du fait que toute adoption ne peut se faire que dans l'intérêt de l'enfant, lequel est déterminé par le tribunal conformément au titre *De la personnalité juridique* (49). En particulier, les conditions d'identité de religion entre les adoptants et l'adopté et d'identité de sexe dans le cas de l'adoption par une seule personne ont été supprimées, puisque la religion et le sexe sont deux des multiples critères dont le juge tient compte pour évaluer l'intérêt de l'enfant. On s'est ensuite attaché à éliminer le plus possible les cas d'«abandon tacite» assez nombreux en pratique. Il s'agit d'enfants qui ne peuvent faire l'objet d'une adoption, car leurs parents n'ont pas manifesté l'intention de les abandonner, bien que, dans les faits, ils ne s'en occupent plus. Une déclaration judiciaire d'adoptabilité demandée par le centre de services sociaux ou la personne qui a la charge de l'enfant pourrait mettre fin à cet état d'incertitude.

Il a paru également nécessaire de régler les effets de l'adoption dans les cas assez fréquents où elle est le fait du nouveau conjoint du père ou de la mère de l'enfant. Il a semblé que, dans certains cas, il était légitime de conserver les droits de visite du conjoint divorcé et les droits successoraux de l'enfant dans sa famille d'origine.

Finalement, on a essayé de simplifier et de clarifier la procédure d'adoption. Une modification importante, l'institution du droit d'appel, y a été introduite.

Il a paru souhaitable de rassembler les règles concernant l'obligation alimentaire actuellement éparses dans le Code civil pour les mettre dans un titre spécial.

En effet, la présence de telles règles, au chapitre *Des effets du mariage*, s'explique mal étant donné que l'obligation alimentaire résultant du mariage est loin d'être la seule. Il existe aussi une obligation alimentaire entre parents et enfants naturels et il a semblé opportun de créer une obligation alimentaire limitée entre époux de fait.

L'obligation alimentaire a été adaptée au changement profond de la famille et des lois sociales. Il a paru impossible de ne pas tenir compte du fait que l'Etat se charge d'orienter la répartition des revenus d'une façon beaucoup plus efficace et complète qu'il ne le faisait au siècle dernier. Par

conséquent, on a jugé opportun de réduire le cercle des créanciers d'aliments. Ce cercle est limité aux parents et enfants en ligne directe, aux époux, aux ex-époux divorcés ou dont le mariage a fait l'objet d'une annulation si le tribunal en décide ainsi et, de façon plus limitée, aux époux de fait.

Le titre *De l'autorité parentale* transforme entièrement la pensée directrice du chapitre actuel du Code consacré à la puissance paternelle qui semble n'attribuer aux parents que des droits et à l'enfant que des devoirs. L'esprit des modifications suggérées s'inspire de la *Déclaration des droits de l'enfant*, adoptée par les Nations Unies (50).

Tout ce titre doit se lire à la lumière de l'article 24 du Livre *Des personnes* qui prévoit que «tout enfant a droit à l'affection et à la sécurité que ses parents ou ceux qui en tiennent lieu sont en état de lui donner, en vue d'assurer le plein épanouissement de sa personnalité.»

La puissance paternelle fait place à l'autorité parentale. Cette transformation qui reflète d'ailleurs l'évolution du droit actuel (51) est une conséquence du principe d'égalité des époux reconnu dans le Projet et consacré dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (52). Les droits que les parents se partagent en pleine égalité ne leur sont donnés que pour assurer l'exécution de leurs devoirs. Il s'agit là d'une conception renouvelée de l'autorité et non de son affaiblissement.

Ainsi que l'écrivait le Doyen Ph. Garigue:

«La nécessité de maintenir une relation entre les générations est l'argument principal pour établir des règlements ou des législations qui maintiennent la relation parentale et la valorisent» (53).

Si les parents en abusaient, l'autorité parentale pourrait leur être retirée en tout ou en partie. Le Projet a, en effet, organisé une déchéance de l'autorité parentale ou un retrait de certains des droits qu'elle comporte. Il introduit ainsi, dans le Code civil, la solution ébauchée dans le droit statutaire, notamment dans la *Loi de la protection de la jeunesse* (54).

On a également examiné la possibilité de faire bénéficier les parents et, par conséquent, les frères et soeurs de l'enfant, de l'usufruit des biens de l'enfant, comme c'est le cas dans un certain nombre de législations étrangères (55).

Certains estiment que la solidarité familiale milite en faveur d'un tel usufruit et que, en pratique, on a tendance à considérer normal que l'usufruit des biens d'un enfant profite à sa famille. De plus, l'article 1426 C.C. prévoit déjà un usufruit légal, en faveur du conjoint survivant, sur les

biens qui reviennent aux enfants par suite de la dissolution de la communauté de biens ou de la société d'acquêts.

D'autres ont émis les plus grandes réserves au sujet d'une telle mesure, et notamment dans le cas où les biens de l'enfant sont composés d'une indemnité pour blessures corporelles. Dans ce cas, au moins, il leur a semblé impératif que les revenus non utilisés pour l'entretien de l'enfant viennent grossir un capital qui risquerait autrement de se déprécier rapidement en période d'inflation. Ils ne considèrent pas davantage que l'article 1426 C.C. soit susceptible de généralisation. En effet, il s'agit, dans le cas du conjoint survivant, d'un patrimoine à destination familiale ce qui n'est pas le cas des indemnités ou autres biens que l'enfant pourrait se voir attribuer personnellement.

Finalement, quatre solutions possibles ont été passées en revue:

1. soumettre tous les biens de l'enfant, sans distinction, à l'usufruit en faveur des parents;
2. exclure de ces biens les indemnités pour préjudice physique;
3. laisser au tribunal le soin de décider sur quels biens de l'enfant porterait l'usufruit des parents;
4. écarter toute idée d'usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants.

C'est cette dernière solution qui a été finalement retenue.

## TITRE PREMIER

### DU MARIAGE

#### CHAPITRE PREMIER

##### DES PROMESSES DE MARIAGE

###### 1

Bien que certains doutes aient été émis quant à l'opportunité d'introduire, dans le Code civil, une institution qui ne jouit plus de la popularité qu'elle connaissait autrefois, il a semblé néanmoins utile d'essayer de résoudre certaines contradictions doctrinales et jurisprudentielles quant aux effets de la rupture des fiançailles (56).

En effet, d'après une certaine jurisprudence, il semble que les fiançailles n'aient aucune valeur juridique et qu'une promesse de mariage, comme telle, ne crée aucune obligation contractuelle (57), tandis que d'autres décisions accordent des dommages-intérêts pour rupture abusive des fiançailles (58).

Pour sauvegarder la liberté totale du consentement au mariage, la rupture de fiançailles ne donnerait pas en soi ouverture à un recours en dommages-intérêts, que ce recours soit à titre contractuel ou délictuel.

Ce premier article ne fait que codifier le principe suivant lequel la liberté du consentement au mariage doit être absolue. Le fiancé qui s'est engagé à prendre telle personne pour conjoint n'est donc pas lié par sa promesse et, en corollaire, cette dernière ne pourrait le contraindre à consentir au mariage projeté.

###### 2

Cet article codifie la règle adoptée par la jurisprudence qui accorde des dommages-intérêts au fiancé victime d'une rupture abusive (59).

I. s'agit d'une application de la théorie de l'abus de droit (a. 9 du Livre *Des personnes*).

La règle proposée prévoit que l'indemnité sera due par le fiancé en faute, c'est-à-dire celui qui rompt injustement les fiançailles ou qui, par son fait, donne à l'autre de justes motifs de rompre.

## 3

Cet article, de droit nouveau, rend inefficace la promesse d'une indemnité forfaitaire stipulée par l'un des fiancés en cas de rupture des fiançailles, car il a paru nécessaire de garantir à chacun des fiancés la liberté de mettre fin sans contrainte aux fiançailles.

Il a semblé préférable de soumettre à l'autorité judiciaire l'appréciation du préjudice subi par le fiancé victime de la rupture plutôt que de laisser aux parties elles-mêmes le soin de fixer à l'avance une indemnité.

## 4

Cet article consacre le droit de répétition de la donation au profit du fiancé ou du tiers donateur, lorsque le mariage projeté n'est pas célébré (60).

Il a pour but d'éviter que le fiancé avantagé ne s'enrichisse aux dépens de l'autre en mettant fin aux fiançailles.

Il a semblé équitable de permettre au donateur de demander la restitution des biens donnés, par exemple les meubles ou la bague de fiançailles. Le mariage n'ayant pas eu lieu, la considération qui avait motivé la donation est devenue caduque.

Les cadeaux de peu de valeur sont, toutefois, exclus de l'application de cette règle.

## 5

L'action en restitution de donation, de même que l'action en dommages-intérêts, fondées sur la rupture des fiançailles, devront être intentées dans un délai d'un an. Il a paru souhaitable, dans l'intérêt même des fiancés et des tiers donateurs, d'assurer un règlement rapide des différends qui peuvent surgir à l'occasion de la rupture des fiançailles. Le délai prévu est un «délai de déchéance» qui, suivant la distinction consacrée par le Livre *De la prescription*, ne pourra être ni interrompu ni suspendu.

## CHAPITRE II

### DES CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE

## 6

Cet article énonce le principe que la volonté de se marier doit être consciente et sérieuse. Il remplace la formule peut-être trop absolue de



l'article 116 du Code civil qui a permis l'élaboration de la théorie de l'inexistence du mariage en cas de défaut de consentement de la part de l'un des époux (61). On a voulu lever l'ambiguïté résultant d'une telle théorie. Puisque l'apparence a été créée et consignée aux actes de l'état civil, il convient d'en faire prononcer la nullité.

L'exigence d'un consentement libre et éclairé réfère aussi implicitement aux vices du consentement reconnus en matière de mariage qui seront traités au chapitre *Des nullités de mariage* (62). Les éléments de l'accord de volonté exigé peuvent être rapprochés de ceux nécessaires à la formation de tout autre contrat (63).

## 7

Il a paru nécessaire d'énoncer l'objet du consentement donné par les futurs époux.

## 8

L'article proposé énonce une prohibition sans équivoque et veut mettre fin ainsi à la controverse sur la validité du mariage contracté par une personne interdite dans un intervalle lucide (64).

Il se réfère à la conception nouvelle de l'interdiction qui réserve la mise sous tutelle au majeur «dont les facultés mentales sont altérées ou qui est physiquement incapable d'exprimer sa volonté» au point d'être «hors d'état d'agir lui-même» et d'avoir «besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils» (65).

La personne mise sous tutelle serait donc incapable de consentir à un mariage.

## 9

Cet article modifie de façon substantielle les conditions d'âge en matière de mariage. En effet, les âges de quatorze ans pour l'homme et douze ans pour la femme, prévus à l'article 115 du Code civil, sont portés à dix-huit ans dans les deux cas. Comme cet âge coïncide avec celui de la majorité, il n'y a plus lieu de prévoir le consentement des parents. L'âge prévu dans le Code qui est inspiré du droit canon n'est fondé que sur l'aptitude biologique des conjoints. Un tel critère paraît aujourd'hui insuffisant, d'autant plus que des études ont montré la proportion élevée d'échecs des mariages trop précoces (66).

Le deuxième alinéa de l'article permet, toutefois, au tribunal d'accorder une dispense d'âge lorsque le futur conjoint est âgé de plus de seize ans. Comme on préférerait nettement voir éviter les mariages au-dessous de

dix-huit ans, il a paru opportun de confier la décision à un juge plutôt qu'aux parents eux-mêmes.

Certains commentateurs du Projet auraient préféré voir supprimée la possibilité de dispense tandis que d'autres auraient désiré que le mariage puisse être autorisé, quel que soit l'âge de la fille, en cas de grossesse. Ces divergences de vues font écho aux diverses propositions existant dans ce domaine dans les autres provinces du Canada (67).

Devant cette diversité d'opinions, il a paru préférable de conserver la flexibilité de la proposition initiale.

Lorsque le tribunal est appelé à se prononcer, il est opportun que les parents, le tuteur et les personnes qui ont la garde du mineur soient appelés car ils sont, de façon générale, les plus en mesure d'éclairer le tribunal sur l'opportunité de permettre le mariage de l'enfant mineur et sur les chances de succès du mariage projeté.

Par contre, obliger le tribunal à prendre leur avis peut présenter des inconvénients sérieux, par exemple dans le cas où les intéressés ne peuvent être rejoints; aussi, le terme «appelés» a-t-il été employé à dessein.

## 10

Cet article reprend le texte de l'article 118 C.C.

## 11

L'article proposé est inspiré des articles 124, 125 et 126 du Code civil en les simplifiant considérablement.

Les empêchements de mariage entre parents en ligne directe sont maintenus, que la parenté soit par le sang ou par l'adoption.

Le Projet initial permettait sans restriction le mariage entre les enfants adoptés pour autant qu'ils ne soient pas frère et soeur par le sang. Suite aux commentaires en faveur de la prohibition de tels mariages, la disposition a été modifiée. Il a néanmoins paru souhaitable de prévoir la possibilité d'une dispense car il peut arriver que des personnes ayant déjà de grands enfants se marient et adoptent les enfants de leurs conjoints. Ces enfants, issus des premiers mariages respectifs du nouveau couple, n'ayant pas été élevés ensemble, pourraient désirer se marier.

En outre, il serait également loisible aux alliés en ligne collatérale de se marier, que le mariage produisant le lien d'alliance ait été annulé ou dissous par décès ou par divorce. La prohibition actuelle d'épouser un allié après le divorce (a. 125 et 126 C.C.) a paru inspirée d'une intention pénalisatrice à l'égard de l'époux divorcé.

## CHAPITRE III

### DES OPPOSITIONS AU MARIAGE

#### 12

L'opportunité de conserver la procédure d'opposition au mariage, qui semble très peu utilisée en pratique, a fait l'objet de certaines hésitations. Il ne paraît exister aucune décision publiée dans la jurisprudence québécoise.

Il a néanmoins paru préférable de ne pas supprimer la faculté de faire opposition fondée sur un empêchement au mariage qui permettrait d'éviter l'annulation ultérieure du mariage projeté.

Etant donné la réduction du nombre des empêchements au mariage à ceux présentant un caractère de réelle gravité, il a semblé opportun d'élargir le nombre des personnes susceptibles de faire opposition à un mariage entaché d'un empêchement de cette nature.

L'article proposé apporte une modification considérable au droit actuel. Il remplace la longue énumération et l'ordre de préséance des personnes ayant le droit de faire opposition à la célébration d'un mariage, qui figure aux articles 136 et suivants du Code.

Il a paru opportun de permettre à toute personne intéressée de faire opposition à un mariage, étant donné qu'un motif valable d'opposition ne peut qu'être fondé sur un empêchement au mariage. Or, le nombre des empêchements a été fortement réduit pour ne garder que ceux qui touchent vraiment à l'ordre public: existence d'un mariage antérieur non dissous, inceste, défaut d'âge ou de dispense, mise sous tutelle du majeur.

Une procédure de filtrage des oppositions futiles est prévue aux articles suivants.

Finalement, l'article donne au Ministre de la Justice la possibilité de faire lui-même opposition, ce qui permettrait éventuellement aux personnes désireuses de ne pas agir directement de le faire par son intermédiaire.

La précision était indispensable, car les articles 98 et 99 du Code de procédure civile donnent au Ministre le droit d'intervenir dans une instance touchant l'application d'une disposition d'ordre public, mais non celui de prendre l'initiative des procédures.

**13**

Le premier alinéa de cet article, de droit nouveau, tient compte de la difficulté que pourrait rencontrer le mineur à trouver un représentant lorsqu'il s'oppose au mariage de son père, de sa mère ou de son tuteur.

Par contre, il n'y a pas lieu d'exiger une autorisation judiciaire pour permettre au mineur d'agir en défense à une opposition à son mariage.

**14**

Cet article est une disposition de référence analogue à celle de l'article 144 du Code civil.

**15**

Cet article, qui reprend le principe de l'article 147 C.C., sanctionne l'abus de droit (68) et a pour but de rappeler que l'acte d'opposition est soumis aux règles générales de la responsabilité civile.

Il n'a pas paru opportun de soustraire l'autorité parentale au régime de droit commun.

## CHAPITRE IV

### DE LA CELEBRATION DU MARIAGE

**16**

Cet article reprend l'article 128 du Code civil en reflétant la réforme proposée dans le projet d'articles relatifs aux actes de l'état civil (69). En effet, ceux-ci seraient centralisés sous la direction du Directeur de l'état civil, qui serait le seul officier de l'état civil. Les déclarations de naissance, de mariage et de décès lui seraient transmises. Le mariage ne serait donc plus célébré par un fonctionnaire de l'état civil, mais par une personne investie de ce pouvoir conformément à la loi suivant les règles de l'article suivant.

L'article 134a C.C. relatif à l'endroit où doit être célébré le mariage civil n'a pas été reproduit, car il s'agit d'une disposition à caractère réglementaire.

**17**

Cet article ne change rien au droit actuel. En effet, depuis la réforme apportée par la *Loi concernant le mariage civil* (70), la situation actuelle semble donner satisfaction.

L'article 158 C.C., qui prévoit une pénalité pour le célébrant qui

contreviendrait aux règles concernant la célébration du mariage, n'a pas été repris. Il s'agit, en effet, d'une disposition à caractère statutaire. Il conviendra d'édicter une loi concernant la célébration du mariage qui contiendra toutes les précisions de cette nature.

## 18

Cet article reproduit, en le simplifiant, le deuxième alinéa de l'article 129 C.C.

Il est évident que le protonotaire dont c'est la fonction de célébrer le mariage ne peut refuser de le faire pour des motifs religieux. Le ministre du culte, par contre, est en droit de s'attendre à ce que les futurs époux appartiennent à sa religion et en respectent les prescriptions.

L'article 127 C.C. serait supprimé. En effet, les empêchements religieux ne font pas partie du Code civil, ce qu'une jurisprudence récente (71) a finalement admis, après de multiples hésitations (72) à suivre la décision du Conseil privé dans ce sens (73).

## 19

Cette disposition reprend le principe de l'article 65 du Code civil en le combinant avec l'article 12 du *Règlement relatif à la célébration du mariage civil* qui énumère les pièces justificatives que le protonotaire doit exiger des parties (74).

L'obligation pour le célébrant de procéder à la vérification de l'âge, de l'identité et de l'état matrimonial des parties tend à éviter la célébration de mariages contre lesquels existerait un empêchement.

D'autre part, l'examen du règlement cité plus haut a conduit à exprimer le vœu que les frais de célébration du mariage civil puissent être réduits.

## 20

Cet article est de droit nouveau. Bien que la nécessité de la préparation au mariage et d'un examen médical prénuptial, maintes fois rappelée dans les mémoires soumis à l'Office de révision du Code civil, ne fasse aucun doute, il n'a pas paru opportun d'en faire des conditions de fond du mariage. Il a semblé exagéré de prévoir la prohibition du mariage comme sanction au cas où ces conditions ne seraient pas remplies.

## 21

Le délai de vingt jours qui existe actuellement aux fins de publication a paru offrir aux époux une période de réflexion salutaire et aux intéressés l'occasion de faire éventuellement opposition au mariage.

Par contre, l'affichage, tel qu'il est pratiqué actuellement, ne semble pas constituer un mode de publicité efficace.

Les autres moyens de publicité possibles comme, par exemple, la publication d'un avis dans les journaux ou l'envoi d'un avis à la famille des futurs époux ne présentent pas des garanties d'efficacité suffisantes pour contrebalancer leurs désavantages: coûts souvent élevés pour la publication dans les journaux, difficultés éventuelles à contacter les membres de la famille.

Par conséquent, il a paru plus simple de supprimer la publication tout en gardant le délai de réflexion.

Celui-ci pourrait d'ailleurs être raccourci pour des motifs dont le juge apprécierait le sérieux, tels une maladie grave, un départ imminent.

Finalement, rien n'empêche les ministres du culte de continuer à donner avis de la célébration par affichage ou autrement, s'ils le désirent.

## **22 et 23**

Ces articles étendent aux célébrations religieuses les formalités prévues par l'article 134b C.C. Quelles que soient les formalités exigées par les différentes religions, il a semblé souhaitable qu'il existe un minimum de cérémonial commun. La déclaration de mariage remplace l'acte de mariage que dresse actuellement le fonctionnaire de l'état civil.

Le chapitre relatif aux actes de l'état civil énonce ce que doit contenir la déclaration (75).

L'article proposé exige la participation personnelle des époux à la cérémonie. En effet, il n'a pas paru opportun de retenir le mariage par procuration à une époque où la rapidité et la facilité des communications doit permettre aux futurs époux d'assister à leur propre mariage. Cette forme de mariage, qui est d'ailleurs inconnue dans les autres provinces, a semblé de nature à favoriser les mariages simulés (76).

# **CHAPITRE V**

## **DE LA PREUVE DU MARIAGE**

### **24**

Cette disposition reprend, en en élargissant la portée, la règle contenue à l'article 160 du Code civil. Celle-ci concerne en effet la réclamation du titre d'époux et des effets civils du mariage pour soi-même. La réforme

proposée exige la production de l'acte de mariage dans toute action où l'existence d'un mariage est alléguée.

Suivant les propositions de réforme de l'état civil, la déclaration de mariage établie par le célébrant devient un acte de mariage dès qu'elle est signée, datée et inscrite au registre de l'état civil (77).

Lorsqu'il n'existe pas d'acte de mariage, il peut y être judiciairement suppléé (78).

Le deuxième alinéa permet de suppléer aux défauts de forme de l'acte par la possession d'état.

## CHAPITRE VI

### DES NULLITES DE MARIAGE

#### 25

Cet article regroupe toutes les causes de nullité absolue, même si certaines d'entre elles peuvent avoir un caractère temporaire, ainsi qu'il ressort de l'article suivant. Le paragraphe 1 reprend le principe de l'article 116 du Code civil, mais il a été jugé préférable d'utiliser l'expression «privé de discernement» plutôt que «d'absence de consentement». En effet, lorsque les facultés d'un futur époux sont altérées, il donne bien un consentement, mais celui-ci n'est pas valable parce que la personne est privée de discernement (79).

Le paragraphe 2 vise le cas d'une personne qui a fait l'objet de procédures de mise en tutelle (80) et qui s'est mariée malgré la prohibition de l'article 8. A la différence du premier paragraphe, il s'agit ici d'une cause de nullité qui existe automatiquement à partir de la mise en tutelle, sans qu'il faille faire la preuve du manque de discernement au moment du mariage.

Le paragraphe 3 vise le cas de la bigamie et consacre la règle jurisprudentielle qui avait étendu à la bigamie, non prévue par le Code, la nullité absolue du mariage (81). On s'est demandé si le mariage bigame ne pourrait devenir valide lorsque le mariage antérieur a été annulé ou dissous par divorce ou par décès pourvu que les époux fassent vie commune. Cela leur aurait évité de devoir ensuite se remarier. La cause d'annulation a paru néanmoins trop grave pour créer une exception qui ne concernerait que des cas marginaux.

Le paragraphe 4 crée également une cause de nullité absolue nouvelle. Il a paru indispensable de prohiber totalement, sans possibilité aucune

de ratification, le mariage des jeunes de moins de seize ans. Cet article doit se lire en concordance avec l'article 9 concernant les conditions requises pour contracter mariage.

Le paragraphe 5 doit être lu en se référant à l'article 11. Il reprend la règle de la nullité absolue énoncée par l'article 152 du Code civil.

## 26

Cet article de droit nouveau s'inspire de commentaires du Projet. Il est fondé sur l'idée que l'absence de discernement ou la mise sous tutelle au moment du mariage peuvent être temporaires. Si la cause de la nullité disparaît et que le conjoint de la personne guérie ne manifeste pas sa volonté de mettre fin au mariage, il est considéré l'avoir confirmé au bout d'un certain temps.

## 27

Cet article énonce trois causes de nullité relative du mariage.

Le paragraphe 1 vise le cas où le consentement n'a pas été libre, c'est-à-dire où il a été donné sous la pression d'une violence physique ou morale. Il s'agit de la formule de l'article 148 du Code civil. Il a été jugé préférable de la conserver plutôt que de préciser qu'il s'agit de violence parce que cette souplesse permet au tribunal de vérifier, suivant les circonstances de chaque espèce, si le consentement a été libre ou non. Le juge pourra donc apprécier le degré de liberté du consentement et tiendra compte de l'âge, du caractère et de la condition de la personne dont le consentement n'a pas été donné librement (82).

L'erreur sur l'identité du conjoint doit s'interpréter restrictivement comme concernant l'identité civile de la personne. Il s'agit là d'un cas assez rare où une personne se fait passer pour une autre. Il se pourrait peut-être que les tribunaux acceptent l'erreur sur l'identité physique dans le cas exceptionnel où un transsexuel aurait caché son état à son conjoint.

Le cas où une personne prétend avoir une qualité essentielle qu'elle ne possède pas ou, au contraire, cache une caractéristique essentielle peu favorable et induit ainsi le futur époux en erreur est prévu par le paragraphe 3. La formule de celui-ci a été choisie avec soin dans le but de mettre un terme à une controverse jurisprudentielle sur l'interprétation de «l'erreur dans la personne» dont parle l'article 148 du Code civil. En effet, cette formule a fait l'objet de deux interprétations par les tribunaux. L'une, extensive, inclut dans cette expression l'erreur sur une qualité essentielle qui a, pour le conjoint trompé, une importance telle qu'il n'aurait pas contracté mariage s'il avait connu la situation de fait avant de se marier (83). L'autre tendance a donné une interprétation restrictive



aux termes «erreur dans la personne». L'erreur ne peut vicier le consentement que lorsqu'elle porte sur la personne même et non sur les qualités de cette personne, à moins que la qualité en cause soit telle qu'elle constitue en quelque sorte la personnalité (84).

On a estimé qu'il ne suffisait pas d'une erreur sur les qualités essentielles, mais qu'il fallait que cette erreur ait été provoquée par le dol d'un des futurs époux pour que l'autre ait le droit de demander l'annulation.

Finalement, le dernier alinéa de l'article reprend la règle actuelle (a. 149 C.C.). La cohabitation continue constitue une confirmation tacite du mariage. De plus, le caractère continu a été jugé indispensable car l'absence de cohabitation place l'époux victime dans un état de quiétude et l'on ne saurait présumer que la violence a cessé ou l'erreur a été découverte si les époux ne font pas vie commune.

## 28

Il a été jugé souhaitable que les deux conjoints puissent demander la nullité d'un mariage simulé, car il n'y a pas lieu d'obliger le «simulateur» à demeurer dans les liens d'un mariage auquel il n'a pas véritablement consenti. Néanmoins, comme il y a apparence de mariage, si les époux cohabitent pendant plus d'un an après la célébration du mariage, on présume qu'ils avaient l'intention de fonder un foyer et ils ne pourront plus demander la nullité de leur mariage.

La règle proposée tend à consacrer la jurisprudence actuelle qui admet l'annulation d'un mariage simulé (85).

Par contre, lorsque les époux cherchaient, au moment de leur mariage, à en obtenir certains effets, les tribunaux ont rejeté la demande en annulation (86).

Cette jurisprudence a paru plus conforme au principe suivant lequel le mariage est fondé sur le consentement des époux exprimé par l'article 7 que la sanction adoptée par les tribunaux des provinces de Common Law qui refusent généralement d'annuler des mariages valides quant à la forme et en particulier les «*immigration marriages*» (87).

## 29

L'article proposé fait de l'impuissance, quelle qu'en soit la raison, une cause de nullité du mariage, ce qui élargit fortement l'article 117 du Code civil.

L'introduction de l'impuissance psychologique dans le champ des causes de nullité de mariage reflète d'ailleurs une tendance jurisprudentielle de plus en plus nette (88).

De plus, il a semblé équitable de donner à la personne impuissante le droit de demander elle aussi l'annulation du mariage.

Il n'a pas paru nécessaire de conserver, comme le prévoit l'article 117 C.C., le délai de trois ans après lequel l'annulation ne pouvait plus être demandée. Tant que le mariage n'aura pas été consommé, la nullité de celui-ci pourra être demandée.

De plus, cet article diffère de l'article 243 qui fait de la non-consommation du mariage une cause de divorce. Il faut, dans ce cas, qu'elle ait perduré pendant une période de cohabitation d'un an au moins. Elle doit être causée par la maladie ou l'invalidité, mais ne doit pas nécessairement être le résultat de l'impuissance.

### 30

L'article proposé concerne le cas de l'adolescent, âgé de seize à dix-huit ans, qui se marie en violation de l'article 9 l'obligeant à demander une dispense judiciaire. Le droit de demander l'annulation est réservé, non seulement aux époux eux-mêmes, mais encore aux personnes qui sont le plus à même de veiller aux intérêts du mineur.

Etant donné que le tribunal a toute discrétion pour accorder ou refuser la dispense à des fiancés âgés de seize à dix-huit ans, conformément à l'article 9, il a paru opportun de lui donner la même discrétion d'annuler un mariage contracté sans dispense judiciaire.

Le dernier alinéa s'inspire de la règle de l'article 153 paragraphe 1 du Code civil.

### 31

Cet article reprend presque mot pour mot la formule de l'article 156 du Code civil. Il a paru nécessaire, étant donné le caractère d'ordre public de la célébration du mariage, de faire de cette nullité une nullité absolue. Néanmoins, étant donné que le caractère public ou non de la cérémonie dépend de la réunion de plusieurs éléments - présence des témoins, de membres de la famille, libre accès à tous du lieu de célébration - et que le célébrant peut être incompetent à cause d'une raison purement administrative et technique, il a paru souhaitable de laisser une certaine latitude au juge.

Il faut noter que l'article proposé n'empêche en rien la célébration d'un mariage *in extremis* pour autant que la cérémonie ait un certain caractère public.

**32**

Il a semblé indispensable de préciser que l'annulation d'un mariage n'affecte pas les droits des enfants tant à l'égard de leurs parents que de la famille de ces derniers. Cet article répond au vœu général d'éliminer la règle voulant que les enfants d'un mariage déclaré nul cessent d'être légitimes si les deux époux étaient de mauvaise foi (a. 163 et 164 C.C. *a contrario*) (89).

De même, les parents conservent toutes leurs obligations vis-à-vis de leurs enfants même si l'exercice des droits correspondants est modifié par l'attribution de la garde conformément à l'article 40.

**33**

Cet article, de droit nouveau, énonce la règle que l'époux n'est plus obligé de prouver sa bonne foi. Dans ce domaine, la présomption de l'article 2 du Livre *De la preuve* (a. 2202 C.C.) s'appliquera ainsi que l'a prétendu une partie de la doctrine et de la jurisprudence et le texte mettra ainsi fin à une controverse (90).

Cette disposition a également pour but d'éviter les complications provoquées par l'incertitude au sujet de la putativité lorsque le problème se pose quelques années après l'annulation, à l'occasion de la vente d'un immeuble par exemple. Il met également fin à toute controverse au sujet du moment où doit être demandée la putativité (91). Il empêche enfin toute hésitation quant à la possibilité de renoncer à la putativité (92).

**34**

Cet article énonce le principe selon lequel le mariage des époux de bonne foi est censé avoir existé jusqu'au jugement prononçant la nullité. Il reprend ainsi, en la clarifiant, la règle de l'article 163 du Code civil qui a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence (93).

**35**

Cet article est fondé sur l'article 164 du Code civil qui prévoit que si un seul des époux est de bonne foi, le mariage produit ses «effets civils» à son égard.

L'époux de bonne foi a donc le droit, soit de demander l'application du régime matrimonial, soit de préférer la liquidation des biens sur la base d'une société de fait. La majorité des auteurs s'accordent à penser que l'époux de bonne foi «peut demander la liquidation du régime matrimonial sur la base d'une société de fait, ce qui ne l'autorise cependant pas à demander l'application des dispositions du contrat de mariage qui lui sont favorables, quitte à imposer à son conjoint la liquidation sur la base d'une

société de fait pour le surplus; il doit accepter toutes les conventions matrimoniales ou les rejeter en bloc» (94).

En régime de communauté des biens, l'époux de bonne foi reprend donc, soit sa part de communauté, soit ses apports. De même, en régime de société d'acquêts, l'époux de bonne foi peut, soit prendre sa part dans les acquêts de son conjoint, en lui donnant la part qui lui revient dans ses propres acquêts, soit garder tout simplement tous ses acquêts.

### 36

Cet article est le corollaire du précédent.

On s'est demandé si, lorsqu'un mariage est annulé pour cause de bigamie, un système spécial devrait être prévu pour que les biens se partagent entre le premier conjoint du bigame et son second conjoint de bonne foi (95). Il n'a pas semblé opportun de poser une règle qui risquerait d'être arbitraire et préjudiciable à l'une des parties; on a préféré laisser à la discrétion du tribunal l'appréciation de cette question.

### 37

Cet article s'écarte du droit actuel en ce sens qu'il instaure un régime différent pour les donations entre vifs et les donations à cause de mort.

Les premières sont conservées à l'époux de bonne foi, suivant le principe traditionnel, avec cette nuance que le tribunal pourra en différer le paiement. Cette faculté a en effet paru souhaitable pour le cas où l'exécution immédiate d'une donation exigible compromettrait gravement la situation financière du conjoint de mauvaise foi.

D'autre part, si le contrat de mariage prévoit la caducité de la donation en cas d'annulation de mariage, il est normal que cette clause soit respectée.

### 38

Les donations à cause de mort font l'objet d'un régime particulier, parce que le Projet, au chapitre *De la donation*, prévoit que toutes les donations à cause de mort, contenues dans un contrat de mariage, soient présumées révocables, à moins que le contrat ne dise expressément le contraire (96).

Même dans ce cas, il a paru nécessaire que le tribunal puisse tenir compte des circonstances et éventuellement réduire ou annuler une donation importante lorsque, par exemple, le mariage a duré très peu de temps et que la donation ne devrait normalement pas devenir exigible avant de longues années.

**39**

Cet article suit la règle traditionnelle selon laquelle l'époux de mauvaise foi perd tout droit aux donations à lui consenties par son conjoint ou par des tiers en considération du mariage.

**40**

Il a paru souhaitable de réglementer les rapports entre époux et entre parents et enfants pendant et après l'instance en annulation de mariage.

L'article proposé consacre la jurisprudence qui a inclus le droit aux aliments parmi les effets du mariage (97).

Les règles concernant le divorce sont applicables *mutatis mutandis* à l'annulation de mariage, avec cette exception que l'époux de mauvaise foi n'a pas droit à une pension alimentaire après le prononcé de l'annulation.

## CHAPITRE VII

### DES EFFETS DU MARIAGE

#### Section I

#### Des droits et des devoirs respectifs des époux

**41**

Cet article reprend la substance de l'article 173 du Code civil. Il énonce, en outre, le principe essentiel de l'égalité entre les époux qui sous-tend toute la réforme du droit familial depuis 1964. La *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* avait amorcé l'introduction d'une telle égalité dans le Code civil; la *Loi concernant les régimes matrimoniaux* avait ensuite continué l'évolution dans le cadre des relations pécuniaires entre époux (98). Le principe d'égalité a été réaffirmé dans la *Charte des droits et libertés de la personne*.

On a voulu parfaire cette oeuvre en donnant aux époux un statut de partenaires égaux dans toutes les décisions concernant la famille. Cette tendance vers l'égalité se retrouve d'ailleurs dans les législations modernes, notamment en France (99) et dans la législation de New York (100); on la retrouve dans les recommandations de la Commission de Réforme du droit de l'Ontario (101) et dans l'effort général entrepris pour améliorer la condition féminine dans tous les domaines de l'activité (102).

Le principe d'égalité aurait pu s'inférer de tout le Livre. Il a pourtant

paru utile de l'énoncer clairement car il peut servir de guide dans l'interprétation de la loi.

L'obligation de faire vie commune, qui figure actuellement à l'article 175 du Code civil, est reformulée, dans l'alinéa 3 de l'article proposé, de façon à être compatible avec le principe de l'égalité des époux.

Il faut ajouter qu'il s'agit bien d'une obligation qui s'adresse aux deux époux. Le Livre *Des personnes* propose l'abolition du domicile légal de la femme mariée ( 103 ).

D'autre part, les époux sont déliés de cette obligation par la demande en divorce ou en séparation de corps ( a. 249 ), de même que par l'existence d'un accord de séparation ( a. 237 et s. ).

## 42

Cet article reprend la substance de l'article 174 du Code civil. Il veut traduire le principe de l'égalité complète des époux dans la direction morale et matérielle de la famille. Il n'énonce cependant qu'un principe général, l'obligation pécuniaire des époux à l'égard de leurs enfants étant formulée dans le chapitre relatif aux obligations alimentaires.

L'article amorce également la transformation de la puissance paternelle en autorité parentale ( 104 ).

S'il y a désaccord entre les époux, l'un ou l'autre pourra s'adresser au tribunal conformément au principe énoncé dans l'article 67.

## 43

Cet article introduit une exception au principe que les époux doivent prendre leurs décisions ensemble ou, à défaut, être habilités par le tribunal.

Il veut éviter qu'un des époux ne soit dans l'impossibilité d'exercer un droit parce que son conjoint est éloigné ou temporairement incapable de collaborer à la direction de la famille.

Il a semblé impossible de préciser les causes de l'impossibilité d'exprimer la volonté qui peuvent être infiniment variées: maladie, voyage prolongé ou autre.

Toutefois, la faculté d'agir seul est strictement limitée aux cas d'urgence et aux besoins courants du ménage. Elle ne pourrait s'appliquer lorsque le consentement du conjoint est requis par une règle du régime matrimonial. Cette hypothèse est prévue à l'article 50.

**44**

Cet article reprend le principe de l'article 177 du Code civil en y ajoutant une référence aux articles relatifs à la résidence familiale en vertu desquels un époux ne jouit pas d'un pouvoir absolu sur les meubles ou sur la résidence familiale même s'il en a la propriété.

Cette disposition ne limite en rien le droit d'un époux de poursuivre l'autre pour quelque motif que ce soit.

Le Projet initial contenait un article relatif à la capacité du conjoint mineur; il a été supprimé parce que l'article III du Livre *Des personnes* prévoit que le mariage du mineur met fin à la minorité.

**45**

Cet article reprend l'article 178 du Code civil. Le mari pourrait, par exemple, confier à sa femme l'administration des biens de la communauté, même si c'est lui qui est administrateur de la communauté suite au choix effectué par les époux (105).

Le Projet initial prévoyait, en outre, en son article 51, que l'époux qui agissait expressément à titre de mandataire de son conjoint ne s'obligeait pas personnellement. Cette disposition a paru inutile car elle relève du droit commun.

**46**

Cette disposition, de droit nouveau, vient combler une lacune regrettée par la doctrine (106). Elle crée un mandat judiciaire temporaire pour permettre à un des époux d'administrer les biens de son conjoint lorsque celui-ci ne peut manifester sa volonté pour cause d'incapacité ou d'éloignement. Une telle mesure évite de devoir recourir à une procédure de mise en tutelle (107) - à l'heure actuelle de curatelle - lorsque l'incapacité est temporaire (108).

Le deuxième alinéa de la disposition proposée laisse au tribunal la plus grande discrétion pour spécifier en quoi consistent et comment s'exercent les pouvoirs conférés.

Le troisième alinéa permet le retrait de ce mandat lorsque le conjoint est de nouveau en état de manifester sa volonté.

**47**

Cet article, qui traduit le principe d'égalité des époux, énonce une règle consacrée par la jurisprudence (109) qui avait interprété ainsi l'obligation du mari de fournir à sa femme les choses nécessaires à la vie, prévue à l'article 176 du Code civil et l'obligation de la femme de

concourir avec le mari à pourvoir à l'entretien de la famille, prévue à l'article 174 C.C.

Une telle disposition ne vise que la contribution entre les époux eux-mêmes, les droits des tiers étant régis par les articles 48 et suivants.

L'expression «charges du mariage» qui équivaut à celle de «charges du ménage» ou «charges de la famille» n'a pas été définie, toute énumération risquant d'être incomplète. La jurisprudence a d'ailleurs établi ce qu'il fallait entendre par ces expressions (110).

Finalement, il a été jugé opportun de préciser, comme le suggéraient certains commentaires, que la contribution aux charges du ménage pouvait se faire en nature.

A défaut d'accord entre les époux sur cette contribution, chacun d'eux peut saisir le tribunal conformément au principe de l'article 67 (111).

## 48

Cet article reconnaît le pouvoir d'un époux de passer seul un acte relatif aux besoins courants du mariage, nonobstant le principe de la collégialité établi à l'article 42.

La notion de «besoins courants du mariage» repose sur un critère de nécessité inévitablement subjectif qui est apprécié par la jurisprudence en tenant compte de la fortune des époux et de leur situation sociale (112).

Il n'a pas paru nécessaire de reprendre la mention spéciale des soins médicaux et chirurgicaux de l'article 180 C.C., car les soins médicaux sont compris dans les aliments par la jurisprudence (113). De plus, étant donné que les époux exerceraient conjointement l'autorité parentale, l'absence d'autorisation paternelle ne pourrait plus être invoquée par les hôpitaux pour refuser des traitements chirurgicaux aux enfants amenés par leur mère (114).

Le second alinéa supprime le mandat domestique de la femme mariée établi par l'article 180 du Code civil.

L'opportunité d'établir la solidarité pour les dettes ménagères a été longuement discutée lors de la rédaction initiale du Projet et, à nouveau, lors de l'examen des commentaires dont il a fait l'objet. Le rejet de la solidarité a été finalement maintenu. Contrairement à une opinion fréquemment émise, il ne semble pas que la solidarité renforce l'égalité des époux. Elle paraît plutôt menacer la contribution en nature introduite dans l'article 47. En effet, l'époux qui contribue aux charges du mariage par son activité au foyer risque de se trouver tenu de la totalité des dettes



contractées par son conjoint alors qu'il n'a pas de revenus pour y faire face.

Il a donc été jugé préférable que l'époux contractant s'engage personnellement et n'engage son conjoint qu'en proportion des facultés de ce dernier.

#### 49

L'union de fait ressemble fort à une société de fait qui peut être dissoute à volonté (115). Avant la séparation, les dettes encourues pour les besoins du ménage doivent être réglées et celui qui s'est engagé doit pouvoir demander à l'autre de payer sa part. D'autre part, les fournisseurs peuvent poursuivre le conjoint de fait pour les dettes contractées par l'autre, mais seulement en proportion de ses facultés.

#### 50

Cet article reprend l'article 182 C.C. Il a pour but de permettre à un époux de passer outre au pouvoir de contrôle de son conjoint. Par exemple, l'époux administrateur de la communauté pourrait aliéner un immeuble de la communauté sans le concours de son conjoint après avoir été autorisé par le juge.

Il ne s'agit nullement du mandat judiciaire, de portée beaucoup plus large, prévu à l'article 46 qui concerne l'administration des biens du conjoint en général.

Le premier alinéa tient compte de toutes les hypothèses: non seulement le refus non motivé et contraire à l'intérêt de la famille de l'époux, mais encore le cas où l'époux qui doit donner son consentement est hors d'état de manifester sa volonté pour cause de maladie ou d'éloignement.

#### 51

Cet article reproduit presque textuellement l'article 181 du Code civil, mais l'expression «stipulation» a été employée plutôt que «convention» afin de couvrir le cas du mandat judiciaire.

#### 52

Le premier alinéa de cet article reproduit le premier alinéa de l'article 183 du Code civil. Le cas exceptionnel où l'un des conjoints n'aurait pas les pleins pouvoirs sur ses biens propres est prévu au chapitre suivant concernant la protection de la résidence familiale.

Le deuxième alinéa reproduit l'idée de l'article 184 C.C., mais en lui donnant une interprétation restrictive. La présomption ne concerne que le concours ou le consentement et ne déroge pas aux règles ordinaires

concernant l'aliénation de la chose d'autrui. Il semblerait illogique, en effet, que la vente faite par une personne mariée d'un bien appartenant à un tiers soit nulle (116), tandis qu'elle deviendrait valide si le bien appartenait à son conjoint.

En conséquence, vu la présomption d'indivision en cas de séparation de biens et de société d'acquêts (117), le tiers qui achète un bien d'une personne mariée devra, s'il veut contracter en toute sécurité, exiger du contractant la preuve de son droit de propriété.

Il n'a pas semblé nécessaire de reprendre le délai prévu par le deuxième alinéa de l'article 183 du Code civil. La prescription de trois ans, prévue pour les actions personnelles, au titre *De la prescription extinctive*, a paru suffire (118).

## Section II

### De la résidence familiale

#### 53

Cet article constitue une application du principe de l'égalité des époux relativement au choix de la résidence principale de la famille. Il ne vise pas le cas de la résidence secondaire.

En cas de désaccord, l'un des époux peut en appeler au tribunal conformément à l'article 67.

Le juge dispose alors du pouvoir de rendre les ordonnances qu'il juge à propos dans l'intérêt de la famille. Ces ordonnances visent principalement la pension alimentaire et la garde des enfants.

#### 54

Dans sa loi du 18 juin 1964 sur la capacité juridique de la femme mariée (119), le législateur avait limité dans certains cas les pouvoirs de disposition des époux sur les meubles meublants. L'article proposé généralise la protection déjà accordée aux époux communs en biens (a. 1292 C.C.) (120).

Pour conserver à la famille l'usage des meubles, il a paru suffisant de partager entre les époux les pouvoirs dont est titulaire le propriétaire de ces meubles ou l'administrateur de la communauté.

L'article proposé étend la protection des meubles «meublants» à tous les meubles affectés à l'usage du ménage (121).

Toutefois, afin de ne pas imposer de restrictions importunes à l'époux

abandonné de son conjoint, le deuxième alinéa lui permet de disposer seul des meubles affectés à l'usage du ménage. L'abandon suppose l'intention de ne plus faire vie commune; le départ temporaire de l'un des époux ne saurait donc autoriser l'autre à agir seul.

Certains commentateurs du Projet ont suggéré un recours au tribunal pour obliger l'époux qui désire disposer des meubles à fournir la preuve de l'abandon. Il a semblé qu'une telle obligation pèserait trop lourdement sur l'époux et serait la plupart du temps hors de proportion avec la valeur des meubles en cause.

## 55

Afin d'assurer une protection effective des meubles, il avait été suggéré, dans le *Rapport sur la protection de la résidence familiale* (122), d'écarter la présomption de pouvoir dont bénéficie, en vertu de l'article 184 C.C., l'époux qui se présente seul pour faire un acte relatif à un bien meuble qu'il détient individuellement.

A la suite des commentaires reçus, le problème de la protection des tiers a été réexaminé et il a semblé que le cocontractant de bonne foi ne devrait pas subir de préjudice en raison de la mésentente des époux.

La présomption de pouvoir édictée à l'article 184 C.C. est donc maintenue. En conséquence, seul le cocontractant de mauvaise foi et l'acquéreur à titre gratuit seraient exposés au recours en nullité qui constitue la sanction du manquement à la règle du concours de volonté prévue à l'article 54.

L'époux demandeur a le droit de faire saisir le meuble avant jugement et d'en exiger la remise en vertu de l'article 734 paragraphe 5 du Code de procédure civile.

## 56

Vu l'importance psychologique que peut représenter pour les enfants en bas âge le milieu physique dans lequel ils ont vécu, il a paru nécessaire de permettre au tribunal, en cas de séparation de corps, divorce ou annulation de mariage, d'attribuer à l'un des époux, aux conditions qu'il juge raisonnables, la propriété de meubles garnissant la résidence familiale et affectés à l'usage du ménage (123).

Le tribunal doit statuer dans l'intérêt de la famille ou de l'un des conjoints. C'est dire qu'il doit tenir compte, notamment, de la situation respective des époux et de l'âge des enfants.

On a tenu à préciser que, parfois, l'intérêt d'un seul conjoint peut être prépondérant afin de couvrir les cas spéciaux où, par exemple, la résidence

familiale serait meublée en fonction de la profession que ce conjoint y exerce.

### 57

Il a paru utile de préciser le sens du mot «meubles» en excluant certains objets inclus dans la définition qui en est donnée à l'article 396 C.C. (124).

### 58

On a voulu par cette disposition conserver à la famille la jouissance des lieux loués. Le titulaire du droit au bail ne pourrait plus, sans le consentement de son conjoint, passer un acte qui priverait les siens de leur résidence habituelle. Ceux-ci sont assurés de conserver jusqu'à l'expiration du terme convenu (bail à durée fixe) ou du délai prévu par la loi (bail à durée indéterminée) la jouissance du logement familial.

### 59

Cette disposition constitue, en matière immobilière, le pendant de l'article 54. La protection de l'immeuble servant de résidence familiale n'est toutefois pas aussi complète, puisque sa mise en oeuvre est soumise à l'enregistrement par l'un ou l'autre des époux d'une déclaration de résidence contre cet immeuble.

De plus, suite à des suggestions reçues, la définition de la résidence principale de la famille a été limitée aux immeubles de type résidentiel (maison unifamiliale, duplex ou triplex) afin de ne pas nuire au crédit des propriétaires d'immeubles commerciaux.

Le deuxième alinéa étend la protection aux cas, d'ailleurs assez rares, où la résidence principale de la famille est occupée en vertu d'un droit réel autre que celui de propriété.

Le formalisme pourra certes limiter l'efficacité de cette protection; il est cependant justifié par le souci de protéger les tiers et de ne pas nuire au crédit du propriétaire.

L'enregistrement d'une déclaration de résidence ne saurait interdire à l'époux propriétaire d'un immeuble à logements multiples de louer la partie de cet immeuble ne servant pas au logement de sa famille.

### 60

Cet article accorde, en cas de violation des articles 58 et 59 du Projet, un recours en nullité au conjoint de l'époux titulaire du droit par lequel est assurée la résidence principale de la famille, lorsque celui-ci en aurait disposé sans son consentement.

Il a paru souhaitable de substituer un régime de nullité au régime d'inopposabilité prévu dans le Rapport préliminaire (125). En effet, pour bénéficier de cette inopposabilité, le conjoint devait nécessairement demeurer dans les lieux. S'il était temporairement éloigné ou avait dû quitter la résidence familiale par crainte de mauvais traitements, la protection ne pouvait pas jouer. D'autre part, dans le cas d'une sous-location consentie par le locataire d'une résidence familiale, le nouveau bail lui devenait opposable, mais était inopposable à son conjoint demeuré dans les lieux. Finalement, le choix de la nullité comme sanction du défaut de consentement du conjoint est en harmonie avec les dispositions de l'article 52.

Il convient également de souligner que les articles 58 et 60 prévoient un régime différent selon que l'époux est locataire ou propriétaire de la résidence principale de la famille. Dans le premier cas (a. 58), tout acte fait par l'époux locataire sans le consentement de son conjoint peut être annulé. Dans le second cas, l'annulation ne peut être obtenue que si une déclaration de résidence avait été enregistrée contre l'immeuble.

La prescription de l'action en nullité ou en résiliation suivrait les règles ordinaires de la prescription des droits personnels.

## 61

Le contenu de la déclaration de résidence doit être conforme aux dispositions du Livre *De la publication des droits*.

Le Projet initial prévoyait que le Conservateur des registres était obligé de dénoncer au conjoint l'enregistrement de la déclaration de résidence. Suite à certains commentaires, il a paru préférable de ne pas exiger cette dénonciation qui risque de provoquer des dissensions familiales au cas où l'époux qui a enregistré la déclaration n'aurait pas prévenu son conjoint.

## 62

Cet article renvoie à l'article 96 du Livre *De la publication des droits* pour la radiation de l'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale dans des cas qui ne devraient pas donner lieu à contestation.

## 63

L'article renvoie à l'article 99 du Livre *De la publication des droits* pour les cas où la radiation peut nécessiter l'arbitrage judiciaire.

## 64

Le but recherché ici est de favoriser, dans l'intérêt des enfants, la stabilité du logement familial et d'améliorer la situation du conjoint qui

s'est vu confier la garde des enfants et qui éprouve parfois certaines difficultés à se reloger.

L'attribution du droit au bail donne au nouveau titulaire tous les droits et toutes les obligations du locataire originaire.

Il a, toutefois, paru nécessaire de protéger dans la mesure du possible les droits du locateur à l'égard du premier locataire.

On a également voulu limiter dans le temps l'obligation du locataire originaire qui ne sera pas tenu au-delà du terme convenu ou prévu par la loi.

## 65

Le législateur avait déjà, dans le cadre du nouveau régime matrimonial légal (126), organisé une attribution préférentielle de la maison d'habitation, lors de la dissolution du régime par décès de l'un des époux (a. 1267c C.C.). Le privilège serait désormais étendu à tous les régimes; l'immeuble sujet à partage peut être en effet un acquêt, un bien commun ou indivis.

On note d'ailleurs une tendance générale des législations à augmenter le pouvoir du juge de redistribuer les biens des époux entre eux sans égard au droit de propriété (127).

On n'a pas voulu cependant qu'à l'occasion d'une simple modification de régime (a. 1265 C.C.) ou d'une séparation de biens judiciaire (a. 1440 et s. C.C.), l'un des époux puisse demander la mise dans son lot de l'immeuble résidentiel. L'attribution par préférence n'est donc possible qu'à l'occasion d'un partage à la suite de décès, divorce, séparation de corps ou annulation de mariage. Seul un époux peut s'en prévaloir; son héritier ne le pourrait pas.

Sauf accord amiable entre les copartageants, l'indemnité éventuellement due est payable au comptant, conformément aux règles du droit commun des obligations.

## 66

Cette mesure d'exception accordée pour un temps limité éviterait l'exécution immédiate d'un jugement d'expulsion dans des circonstances difficiles. Ce privilège est accordé au conjoint, quelle que soit la nature du droit par lequel est assuré le logement de la famille (droit au bail, droit d'usage, usufruit, droit de propriété, etc...).

## Section III

### Dispositions générales

#### 67

Une des grandes difficultés de la reconnaissance du principe de l'égalité entre les époux réside dans le choix des moyens pour résoudre les différends qui peuvent s'élever entre eux. Le recours au tribunal n'est certes pas une solution parfaite et d'aucuns estiment qu'il ne fait qu'envenimer les conflits entre époux. Néanmoins, il est indispensable de pouvoir recourir à un arbitre extérieur à la famille. Cet arbitrage judiciaire n'est évidemment que le dernier recours et les époux pourront s'adresser aux conseillers matrimoniaux et autres services aptes à les aider à résoudre leurs problèmes. De plus, le recours au tribunal sera mieux adapté à la nature particulière des conflits familiaux lorsque le Tribunal de la famille aura été créé (128). Un tel tribunal serait en effet doté de services de conciliation qui pourront amener les époux à résoudre leurs problèmes sans devoir nécessairement intenter une action en justice.

Et même dans les cas où l'action est prise, le deuxième alinéa fait obligation au juge de tenter d'amener les parties à s'entendre. Il pourrait à cet égard s'adresser aux services spécialisés du tribunal.

#### 68

Cet article rend impératives, par le seul fait du mariage, les dispositions concernant les effets du mariage et la protection de la résidence familiale. On ne peut y déroger par quelque convention que ce soit. Le Projet initial limitait ce caractère impératif à la protection de la résidence familiale, mais les commentaires reçus ont montré le bien-fondé de l'extension de l'article à tout le régime primaire.

Une exception a été faite, toutefois, en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage. L'on a cru préférable de laisser aux époux la liberté d'organiser la contribution aux charges du mariage comme ils l'entendent, notamment, en mentionnant la contribution de chacun dans leurs conventions matrimoniales, étant bien entendu que l'obligation générale de secours entre époux s'imposerait toutes les fois où un conjoint serait dans l'impossibilité de s'acquitter de la contribution promise (129). Certains, pourtant, auraient nettement préféré que l'obligation de contribuer aux charges du mariage soit impérative. Ils étaient d'avis qu'il s'agit là d'une obligation morale élémentaire et qu'il est dangereux de permettre à une personne d'espérer y échapper simplement parce que, au moment

du mariage, son conjoint a la légèreté de prendre à sa charge toutes les dépenses du ménage.

## CHAPITRE VIII

### DES REGIMES MATRIMONIAUX

#### Section I

##### Dispositions générales

###### 69

Cet article reprend, en en gardant la substance, les articles 1257, 1258 et 1259 C.C. en les adaptant aux réformes proposées dans les autres parties du Projet. Ainsi, un époux pourrait renoncer à la réserve successorale prévue au Livre *Des successions* (130).

On a remplacé l'expression «des obligations qui naissent du mariage» de l'article 1259 C.C. par l'expression «des effets du mariage». En effet, c'est aussi bien aux droits et devoirs imposés par le mariage, en vertu des articles 173 à 184 du Code civil, tels la cohabitation, le secours et l'assistance, etc., qu'on ne peut déroger qu'aux obligations qui naissent du mariage, prévues par les articles 165 à 172 du Code civil (131).

L'expression «les effets du mariage» correspond à un chapitre de ce Code qui réunit ces différentes dispositions (132).

Afin d'éviter une contradiction apparente entre les deux premiers alinéas du texte, le terme «autres» vient préciser au deuxième alinéa les stipulations qui «seraient contraires aux dispositions impératives de la loi, ainsi qu'à l'ordre public et aux bonnes moeurs».

Enfin, l'alinéa 3 tient compte de la terminologie utilisée dans le Livre *Des personnes* au chapitre *Des personnes protégées*.

###### 70 et 71

Ces articles reprennent l'article 1260 du Code civil en tenant compte du fait que certains époux adoptent la société d'acquêts tout en faisant un contrat de mariage.

On s'est demandé s'il ne convenait pas d'indiquer que cette disposition ne s'appliquait qu'aux époux mariés depuis le 1er juillet 1970. Mais l'idée d'introduire des dates dans le corps même des textes a été rejetée et



les différentes dispositions transitoires ne sont plus intégrées aux textes, mais mentionnées en annexe.

## 72

Cet article reprend l'article 1261 du Code civil en précisant le moment où le changement de régime entre en vigueur entre les parties.

En effet, en l'absence d'une telle précision, il existe actuellement une controverse. Trois possibilités pourraient être envisagées en ce qui concerne le point de départ du régime modifié à l'égard des époux:

1. le jour du mariage, en admettant que le changement conventionnel ait un effet rétroactif (133);
2. le jour où le nouveau contrat a été fait (134);
3. le jour du jugement en homologation (135).

La jurisprudence semble s'orienter vers cette dernière solution (136).

## 73 et 74

Ces articles reprennent les articles 1262 et 1263 C.C. en tenant compte des propositions du Projet concernant la personne protégée (137).

## 75

Cet article reprend, en le complétant, l'article 1264 C.C.

## 76

Cet article reprend, en le complétant, l'article 1265 C.C.

Il établit clairement au premier alinéa qu'une modification ou un changement au régime matrimonial peut même porter sur un seul bien déterminé en changeant le statut. Aussi, il serait possible de demander au tribunal d'homologuer un nouveau contrat dans lequel serait simplement résiliée la donation qui avait été consentie dans le contrat précédent.

Le second alinéa précise que même les donations à cause de mort peuvent aussi être modifiées, répondant ainsi à certaines interrogations et à certaines opinions en sens contraire (138).

Il n'a pas semblé nécessaire d'apporter de précision concernant la notion d'intérêt de la famille. Les craintes que les tribunaux n'interprètent cet intérêt trop restrictivement (139) comme cela semble le cas en France (140) ne paraissent guère fondées au vu de la jurisprudence actuelle (141).

77

Cet article reprend l'article 1266 alinéa 1 du Code civil, en en modifiant la rédaction. Il tient compte de la modification proposée à l'article 83 du Code civil par le Projet qui supprime le domicile légal de la femme mariée (142).

Le deuxième alinéa de l'article 1266 C.C., ainsi que l'article 1266a sont reportés au Code de procédure civile.

78

Cet article reprend l'article 1266b du Code civil en le complétant.

Il a semblé que les parties devaient elles-mêmes s'assurer que l'enregistrement serait fait et qu'il n'y aurait pas lieu d'imposer une telle obligation aux notaires.

79

Cet article tend à assurer la protection des droits des tiers en évitant de répéter la règle à plusieurs endroits du Code.

## Section II

### De la société d'acquêts

#### § - 1 De ce qui compose la société d'acquêts

80

Cet article reproduit l'article 1266c du Code civil; il l'élargit cependant en englobant l'hypothèse de l'adoption par les époux du régime de société d'acquêts postérieurement au mariage, situation rendue possible par l'article 76.

Le texte proposé évite ainsi les problèmes de qualification des biens qui auraient pu se poser au moment du changement de régime. En effet, dans l'hypothèse d'un changement de la communauté de biens vers la société d'acquêts, les biens communs, une fois partagés, devraient devenir des acquêts en vertu de l'article 1266c du Code civil (143).

Cette solution est peu compatible avec le principe qui énonce que la modification produit ses effets entre époux au jour de l'homologation du contrat et n'a pas d'effet rétroactif (144).

On a donc, tout au long du texte, remplacé l'expression «lors du

mariage» par «au début du régime» et «au cours du mariage» par «pendant le régime».

## 81

Cet article reprend l'article 1266d du Code civil en tenant compte des remarques formulées sous l'article 80.

## 82

Cet article reprend l'article 1266e du Code civil en en modifiant la rédaction; les remarques formulées sous l'article 80 valent également ici.

Le quatrième paragraphe a été modifié pour le mettre en concordance avec l'article 930 du Livre *Des obligations*.

Le sixième paragraphe a été ajouté pour combler une lacune.

## 83

Cet article reprend l'article 1266f C.C. en le complétant substantiellement.

Le deuxième alinéa a été rédigé de façon à faciliter la qualification des biens achetés à tempérament qui posent à l'heure actuelle des problèmes presque insolubles (145).

Le troisième alinéa pose tout le problème des assurances et, notamment, celui de la nature de l'assurance-vie payable aux héritiers légaux. Le cas où un époux est bénéficiaire est traité à l'article 82.

L'article proposé a été adopté après consultation avec Me Camille Charron (146) et Me Luc Plamondon (147) et en tenant compte de la décision *Beudet v. Dame Lussier* (148), ainsi que de la controverse qu'elle a suscitée (149).

Le troisième alinéa met également fin à un doute en ce qui concerne le sort des pensions de retraite et des rentes que l'époux peut racheter par anticipation. Une interprétation *a contrario* du second alinéa de l'article 1266h C.C. aurait pu donner à penser que ces rentes et pensions de retraite seraient toujours acquêts (150).

## 84

Cet article s'inspire de l'article 1266g du Code civil.

Le deuxième alinéa a été modifié pour éviter qu'en acquérant plusieurs parts à des moments différents, un conjoint ne se constitue des propres importants aux dépens des acquêts (151).

**85**

Cet article reprend l'article 1266h du Code civil en en modifiant la rédaction.

On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de retirer de cet article les créances et pensions alimentaires afin de rendre propre tant le droit que le produit qui en découle. Le caractère essentiellement personnel des aliments qui peuvent faire difficilement l'objet d'économies militait en ce sens. Cependant, en l'absence de problèmes réels posés par cet article, il a paru préférable de maintenir le *statu quo*.

Etant donné la nature périodique des versements des rentes et pensions de retraite, il a paru équitable de leur appliquer également l'absence de récompense prévue pour les pensions alimentaires et d'invalidité par l'article 1266h du Code civil ( 152 ).

**86**

Cet article reprend l'article 1266i du Code civil en utilisant la terminologie employée aux articles 18 et suivants du Code civil.

**87**

Cet article reprend l'article 1266j du Code civil en le modifiant de façon à faire passer l'ensemble du bien dans les acquêts dès que la valeur de l'accessoire est égale à celle du principal.

**88**

Cet article a été ajouté pour résoudre le problème des constructions successives qui a été soulevé en doctrine ( 153 ).

**89**

Cet article reprend l'article 1266k du Code civil en le reformulant.

Il précise que les valeurs mobilières nouvelles, acquises grâce à l'existence d'un droit propre, sont en elles-mêmes des propres, mais tient compte du fait que certaines des opérations envisagées proviennent des revenus des valeurs mobilières initiales.

**90**

Cet article modifie l'article 1266l C.C. Il s'inspire de l'article 25 de la Loi française du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique ( 154 ). La disposition proposée veut mettre fin à la controverse existant en doctrine sur la nature des droits de propriété intellectuelle par opposition aux produits et revenus ( 155 ).

**91**

Cet article reproduit l'article 1266m du Code civil en en modifiant la rédaction.

**92**

Ce texte reprend l'article 1266n du Code civil en tentant d'éviter la confusion de ce texte qui faisait d'un bien, acquêt ou propre, sur lequel aucun des époux ne pouvait justifier une propriété exclusive, un acquêt indivis; avec ce nouveau texte, le caractère du bien n'est pas modifié, bien qu'aucun des conjoints ne puisse justifier d'une propriété exclusive.

## **§ - 2 De l'administration des biens et de la responsabilité des dettes**

**93**

Ce texte reprend l'article 1266o alinéa 1 C.C. en remplaçant le mot «concours» par «consentement» et en en précisant la portée.

**94**

Cet article qui reprend substantiellement l'article 1266o alinéa 2 C.C. a été modifié pour le mettre en concordance avec l'article 930 du Livre *Des obligations*.

**95**

Ce texte reprend l'article 1266p du Code civil.

## **§ - 3 De la dissolution et de la liquidation du régime**

**96**

Cet article reprend l'article 1266r du Code civil en précisant que ce n'est pas la société d'acquêts qui se termine mais le «régime de la société d'acquêts».

Le paragraphe 2 tient compte des propositions du Projet en ce qui concerne l'absence (156).

**97**

Cet article reprend l'article 1266s du Code civil en en précisant la rédaction.

**98**

Cet article reprend le texte de l'article 1266t du Code civil. Il précise, dans son deuxième alinéa, que les acquêts forment à la dissolution du régime de la société d'acquêts deux masses: les acquêts de la femme, ceux du mari et non une seule masse comme l'article 1266t C.C. pourrait le laisser croire (157).

**99**

Cet article reprend l'article 1266u du Code civil en en modifiant la rédaction. L'obligation d'enregistrer la renonciation figure dans le Livre *De la publication des droits*.

**100**

Cet article reprend l'article 1266v du Code civil en en modifiant la rédaction.

**101**

Cet article modifie l'article 1266w du Code civil.

Il précise que le recel peut avoir lieu aussi bien sur les acquêts du receleur que sur ceux du conjoint (158).

On s'est également interrogé sur la sanction du recel et il a semblé que l'acceptation forcée des acquêts du conjoint pénalisait surtout ce dernier. Par contre, la renonciation forcée de l'époux receleur paraît trop sévère. Par conséquent, elle a été limitée à la perte de sa part dans les objets recelés, à moins évidemment que le conjoint ne renonce aux acquêts, sinon les acquêts recelés se retrouveraient sans maître. La sanction de la perte du bénéfice d'émolument a été ajoutée, car il semblait y avoir une lacune à ce sujet au droit actuel.

**102**

Cet article reprend l'article 1266x du Code civil.

**103 et 104**

Ces articles reprennent l'article 1266y du Code civil en précisant, toutefois, que les articles 101 et 102 s'appliquent également aux héritiers alors qu'il n'apparaît pas dans le texte de l'article 1266y du Code civil que les articles 1266w et 1266x les concernent également (159).

**105**

Cet article reprend l'article 1266z du Code civil en le retouchant quelque peu. En effet, l'on a décidé de supprimer l'expression «ayants droit» puisqu'il va de soi que les ayants droit d'un époux décédé ont les mêmes droits que celui qu'ils continuent.

**106**

Cet article reprend l'article 1267 alinéa 1 C.C.

**107 et 108**

Ces articles reprennent en les modifiant, les dispositions de l'article 1267 alinéa 2 du Code civil.

On s'est demandé, en effet, s'il ne convenait pas de modifier le mode de calcul des récompenses qui, à l'heure actuelle, semble favoriser très nettement le patrimoine débiteur, c'est-à-dire, le plus souvent, la masse des propres (160). Plusieurs thèses ont été avancées. La première consistait à adopter la règle de la proportionnalité, pour effectuer le calcul (161). La seconde thèse considérait l'emprunt fait à une masse comme un emprunt à un tiers avec remise uniquement de la somme numérique empruntée. L'argument de la simplicité militait en faveur de la deuxième thèse, tandis que celui de la logique même du régime de la société d'acquêts militait en faveur de la première (162).

Une troisième possibilité consistait à renverser la règle de l'article 1267 du Code civil, ce qui jouerait, le plus souvent, en faveur des acquêts. C'est cette troisième solution qui a semblé, finalement, la plus équitable.

**109**

Cet article reprend l'article 1267a alinéa 2 C.C.

**110**

Cet article reprend l'alinéa premier de l'article 1267a du Code civil.

**111**

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 1267a du Code civil.

**112**

Cet article reprend l'article 1267b du Code civil en en supprimant la mention des ayants droit pour les raisons exprimées au commentaire de l'article 105.

Le texte a été précisé afin d'éviter de confondre la société d'acquêts avec une forme quelconque de communauté.

**113**

Cet article reprend l'article 1267c du Code civil en en modifiant la rédaction.

Le Livre *Des successions* prévoit une règle analogue au bénéfice du conjoint héritier (163). La règle présente s'applique même s'il n'est pas héritier.

**114**

Cette règle se trouve également au Livre *Des successions* (164).

**115**

Cet article reprend l'article 1267d C.C. du Code civil en en modifiant la rédaction.

**116**

Cet article reprend l'article 1267d alinéa 2 C.C. *in fine*.

## Section III

### De la communauté de biens

**117**

Cet article reprend les deux premiers alinéas de l'article 1268 du Code civil.

Il n'a pas paru nécessaire de reproduire l'alinéa 3 de l'article qui édicte «que les dispositions régissant la communauté de meubles et acquêts sont applicables aux époux qui étaient, le 1er juillet 1970, mariés sous le régime de la communauté légale», cette question faisant l'objet d'une disposition transitoire.

#### § - 1 De la communauté de meubles et acquêts

##### I - De ce qui compose la communauté de meubles et acquêts tant en actif qu'en passif

**118**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1272 du Code civil.

La première modification consiste à préciser la composition de la communauté au début du régime et non «au jour de la célébration du mariage» afin de tenir compte de la possibilité qu'ont les époux de changer le régime au cours du mariage.

La seconde modification a trait au paragraphe 3 et détermine le statut des revenus des propres. Trois possibilités ont été longuement discutées:

1. les revenus des propres tombent immédiatement en communauté;



2. les revenus des propres sont propres;
3. les revenus des propres ne tombent en communauté que lorsque ces biens deviennent des économies ( 165 ).

Aucune de ces solutions n'a pu faire l'unanimité. Cependant, la première a paru de nature à mettre fin à la discrimination difficilement justifiable entre le traitement accordé aux revenus des propres de la femme par l'article 1297 du Code civil et celui réservé aux revenus des propres du mari par le paragraphe 3 de l'article 1272 du Code civil ( 166 ).

### 119

Cet article reprend l'article 1273 alinéa 1 du Code civil en remplaçant le terme «conquêt» par l'expression «acquêts».

### 120

Cet article reprend l'article 1273 alinéa 2 C.C.

### 121 et 122

Ces articles simplifient les articles 1275 et 1276 du Code civil et veulent mettre un terme aux multiples hésitations auxquelles leur interprétation a donné lieu ( 167 ).

Les immeubles reçus à titre gratuit pendant la vie du régime sont des biens propres, sans distinguer selon qu'ils ont été transmis par succession *ab intestat* ou testamentaire, par donation entre vifs ou à cause de mort, et ce par quelque personne que ce soit, à moins que le donateur ou le testateur n'ait expressément indiqué le contraire. Si au contraire, la libéralité est faite aux deux époux conjointement, il est normal que le bien tombe en communauté, à moins également d'une stipulation contraire ( 168 ).

### 123

Cet article s'inspire de l'article 1277 du Code civil en le simplifiant. Il n'a pas paru nécessaire de limiter le principe au cas où l'immeuble est donné par un ascendant alors que l'article précédent supprime les distinctions selon la provenance des immeubles.

### 124

Cet article reprend l'article 1278 du Code civil en remplaçant, comme il a déjà été fait, l'expression «pendant le mariage» par l'expression «au cours du régime».

### 125

Cet article reprend l'article 1279 du Code civil en adaptant le principe à celui de l'article 84.

**126**

Cet article, de droit nouveau, établit en matière de communauté de biens une règle que l'on retrouve déjà en société d'acquêts à l'article 82 paragraphe 4.

Elle existait d'ailleurs déjà pour les assurances sur la vie contractées en vertu de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* (169).

Il semble, en outre, qu'il y ait intérêt à faire concorder les règles en société d'acquêts et en communauté de biens.

**127**

Cet article, de droit nouveau, établit une règle analogue à celle de l'article 89.

**128**

Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la règle de la société d'acquêts prévue à l'article 87.

Il s'écarte du droit actuel qui applique à l'accessoire d'un immeuble propre les articles 413 et 414 du Code civil avec, pour résultat, de rendre l'accessoire propre, quelle que soit sa valeur comparée à celle de l'immeuble (170). Cette solution a paru peu équitable et on a préféré aligner la communauté sur la société d'acquêts.

**129**

Cet article est le pendant de l'article 88.

**130**

Cet article établit, en matière de communauté, une règle analogue à celle de l'article 85 pour la société d'acquêts.

En ce qui concerne les pensions de retraite, si le caractère personnel du droit ne semble pas faire de doute (171), l'absence de récompense s'écarte du droit actuel (172).

Il a semblé, en effet, que l'exigence de la compensation risque de mettre l'époux dans une situation difficile lorsque le fond de pension est le seul bien qu'il possède et qu'il ne peut pas en disposer.

**131**

Cet article étend à la communauté la règle de l'article 90.

**132**

Le deuxième paragraphe de l'article proposé reprend l'article 1279a du Code civil en en modifiant la rédaction.

Les premier, troisième et quatrième paragraphes reprennent les solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles en tendant à faire cesser une hésitation en ce qui concerne les instruments de travail ( 173 ).

**133**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1280 du Code civil.

Le paragraphe 4 de l'article proposé qui s'inspire de l'article 1282 C.C. tend à établir une corrélation entre l'actif qui tombe en communauté et les dettes qui y correspondent. Ainsi, si un époux n'avait que des dettes et pas d'actif au moment du mariage, ces dettes demeureraient propres. L'obligation envers les créanciers est traitée à l'article suivant.

**134**

Cet article remplace l'article 1281 du Code civil; il traite des recours des créanciers en ce qui concerne le paiement du passif antérieur à l'adoption du régime et les autorise à poursuivre le paiement des dettes propres sur les biens de la communauté en cas de carence des biens propres. Dans ce cas, la communauté aura droit à récompense.

De plus, l'article proposé abolit toute discrimination entre les dettes du mari et celles de la femme.

**135**

Cet article reprend l'article 1284 du Code civil.

**136, 137 et 138**

Ces articles reprennent, en le modifiant, l'article 1285 du Code civil.

**139**

Cet article étend le premier alinéa de l'article 1285 aux successions qui échoient aux deux époux comme cela aurait dû être fait lors de la réforme de 1970, puisque la distinction entre les successions mobilières et les successions immobilières qui échoient à l'épouse avait disparu ( 174 ).

**140**

Cet article reprend l'article 1289 du Code civil.

**141, 142 et 143**

Ces articles reprennent, en le modifiant légèrement, l'article 1290 du Code civil.

La notion de «profit» contenue à l'article 1290 C.C. a été remplacée par celle «d'avantage pécuniaire» car la communauté peut tirer profit, au

sens large, de l'usage ou de la jouissance d'une chose sans en retirer un avantage pécuniaire quelconque.

#### **144 et 145**

Ces articles reprennent, avec quelques modifications, les deux premiers alinéas de l'article 1291a du Code civil.

#### **146**

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 1291a du Code civil qui en a été séparé puisqu'il se rapporte également aux cas des articles 138, 142, 143 et 145.

#### **147**

Cet article reprend l'article 1291b du Code civil en le précisant.

#### **148**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1294 du Code civil.

#### **149**

Cet article reprend l'article 1291c du Code civil.

### **II - De l'administration de la communauté de meubles et acquêts et de l'effet des actes des époux**

#### **150**

Cet article remplace le premier alinéa de l'article 1292 du Code civil et pose le principe du choix de l'administrateur de la communauté par les époux.

#### **151**

Ce texte reprend le principe de l'unité d'administration du premier alinéa de l'article 1292 du Code civil.

#### **152**

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 1292 du Code civil.

#### **153**

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 1292 du Code civil.

#### **154**

Cet article précise le sens du mot «consentement» employé aux articles 152 et 153.

**155**

Cet article reprend le quatrième alinéa de l'article 1292 du Code civil.

**156**

Cet article, de droit nouveau, soumet l'époux administrateur de la communauté aux obligations de l'administrateur du bien d'autrui ( 175 ).

**157**

Cet article reprend l'article 1293 du Code civil.

**158**

Cet article remplace les articles 1303, 1304 et 1307 du Code civil.

**159**

Cet article reprend la règle de l'article 1305 du Code civil et adapte au régime de la communauté la règle prévue pour la société d'acquêts aux alinéas 2 et 3 de l'article 83.

**160**

Cet article reprend l'article 1308 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**III - De la dissolution de la communauté****161**

Cet article reprend l'article 1310 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**IV - De l'acceptation de la communauté****162**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1338 du Code civil.

La faculté accordée au conjoint de l'administrateur de renoncer à la communauté a fait l'objet de certaines hésitations. Certains auraient préféré voir les époux bénéficier de l'actif de la communauté et en supporter les dettes en parfaite égalité sans que l'un d'entre eux puisse échapper au régime, sauf le cas de la séparation de biens judiciaire. Dans la même optique, on a émis l'opinion que les biens réservés auraient dû être supprimés. De telles réformes n'ont paru se justifier que dans le cas d'une administration conjointe de la communauté par les époux. Or, cette formule a été écartée ainsi qu'il est expliqué dans l'introduction. Si la communauté est administrée par un seul époux, la protection de l'autre

exige qu'il puisse renoncer à la communauté en préservant le produit de son travail, en cas de mauvaise administration.

**163**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1339 du Code civil.

**164**

Cet article reprend l'article 1340 du Code civil en tenant compte du fait qu'un conjoint serait nécessairement, soit majeur, soit réputé majeur (176). L'article 1341 du Code civil est de ce fait inutile.

**165**

Cet article reprend l'article 1342 du Code civil.

**166**

Cet article reprend l'article 1343 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**167**

Cet article reprend l'article 1344 du Code civil.

**168**

Cet article reprend l'article 1345 du Code civil.

**169**

Cette disposition s'inspire de la règle énoncée à l'alinéa 2 de l'article 99 pour la société d'acquêts. L'obligation d'enregistrer formulée à l'article 1353a du Code civil se trouve à l'article 13 du Livre *De la publication des droits*.

**170**

Cet article reprend l'article 1346 du Code civil.

**171**

Cet article reprend l'article 1347 du Code civil.

**172**

Cet article reprend l'article 1348 du Code civil avec de légères modifications.

**173**

Cet article reprend l'article 1349 du Code civil en le modifiant légèrement.

**174**

Cet article reprend l'article 1351 du Code civil en le coordonnant avec l'article 100.

**175**

Cet article reprend, en le simplifiant, l'article 1352 du Code civil.

**176**

Cet article reprend l'article 1353 du Code civil.

**V - Du partage de la communauté****177**

Cet article remplace les articles 1354 et 1357 paragraphe 1 du Code civil.

**178, 179, 180 et 181**

Ces articles remplacent les articles 1355, 1356 et 1357 alinéas 2 et 3 du Code civil et reprennent la solution proposée pour les récompenses en régime de société d'acquêts par les articles 106, 107 et 108.

**182**

Cet article détermine la manière dont les prélèvements et les rapports doivent se faire en s'inspirant de la règle de la société d'acquêts prévue à l'article 112.

**183 et 184**

Ces articles s'inspirent de l'article 1358 du Code civil.

**185**

Cet article s'inspire de l'article 1359 du Code civil.

**186**

Cet article reprend en substance l'article 1360 du Code civil.

**187**

Cet article reprend l'article 1361 du Code civil.

**188**

Cet article reprend l'article 1362 du Code civil.

**189**

Cet article s'inspire de l'article 1363 du Code civil.

**190**

Cet article s'inspire de l'article 1364 du Code civil en l'alignant sur l'article 101.

**191**

Cet article reprend l'article 1365 du Code civil.

**192**

Cet article reprend l'article 1366 du Code civil.

**193**

Cet article reprend l'article 1367 du Code civil.

**194**

Cet article reprend l'article 1369 du Code civil.

**195**

Cet article reprend, en le modifiant, l'article 1370 du Code civil. Il supprime la nécessité de l'inventaire et le conjoint peut faire la preuve de son émolument par tous moyens.



**196**

Cet article reprend l'article 1371 du Code civil.

**197**

Cet article reprend l'article 1372 du Code civil.

**198**

Cet article reprend l'article 1373 du Code civil.

**199**

Cet article reprend l'article 1376 du Code civil.

**200**

Cet article reprend l'article 1377 du Code civil.

**201**

Cet article reprend l'article 1378 du Code civil.

**VI - De la renonciation à la communauté et de ses effets****202**

Cet article reprend l'article 1379 du Code civil.

**203**

Cet article reprend l'article 1381 du Code civil.

**204**

Cet article s'inspire de l'article 1382 du Code civil en l'adaptant à la conception nouvelle de la communauté.

**205**

Cet article s'inspire de l'article 1383 du Code civil en l'adaptant à la conception nouvelle de la communauté.

**§ - 2 Des principales clauses modificatives de la communauté de meubles et acquêts****I - De la communauté réduite aux acquêts****206**

Cet article reprend l'article 1389a du Code civil en le modifiant quelque peu dans sa formulation.

**II - De la faculté de reprendre son apport franc et quitte****207**

Cet article reprend l'article 1400 du Code civil en le modifiant pour tenir compte de la communauté de biens telle qu'elle est proposée dans le Projet; le second alinéa, qui ne faisait que donner des exemples, a été supprimé.

**III - Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté****208**

Cet article reprend l'article 1406 du Code civil en en simplifiant la rédaction.

**209**

Cet article reprend l'article 1407 du Code civil en en simplifiant la rédaction.

**210**

Cet article reprend l'article 1408 du Code civil, en en simplifiant la rédaction.

**211**

Cet article reprend l'article 1409 du Code civil.

**212**

Cet article reprend l'article 1410 alinéa 1 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**213**

Cet article reprend, en en modifiant la rédaction, l'article 1410 alinéa 2 du Code civil.

**214**

Cet article reprend, en en simplifiant la rédaction, le premier alinéa de l'article 1411 du Code civil. Le deuxième alinéa est rendu inutile par la réforme des donations (177).

**IV - De la communauté à titre universel****215**

Cet article reprend l'article 1412 du Code civil.

**§ - 3 Des biens réservés****216**

Cet article reprend le premier alinéa de l'article 1425a du Code civil en le modifiant pour tenir compte de l'administration de la communauté de biens telle qu'elle est proposée dans le Projet. Les raisons de la rétention des biens réservés sont expliquées au commentaire de l'article 162.

**217**

Cet article reprend, en partie, le deuxième alinéa de l'article 1425a du Code civil.

**218**

Cet article reprend, en partie, le deuxième alinéa de l'article 1425a du Code civil.

**219**

Cet article précise le sens du mot «consentement» employé aux articles 217 et 218.

**220 et 221**

Ces articles reprennent le cinquième alinéa de l'article 1425a du Code civil en en modifiant la rédaction.

**222**

Cet article reprend les dispositions de l'article 1425e du Code civil.

**223**

Cet article reprend les dispositions de l'article 1425f alinéa 1 du Code civil.

**224**

Cet article reprend les dispositions de l'article 1425f alinéa 2 du Code civil.

**225**

Cet article reprend les dispositions de l'article 1425f alinéa 3 du Code civil.

**226**

Cet article reprend les dispositions de l'article 1425h du Code civil.

**Section IV****De la séparation de biens****§ - 1 De la séparation de biens conventionnelle****227**

Cet article reprend l'article 1436 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**228**

Cet article reprend l'article 1437 du Code civil.

**229**

Cet article reprend l'article 1439 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**§ - 2 De la séparation judiciaire de biens****230**

Cet article remplace les articles 1440 et 1441 du Code civil.

D'une part, il donne aux époux mariés en communauté de biens le droit de demander la séparation de biens. En effet, le principe de l'égalité des époux exige que l'administrateur de la communauté puisse demander la séparation lorsque son conjoint administre mal ses biens réservés.

D'autre part, l'article proposé généralise les motifs de séparation de biens à la mise en péril des intérêts de la famille ou de ceux de l'époux demandeur.

**231**

Cet article reprend l'article 1442 alinéa 1 du Code civil. L'alinéa 2 a été supprimé parce qu'il n'a pas semblé utile que les effets du jugement accordant la séparation de biens soient retardés par la non-exécution du jugement.

**232**

Cet article reprend le premier alinéa de l'article 1445 du Code civil.

Le deuxième alinéa a paru inutile. En effet, l'action oblique peut toujours être exercée par les créanciers ( 178 ).

**233**

Cet article reprend l'article 1446 du Code civil en en modifiant la rédaction.

**234**

Cet article reprend l'article 1449 du Code civil en en modifiant la rédaction.

## CHAPITRE IX

### DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

**235**

Cet article reprend l'article 185 du Code civil en ajoutant deux précisions.

Il est logique que le jugement déclaratif de décès mette fin au mariage puisqu'un tel jugement n'est prononcé que si le tribunal a la conviction que la personne est décédée. Bien que le Code civil ne le précise pas, les auteurs sont d'avis que le conjoint du disparu peut se remarier après le prononcé du jugement ( 179 ).

Le jugement déclaratif d'absence est prévu dans les dispositions nouvelles proposées pour régir l'absence ( 180 ).

## CHAPITRE X

### DE LA SEPARATION DE CORPS ET DU DIVORCE

#### Section I

##### Disposition générale

236

Cet article s'écarte peu du droit actuel. Il rassemble, dans une même disposition, des principes énoncés d'une façon analogue dans les articles 208, 212 et 213 du Code civil.

Une notion nouvelle apparaît, toutefois, dans la disposition proposée: les accords conclus entre les époux. Bien que la dissolution du lien matrimonial, comme telle, ne doive pas être laissée à la volonté commune des parties, il a néanmoins semblé souhaitable d'encourager le plus possible celles-ci à régler leurs problèmes d'un commun accord à condition que ce règlement soit toujours soumis au tribunal (181).

Ce dernier tiendra compte de toutes les circonstances et, en particulier, de la contribution de chaque époux au bien-être de la famille.

La conduite des parties mentionnée à l'article 212 du Code civil n'a pas été reprise dans l'énumération des critères qui doivent servir de guide au tribunal dans ses diverses décisions. Il a semblé que l'insistance sur la conduite cadrait mal avec la philosophie du divorce-remède. Néanmoins, la conduite des époux peut être une des circonstances dont le juge doit tenir compte. Ainsi, la conduite d'une personne, en tant que parent, doit être examinée à la lumière de l'intérêt de l'enfant. Le fait qu'une personne est entretenue par un époux de fait entrera, de même, en ligne de compte pour la fixation du montant de la pension alimentaire (182).

#### Section II

##### Des accords à l'occasion d'une séparation de fait

237

Il a paru souhaitable d'introduire dans la législation québécoise une certaine réglementation des conventions de séparation. Celles-ci sont fréquentes dans la pratique (183). Elles sont néanmoins l'objet de réserves toutes les fois où elles paraissent encourager le divorce ou la séparation de

corps ou encore modifier les obligations résultant du mariage (184). La Cour d'appel déclarait encore en 1968: «La convention doit être tenue pour nulle dans la mesure où elle vise à modifier les obligations que la loi impose aux époux» (185).

Ces conventions sont au contraire parfaitement admises et très répandues dans les pays de Common Law, spécialement dans les autres provinces du Canada, aux Etats-Unis et en Angleterre (186). Elles permettent aux époux de sanctionner un désir commun de vivre séparés sans lui donner le caractère définitif que confère une décision du tribunal.

On a donc cru devoir donner droit de cité à de telles conventions tout en les soumettant à l'autorité du tribunal et en en limitant les effets (187).

Il a été jugé souhaitable de limiter le contenu des accords entre époux, à l'occasion d'une séparation de fait, aux conventions relatives à la garde des enfants et aux charges du mariage, y compris les aliments.

Il n'a pas paru nécessaire de définir les charges du mariage qui sont laissées à l'interprétation du tribunal (188).

Dans le droit actuel, les accords entre époux au sujet des pensions alimentaires, charges du mariage, et garde des enfants sont souvent pris en considération par le tribunal lorsqu'il rend des décisions dans ces différents domaines (189), même s'il ne les suit pas entièrement (190).

Il est, toutefois, entendu que les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées que conformément aux articles du Projet.

## 238

Pour pouvoir se prévaloir d'une convention, il faudrait que les époux l'aient rédigée par écrit et l'aient fait homologuer par le tribunal. En effet, une convention verbale est difficile à prouver et peut présenter le danger de lier un époux moins instruit ou plus influençable à des accords défavorables pour lui. D'autre part, il est indispensable d'avoir un écrit pour pouvoir procéder à une homologation. Une fois la convention homologuée, elle devient exécutoire.

Il est bien entendu que le juge pourra refuser d'homologuer une convention qui serait contraire à l'ordre public ou qui ferait peser sur un époux des obligations vraiment hors de proportion avec ses facultés. Une telle convention ne pourrait, par exemple, contenir aucune renonciation unilatérale à un droit (191).

Le refus du juge serait conforme à la procédure prévue par l'article 875 du Code de procédure civile.

Dans son appréciation de la convention, le juge serait guidé par le

principe énoncé à l'article 236, et celui de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'article 25 du Livre *Des personnes*.

### 239

Le pouvoir de modifier des accords entre époux est conforme au principe suivant lequel les pensions alimentaires et les décisions relatives à la garde des enfants sont toujours sujettes à modification (192).

## Section III

### Des causes de séparation de corps et de divorce

#### 240

Cet article et les suivants ont fait l'objet de commentaires aussi nombreux que divers, allant du reproche de favoriser la destruction de la famille à celui de freiner la solution franche du divorce par consentement mutuel. D'aucuns regrettent que la notion de faute n'ait pas totalement disparu; d'autres trouvent qu'elle aurait dû être conservée comme dans la loi actuelle et même renforcée. Devant cette extrême diversité, il a paru opportun de retenir l'esprit du Projet initial tout en lui apportant toutes les améliorations de détail qui semblent faire l'objet d'un certain consensus.

Cet article traduit le principe essentiel selon lequel le divorce ou la séparation de corps sont des remèdes à l'échec du mariage.

La version initiale du Projet prévoyait que le divorce ou la séparation était prononcé lorsque «la vie commune est devenue intolérable». Certains commentaires ont fait observer que le seuil d'intolérabilité peut varier d'une personne à l'autre et que l'on risquait de se retrouver devant les mêmes hésitations que pour l'évaluation de la cruauté physique et surtout mentale (193). D'autre part, mettre l'accent sur «l'impossibilité» de la vie commune n'aurait fait que compliquer la tâche du tribunal. La vie commune peut être possible, matériellement, alors que l'échec du mariage est total et que les époux n'ont nullement l'intention de se réconcilier.

Certaines situations peuvent faire présumer un tel échec - et l'article 241 cite les plus fréquentes - mais il semble peu réaliste de prétendre énumérer toutes les causes de divorce ou de séparation, péremptoires ou non, dans un texte de loi, comme le font les articles 186 et suivants du Code civil et les articles 3 et 4 de la *Loi (fédérale) sur le divorce* (194). Les hésitations jurisprudentielles relatives à certaines causes de divorce ou de séparation, telles la cruauté ou les injures graves, montrent bien que la



réalité psychologique empêche toute énumération ou interprétation limitative (195).

## 241

L'article proposé énonce les trois causes principales qui font présumer de façon absolue l'échec du mariage. Il ne s'agit nullement d'une énumération limitative, mais bien simplement d'énoncer les présomptions irréfragables. Lorsque le mariage est un échec, pour quelque cause que ce soit, le divorce ou la séparation doit être prononcé.

Les présomptions du texte proposé comprennent les fautes qu'un conjoint peut commettre à l'égard de l'autre ou des enfants: adultère, refus de secours ou d'assistance, cruauté, excès, sévices et injures graves et refus de faire vie commune.

Le deuxième paragraphe tend à clarifier le droit actuel en n'exigeant l'intention de ne pas faire vie commune que de la part d'un seul époux.

Une telle disposition a l'avantage d'éviter les hésitations relatives à la distinction entre la séparation et l'abandon, la première devant, selon certains jugements, être caractérisée par l'intention de mettre fin au mariage dans le chef des deux époux (196).

Il a paru opportun de préciser deux cas où la séparation des époux est inévitable bien qu'elle ait été involontaire: la maladie incurable et l'emprisonnement. Cette dernière hypothèse figure déjà, avec des modalités un peu différentes, dans la *Loi sur le divorce* (197).

On s'est interrogé sur l'opportunité de réduire ce délai de trois ans. Cette proposition ayant rencontré une opposition assez vive, il a été convenu de le laisser inchangé (198).

En ce qui concerne l'abandon, il faut signaler un changement par rapport au droit actuel puisque le divorce ne peut être demandé par un conjoint qui a abandonné l'autre qu'après cinq ans d'abandon (199).

Le paragraphe 3 de l'article réalise un compromis entre l'opinion des partisans du divorce par consentement mutuel et celle de ses adversaires. Pour les premiers, il n'y a pas d'intérêt à sauvegarder un mariage lorsqu'il est établi que les époux ne veulent plus vivre ensemble ce qui, selon eux, est la meilleure preuve de l'échec du mariage. Selon les autres, au contraire, le divorce par consentement mutuel risque fort d'affaiblir la stabilité des mariages. Le délai d'un an qui y est prévu oblige les époux à une période de réflexion propice, de nature, on l'espère, à éviter les décisions précipitées, tout comme les pressions exercées par un conjoint pour arracher le

consentement de l'autre. Telle qu'elle est proposée, la disposition a néanmoins fait l'objet de certaines réserves.

## 242

Cet article s'inspire de l'article 4(1)c) de la *Loi sur le divorce*. Il s'agit ici, non pas d'une simple séparation, mais de l'absence au sens du Code civil. Une disposition spéciale semble s'imposer parce que l'on ne peut prétendre que le mariage est un échec lorsque la vie commune n'existe plus étant donné l'absence du conjoint.

L'«incapacité de retrouver» le conjoint sous-entend que le requérant a fait des recherches sérieuses pour retrouver son conjoint (200).

## 243

Cet article s'inspire de l'article 4(1)d) de la *Loi sur le divorce* avec quatre différences importantes. Tout d'abord, l'un et l'autre des époux peuvent demander le divorce ou la séparation. Il semble, en effet, que l'impuissance provoquée par la maladie ou l'invalidité mette l'impuissant dans une situation telle qu'il puisse lui aussi vouloir mettre fin à son mariage. D'autre part, le refus de consommer le mariage n'est pas mentionné dans la présente disposition. Il s'agit, en effet, d'un manquement à un devoir résultant du mariage qui est couvert par l'article 241 paragraphe 1.

En outre, il a paru inutile d'exiger que les époux soient séparés au moment de la requête (201).

Enfin, l'article proposé précise que le délai d'un an doit être une période de cohabitation pour donner aux époux le temps de chercher ensemble s'il n'existe pas des traitements médicaux ou psychiatriques de nature à guérir le conjoint impuissant.

## 244

Cet article prévoit la condition nécessaire pour que le tribunal prononce le divorce ou la séparation: il doit être convaincu que le mariage est un échec. Il ne s'agit nullement de permettre aux époux de mettre fin au mariage parce que celui-ci traverse une période de difficultés temporaires ou que, sur un coup de tête, un époux décide de divorcer.

L'exigence de la preuve de l'échec du mariage établit une distinction très nette entre le divorce demandé conjointement par les époux tel qu'il est prévu à l'article précédent et le divorce par consentement mutuel tel qu'il existe dans certaines législations étrangères qui n'exigent aucune justification de la part des époux (202).

Le seul cas qui se rapproche du consentement mutuel est la présomption de l'échec prévue au paragraphe 3 de l'article 241; mais la décision de demander le divorce de consentement doit avoir résisté à un an de réflexion.

Le deuxième alinéa tend à clarifier les principes des articles 9(1)a) de la *Loi sur le divorce* et 813 du Code de procédure civile. Le droit actuel n'interdit nullement de tenir compte des aveux d'une partie «mais il défend au tribunal de rendre jugement seulement sur la foi des pièces de la contestation écrite qui comporte des aveux ou sur un consentement à jugement» (203). Il faut en effet que le tribunal ne prononce un jugement qu'après une instruction.

## Section IV

### De la conciliation

#### 245

Le Projet accorde une très grande importance à la conciliation. Celle-ci doit se comprendre non seulement comme un effort vers la réconciliation des époux, dans les cas où elle est éventuellement possible, mais également et surtout comme un moyen d'amener les époux à s'accorder dans tous les domaines où ils peuvent le faire.

La *Loi sur le divorce* fait une large place à la conciliation, s'inspirant en cela des suggestions du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes qui a préparé cette législation (204).

Elle prévoit la conciliation à trois reprises: l'avocat (a. 7), le juge (a. 8) doivent s'assurer qu'elle n'est pas opportune; finalement, s'il y a eu réconciliation, le divorce conditionnel ne devient pas irrévocable (a. 13). Le Code civil, par contre, est moins spécifique et se borne à faire de la réconciliation des époux une fin de non-recevoir de l'action en séparation de corps (a. 199 C.C.). Il y avait là une lacune grave à combler (205).

Quelles que soient les exigences légales, on peut douter de leur efficacité en l'absence de services de conciliation suffisamment nombreux et suffisamment qualifiés (206). C'est pourquoi il a paru nécessaire d'élaborer une procédure de conciliation détaillée et administrée par des services spécialement conçus à cet effet, dans le cadre, on l'espère, d'un tribunal de la famille (207).

Cette disposition reprend le principe de l'article 8 de la *Loi sur le divorce* en y ajoutant la vérification obligatoire par le juge du fait que la

procédure de conciliation, prévue dans les articles suivants et au Code de procédure civile, a bien été respectée.

## 246

Le premier paragraphe du texte proposé reprend la règle de l'article 8 de la *Loi sur le divorce* selon laquelle le tribunal doit ajourner les procédures s'il lui apparaît qu'une réconciliation est possible entre les époux.

Il a paru souhaitable que le tribunal indique une date à laquelle l'instance est ajournée plutôt que de prévoir, comme dans la loi actuelle, l'ajournement *sine die* avec la possibilité, pour chacun des conjoints, de demander la reprise des procédures après quatorze jours.

Bien que l'article 247 prévoie que la réconciliation des parties met fin à l'instance, il n'a pas paru opportun de prévoir une obligation pour le tribunal de rejeter la demande s'il apparaît qu'une partie a, à un moment donné, pardonné à l'autre, comme le fait l'article 9(1)c) de la *Loi sur le divorce*. Tout doit être mis en oeuvre pour favoriser la réconciliation et ce but n'est pas atteint si les parties peuvent craindre de se voir refuser un divorce, simplement parce que le juge n'est pas convaincu qu'une réconciliation n'a pas eu lieu (208).

Les paragraphes 2 et 3 reprennent le principe énoncé au paragraphe f) de l'article 9(1) de la *Loi sur le divorce*, mais il s'agit ici plutôt d'un ajournement que du refus de prononcer le divorce. Cette mesure a paru plus réaliste et elle est d'ailleurs conforme à la jurisprudence. Les tribunaux, en général, ont hésité à rejeter la demande en divorce lorsque des circonstances extérieures - extrême pauvreté, maladie - le rendaient spécialement pénible pour l'un des conjoints. Ils ont plutôt essayé de trouver un remède approprié à la situation (transfert de l'assurance-maladie au profit du conjoint hospitalisé (209), hypothèque au profit de l'épouse sur une maison du mari et permission à l'épouse d'y demeurer (210)).

Finalement, le dernier alinéa prévoit la possibilité de désigner une personne qualifiée pour procéder à la conciliation. Cette disposition figure déjà à l'article 8 paragraphe 1 de la *Loi sur le divorce*. L'article proposé est néanmoins rédigé en des termes plus larges et la désignation du conseiller matrimonial n'est qu'un exemple des mesures que le tribunal peut prendre.

## 247

Cet article s'inspire des articles 196 et 197 du Code civil qui s'appliquent uniquement à la séparation de corps. Dans le droit actuel, la réconciliation met obstacle à l'action en séparation de corps, quel que soit le stade auquel elle est arrivée. Le principe est retenu, mais l'exigence d'un

écrit est destinée à éviter les grandes difficultés de preuve qui existent à l'heure actuelle toutes les fois qu'un époux prétend qu'il y a eu réconciliation et que l'autre le conteste (211).

Le dernier alinéa de l'article s'écarte de l'article 9(2) de la *Loi sur le divorce* qui prévoit que toute conduite qui a fait l'objet d'un pardon ne peut être invoquée de nouveau. La règle de l'article 197 du Code civil, qui permet de faire usage des anciennes causes de séparation pour appuyer une nouvelle demande à condition qu'il y ait eu des faits nouveaux la justifiant, a paru plus réaliste.

## 248

Même si les motifs invoqués par le requérant ne sont pas suffisamment sérieux pour que le tribunal prononce une séparation de corps ou un divorce, il peut être bon que les époux vivent séparément pendant un certain temps afin de permettre aux esprits de s'apaiser. Ce délai de réflexion est d'ailleurs déjà implicite dans l'article 198 du Code civil. Il a été jugé souhaitable de préciser que le tribunal peut rendre certaines ordonnances accessoires en vue d'organiser la vie des époux (pension alimentaire, garde des enfants) pendant cette période de séparation.

## Section V

### Des mesures provisoires

## 249

Cet article simplifie le droit actuel et, notamment, les articles 200 alinéa 2 du Code civil et 820 du Code de procédure civile, en éliminant la requête de l'épouse pour demander la permission de se retirer dans un autre lieu que celui de son domicile ou de demeurer au domicile conjugal à l'exclusion du mari. La formule proposée met fin automatiquement, dès l'introduction de la demande, à l'obligation de cohabiter, sans préjudice des mesures provisoires concernant l'occupation éventuelle de la résidence familiale prévues à l'article suivant.

## 250

Cet article ne change rien au droit actuel en ce qui concerne la résidence de la famille; il est simplement une conséquence du précédent. Il permet au juge d'organiser l'occupation de la résidence familiale pendant l'instance au mieux des intérêts de la famille et consacre ainsi la jurisprudence actuelle (212).

Le texte proposé ajoute, par contre, une précision au droit actuel en ce

qui concerne l'usage des meubles. A la différence de l'article 814 du Code de procédure civile qui prévoit la possibilité d'une saisie des biens meubles appartenant à un conjoint et qui sont entre les mains de l'autre, le texte proposé prévoit une mesure indépendante de la propriété des meubles. Il tend à éviter qu'un époux ne profite du départ de son conjoint qu'il a lui-même provoqué pour liquider totalement le mobilier familial.

Le sort définitif des meubles ainsi attribués se règlera en même temps que le prononcé du divorce ou de la séparation de corps, par la dissolution du régime matrimonial ou encore conformément à l'article 56 qui permet au tribunal d'attribuer la propriété des meubles garnissant la résidence familiale même à l'époux non propriétaire.

## 251

Cet article reprend l'article 200 du Code civil dans une rédaction simplifiée étant donné le principe général de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'article 25 du Livre *Des personnes*.

Cet article donne un large pouvoir au tribunal, les enfants pouvant être confiés à d'autres personnes que leur père ou mère et des droits de visite pouvant être accordés aux grands-parents (213).

La procédure à suivre serait prévue dans le cadre du tribunal de la famille ou au Code de procédure civile.

## 252

Cet article reprend également une partie de l'article 200 du Code civil en précisant la possibilité d'accorder une pension pour frais de justice. Cette disposition ne change rien au droit actuel ni aux règles jurisprudentielles suivant lesquels «en principe la pension alimentaire pendant l'instance en séparation de corps doit comprendre, en plus des aliments, une certaine somme pour permettre à l'épouse de payer les déboursés du procès, lorsque les moyens du mari le permettent. Dans des cas particuliers, une demande de provision peut être faite, en tout état de cause, à la condition qu'elle soit justifiée par les circonstances et par les besoins de l'épouse» (214).

Il faut noter que la pension pourra être modifiée, ainsi qu'il est prévu à l'article 257.

## Section VI

### Des mesures accessoires

#### 253

Cet article doit se lire en même temps que l'article 236 énonçant les principes qui doivent guider le juge dans toute décision relative à une séparation de corps ou à un divorce. Il est de plus complété par les articles suivants qui précisent les modalités des mesures accessoires énumérées ici.

L'ensemble de ces dispositions ne modifie pas le droit actuel. Le texte proposé établit une distinction assez nette entre les aliments dus aux enfants en vertu d'une obligation alimentaire qui subsiste, quel que soit le sort du mariage, et la pension alimentaire entre époux. Il existe en effet une obligation alimentaire entre époux divorcés, ainsi que le prévoit l'article 337. Celle-ci peut néanmoins disparaître si le tribunal en décide ainsi, comme le prévoit l'article 256 (215). L'exécution de l'obligation alimentaire peut prendre plusieurs formes comme, par exemple, le versement d'une allocation de recyclage ou de réhabilitation.

L'article énumère les principales mesures accessoires, mais il en est d'autres telles l'attribution de la propriété des meubles (a. 56), l'attribution du droit au bail (a. 64) et l'attribution de la résidence familiale (a. 65).

La précision, à la fin de l'article, qu'il s'agit de l'entretien des enfants «même majeurs», permet à un conjoint de joindre la demande d'aliments pour un enfant majeur à la sienne propre et d'éviter ainsi des procédures inutiles (216).

#### 254

Cet article reprend la deuxième partie du premier alinéa de l'article 212 C.C. Les sommes destinées aux enfants peuvent comprendre, outre une pension alimentaire payée en versements périodiques ou capitalisés, des montants spéciaux destinés à des dépenses précises, telles des interventions chirurgicales, des prothèses, des vacances, etc. La jurisprudence actuelle en donne d'ailleurs des exemples (217).

L'article proposé tend également à mettre fin à une hésitation concernant le pouvoir du juge en vertu de la *Loi sur le divorce* d'accorder à la fois une pension périodique et une somme globale (218).

Il aurait été souhaitable, ainsi que le suggèrent certains commentaires, de proposer que le tribunal ait la faculté d'indexer la pension alimentaire. En l'absence d'un indice officiel, il a paru impossible de trouver une formule d'indexation.

Finalement, il faut noter que s'il est peut-être souhaitable que le jugement ou l'accord de séparation détaille l'affectation des différentes sommes versées par un conjoint à l'autre, cette énumération risque d'avoir de sérieuses implications fiscales (219).

Les pouvoirs et les obligations du fiduciaire sont définis aux titres *De la fiducie* et *De l'administration du bien d'autrui* (220).

## 255

Cet article précise que les mesures accessoires peuvent être prises en tout temps après le prononcé du divorce ou de la séparation de corps. Il tend ainsi à mettre fin aux hésitations jurisprudentielles (221) concernant la possibilité de demander une pension après le prononcé du divorce et consacre la solution adoptée par la Cour d'Appel (222). Il existe d'ailleurs un projet d'amendement à la Loi sur le divorce allant dans ce sens (223).

## 256

Cet article est limité à l'hypothèse d'un divorce.

Bien qu'en principe l'obligation alimentaire existe entre époux divorcés, ainsi que le prévoit l'article 337, il peut y avoir des cas où le maintien d'un lien quelconque entre les époux ne se justifie nullement. Par exemple, si le mariage a duré un temps assez court, les deux époux étant jeunes et en état de travailler, il peut paraître plus équitable d'accorder à l'épouse une somme globale lui permettant de revenir sur le marché du travail et de ne pas faire peser sur le mari la possibilité de se voir imposer une charge financière dix ou vingt ans après le divorce. La jurisprudence avait déjà admis cette possibilité (224). Un certain doute persiste néanmoins concernant le droit du juge de déclarer une telle décision finale et il a paru souhaitable de le dissiper (225).

La possibilité de déclarer éteint tout droit aux aliments, combinée avec celle de pouvoir demander des aliments après le prononcé du divorce, dans tous les autres cas, même s'il n'en a pas été accordé par jugement, a semblé plus souple et plus équitable que le régime actuel.

## 257

La modification toujours possible des mesures accessoires est conforme aux principes de l'article 213 du Code civil avec évidemment la réserve du cas de l'extinction du droit aux aliments qui n'aurait pas de sens si elle



pouvait être modifiée. Cette modification est laissée à l'entière discrétion du juge qui peut non seulement modifier le montant de la pension, mais encore lui substituer une somme globale (226).

L'article proposé contient, en outre, une innovation en ce qui concerne les mesures provisoires en cas de divorce qui, actuellement, ne semblent pas pouvoir être révisées par le tribunal qui les a rendues et ne peuvent faire l'objet que d'une décision en appel.

## 258

Le texte proposé permet la révision même lorsque les mesures en cause sont sujettes à appel pour éviter qu'un conjoint ne se serve des délais d'appel pour retarder une révision nécessaire.

## Section VII

### Des effets de la séparation de corps et du divorce

## 259

Cet article formule un principe découlant des articles 185 et 206 du Code civil. Il est bien entendu que, pour pouvoir se remarier, les époux doivent fournir un certificat de non-appel, ainsi qu'il est prévu à l'article 19. De toute façon, le délai de vingt jours prévu à l'article 21 permet l'appel avant que le nouveau mariage ait lieu.

Il n'a pas paru opportun de conserver les deux étapes actuelles du prononcé du divorce: jugement conditionnel et jugement irrévocable, étant donné l'extrême rareté dans la pratique de l'application du paragraphe 3 de l'article 13 de la *Loi sur le divorce*.

De toute manière, le jugement de divorce serait sujet aux procédures d'appel et de rétractation de jugement comme les autres décisions (227).

Finalement, le nombre de cas où les époux tentent de se prévaloir du paragraphe 2 de l'article 13 de la *Loi sur le divorce* et demandent que le délai de trois mois entre le jugement conditionnel et le jugement irrévocable soit abrégé a semblé un argument en faveur de la suppression des deux étapes (228).

## 260

Cet article reprend, en simplifiant la rédaction, les articles 206 et 207 du Code civil.

La question du domicile de la femme séparée de corps est traitée dans le Livre *Des personnes* (229).

**261**

Cet article reproduit l'alinéa 1 de l'article 208 du Code civil. On s'est demandé s'il ne serait pas plus simple de prévoir que la séparation de corps entraîne aussi la dissolution du régime. Une telle mesure aurait néanmoins causé des difficultés du fait que la réconciliation et la réunion des époux séparés de corps font cesser les effets de la séparation. Les époux ainsi réconciliés se seraient trouvés sans régime matrimonial.

L'expression «s'il y a lieu» a été ajoutée pour prévoir le cas où les époux séparés de corps étaient déjà séparés de biens.

**262**

Cet article s'inspire du premier alinéa de l'article 211 du Code civil. Dans sa version originale, le Projet proposait une règle voulant que la dissolution du régime matrimonial rétroagisse, quant à ses effets, au jour de la demande afin d'éviter les fraudes. Des commentateurs ont fait observer que cette rétroactivité risquait de jouer au détriment même des époux que l'on voulait ainsi protéger car il peut s'écouler un délai assez long entre le jour de la demande et celui du partage des biens. Le droit actuel est donc maintenu.

Les droits des tiers sont protégés par l'enregistrement d'un avis du jugement au registre central des régimes matrimoniaux, conformément à l'article 1266a du Code civil (230).

**263**

Cet article reprend, en le simplifiant, l'article 216 du Code civil.

**264**

Cet article tend à modifier l'article 208 du Code civil. Tout d'abord, il prévoit que le tribunal doit statuer, s'il y a lieu, sur le sort des donations, afin d'éviter les hésitations actuelles concernant le moment où le tribunal peut prendre de telles décisions (231).

Ensuite, il a semblé que les donations entre vifs consenties par contrat de mariage devraient être maintenues dans tous les cas, sauf stipulation contraire au contrat. En effet, il a paru inéquitable que les époux aient droit à leur part de communauté ou de société d'acquêts quand ils sont mariés sous un de ces régimes et puissent se voir refuser les donations qu'ils auraient prévues dans un régime de séparation.

De toute manière, l'usage d'assortir les donations de clauses résolutoires en cas de divorce tend à se développer en pratique (232). Il n'a pas paru opportun de prohiber ces clauses, car on risquerait alors de voir

disparaître les donations dans les contrats de mariage. Néanmoins, la conformité de ces clauses à l'ordre public a parfois été mise en doute.

Les donations à cause de mort font l'objet d'un régime particulier. En effet, on propose de les présumer révocables, sauf stipulation contraire dans les contrats de mariage (233).

Etant donné que le divorce ou la séparation de corps peut intervenir peu de temps après le mariage, il a paru peu opportun qu'un époux soit lié dans tous les cas par une donation à cause de mort qu'il aurait stipulée irrévocable. C'est pourquoi on a voulu donner au tribunal la discrétion de réduire ou même de rendre caduque une telle donation, suivant les circonstances.

## 265

Cet article reprend l'article 217 du Code civil en en simplifiant la rédaction.



## TITRE DEUXIEME

### DE LA FILIATION

#### CHAPITRE PREMIER

#### DE LA FILIATION PAR LE SANG

##### Section I

##### De l'établissement de la filiation

###### 266

Le premier alinéa de l'article est inspiré de l'article 218 du Code civil. Il convient toutefois de noter que l'article proposé ne fait plus référence à la légitimité de l'enfant, mais établit uniquement une présomption que le mari de la mère est le père de l'enfant.

L'article prévoit, en outre, que la naissance, et non la conception, dans le mariage, constitue le point de départ de la présomption de paternité. Cette règle, adoptée dans plusieurs législations étrangères, a pour but de favoriser l'enfant (234). Bien qu'elle soit nécessairement arbitraire, elle trouve sa justification dans l'acceptation implicite de la paternité au moment du mariage.

Le délai de cent quatre-vingts jours, prévu par l'article 218 C.C., qui doit s'être écoulé entre le mariage et la naissance de l'enfant pour que celui-ci soit présumé conçu dans le mariage est d'ailleurs tout à fait arbitraire et dépassé par les dernières découvertes de la médecine (235).

La disposition proposée ne paraît pas trop sévère à l'égard du mari, puisqu'il est admis à contester sa paternité par tous moyens de preuve propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Le deuxième alinéa de l'article, de droit nouveau, crée une présomption de paternité à l'encontre de l'homme qui vit avec la mère au moment de la naissance. Cette présomption pourra être repoussée par tous les moyens de preuve propres à établir que l'intéressé n'est pas le père de l'enfant.

###### 267

Il a semblé conforme à la réalité de présumer que l'enfant né plus de trois cents jours après la séparation de corps des époux n'a pas pour père le

mari de la mère. Cette solution s'écarte de la jurisprudence actuelle qui fait jouer la présomption même en cas de séparation de corps (236).

### 268

Cette disposition résout en faveur du second mari le conflit de paternités résultant d'un remariage de la mère avant l'expiration des trois cents jours après la dissolution ou l'annulation d'un précédent mariage.

Le second mari a été préféré au premier en raison de l'existence de fortes probabilités, notamment lorsque le premier mariage se termine par un divorce, que le second conjoint soit véritablement le père de l'enfant. Il a semblé aussi qu'il était dans l'intérêt même de l'enfant d'être intégré à la nouvelle famille qui lui offrira vraisemblablement de meilleures chances de s'épanouir harmonieusement dans un milieu sain et stable. On évite ainsi des actions en désaveu intentées uniquement en vue de clarifier la situation de l'enfant (237).

### 269

En l'absence de présomption de paternité, c'est-à-dire dans une situation où l'enfant ne naît pas pendant le mariage de sa mère ou dans les trois cents jours de la dissolution de ce mariage, la filiation paternelle peut être établie, comme dans le droit actuel, soit volontairement par le père, soit judiciairement en lui étant imposée par le tribunal.

L'innovation majeure ne réside pas dans les modes de reconnaissance, mais dans ses effets qui, comme on le verra plus loin, sont les mêmes pour tous les enfants, sans égard aux circonstances de leur naissance.

### 270

La reconnaissance de paternité, dont les effets sont précisés à l'article 272, n'est soumise à aucune forme particulière. Elle peut être écrite ou verbale.

### 271

Cet article est le pendant du précédent. La règle qu'il édicte permet à la mère de reconnaître l'enfant dans le cas où il y aurait doute sur le fait de l'accouchement ou sur l'identité de l'enfant et où, par conséquent, l'article 266 ne pourrait s'appliquer. Il s'agit d'un cas où le constat d'accouchement prévu dans la réforme des actes de l'état civil n'a pas eu lieu (238).

### 272

Cet article reprend le principe de l'article 241 C.C. suivant lequel le simple aveu de paternité ou de maternité ne lie que son auteur. Il paraissait peu souhaitable, en effet, de permettre à une personne d'acquérir, par

son simple aveu, des droits à l'égard d'un enfant et de lier les membres de sa famille. L'état d'une personne étant d'ordre public, il n'appartient pas à un individu de créer un état ou de l'affecter par simple déclaration (239).

### 273

Lorsque la reconnaissance volontaire revêt une certaine solennité ou est corroborée par un tiers, spécialement l'autre parent, il a semblé qu'elle devait faire preuve vis-à-vis des tiers. Ainsi, l'article proposé prévoit le cas où le parent signe la déclaration de naissance. Suivant la jurisprudence, la signature de l'acte de la naissance est d'ailleurs une forme consacrée de reconnaissance (240). Le fait de contribuer à l'entretien d'un enfant d'une façon continue a semblé également un signe suffisant du sérieux de la reconnaissance pour qu'elle soit opposable à tous. Finalement, l'admission par l'autre parent et la confirmation par le constat d'accouchement ont paru offrir une corroboration suffisante de la véracité de la reconnaissance.

### 274

Cet article, de droit nouveau, tend à éviter les reconnaissances multiples et les conflits de filiation.

Ainsi, une personne qui désirerait réclamer pour sien un enfant dont la filiation est déjà établie devrait entreprendre une action en contestation d'état. Elle ne pourrait le faire d'ailleurs que dans la mesure où une telle action ne serait pas prohibée par l'article 284.

## Section II

### Du désaveu et de la contestation de paternité

#### 275

Le premier alinéa s'inspire du principe du Code civil suivant lequel le mari peut désavouer l'enfant de sa femme, c'est-à-dire écarter la présomption de paternité. Les circonstances dans lesquelles un tel désaveu serait permis sont précisées aux articles suivants.

Le deuxième alinéa est de droit nouveau. Il répond à la situation juridique nouvelle qui serait faite à l'enfant. Etant donné que tous les enfants jouiraient des mêmes droits, il n'est plus nécessaire de préserver, au prix de la vérité, un statut d'enfant dit «légitime» qui serait supérieur aux autres statuts. Il a donc été jugé utile de permettre à la mère de démontrer que l'enfant n'est pas celui de son mari, action d'autant plus

nécessaire que l'enfant pourrait ainsi bénéficier éventuellement de son véritable foyer. Cette solution s'inspire de la réforme de la loi française (241) et existe d'ailleurs dans d'autres législations, notamment, en droit polonais (242).

La règle a été étendue à l'union de fait, puisque la présomption joue également dans ce cas.

## 276

Cet article supprime les limitations relatives aux circonstances et aux moyens de preuve du désaveu prévues aux articles 219 et suivants du Code civil. Ceux-ci ne permettent le désaveu des enfants présumés conçus dans le mariage que dans les cas d'impossibilité physique pour le mari de rencontrer son épouse et de recel de naissance.

Etant donné la présomption de paternité qui serait fondée sur la naissance de l'enfant dans le mariage et le souci de la vérité biologique, il a paru inopportun de limiter les moyens de preuve (243).

La règle a été étendue à l'union de fait, conformément à l'article 266.

## 277

Le délai du désaveu a été étendu à un an au lieu des deux mois actuellement prévus par l'article 223 du Code civil, qui ont paru un peu courts.

Il a néanmoins semblé nécessaire de conserver une certaine brièveté au délai pour assurer la certitude de la filiation, tout en prévoyant le cas où le mari ou l'époux de fait est dans l'impossibilité de connaître la naissance (244).

## 278

Cet article reprend le principe de l'article 225 du Code civil, mais en précisant que l'autre parent est partie à l'action. Celui-ci a évidemment un intérêt dans la contestation de la filiation de l'enfant.

La disposition proposée fait exception à la règle suivant laquelle les parents seraient conjointement et d'office représentants de leur enfant mineur (245). Dans le cas présent, comme les intérêts de l'enfant seraient nécessairement en conflit avec ceux de l'un de ses parents, la nomination d'un tuteur *ad hoc* s'impose.

## 279

Comme l'article 224 du Code civil, la disposition proposée prévoit que l'action peut être intentée par les héritiers du père présumé et, par



analogie, par ceux de l'épouse, s'ils sont décédés avant l'expiration du délai de prescription prévu pour le désaveu ou la contestation de paternité.

L'opportunité de maintenir l'article 224 du Code civil a fait l'objet de vives controverses. D'aucuns estiment que si le défunt n'est pas le père de l'enfant, ce dernier n'a aucun droit à la succession et que les héritiers du père présumé devraient pouvoir établir la vérité lorsque ce dernier était encore dans les délais utiles pour désavouer l'enfant.

Par contre, d'autres considèrent que le désaveu ou la contestation de paternité par la mère sont des actions qui intéressent personnellement le père présumé et la mère de l'enfant et que, si ceux-ci décèdent avant d'avoir agi en désaveu ou en contestation de paternité, le doute doit bénéficier à l'enfant plutôt qu'aux héritiers qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire à contester la filiation de l'enfant. Ils auraient, toutefois, accepté que les héritiers du mari ou de la mère puissent continuer l'action intentée par le défunt.

Il convient de noter, toutefois, que même les tenants de la première thèse ont été d'avis de limiter strictement le délai pendant lequel les héritiers pourraient intenter l'action plutôt que de l'étendre, comme le fait l'article 224 C.C., jusqu'au moment où l'enfant se met en possession des biens de son père présumé ou celui où les héritiers sont troublés dans leur possession, événements qui risquent de survenir longtemps après la naissance, surtout si le père présumé n'en avait pas eu connaissance.

## 280

Il a paru utile de prévoir le cas de l'insémination artificielle. Il serait injuste que les époux ou les époux de fait qui prennent ensemble la décision de recourir à ce moyen puissent, après un changement d'attitude, mettre en doute la filiation de l'enfant (246).

## 281

Il a paru indispensable que la confidentialité très stricte qui entoure l'insémination artificielle soit renforcée par l'impossibilité de fonder une action d'état ou une action en contestation d'état sur le motif de l'insémination.

## Section III

### De la preuve de la filiation

#### 282

Cet article reprend les dispositions des articles 228 et 229 du Code civil en les étendant à tous les enfants, solution d'ailleurs consacrée par la jurisprudence (247).

#### 283

Cet article reprend le principe de l'article 230 du Code civil en en modifiant la rédaction.

#### 284

Cet article reprend la règle de l'article 231 du Code civil en réservant, toutefois, le droit du père présumé de désavouer l'enfant et celui de la mère de contester la paternité de son mari dans les délais prévus.

#### 285

Cet article veut mettre fin à une controverse du droit actuel sur la possibilité de contester l'état d'un enfant lorsque les conditions de l'article 231 du Code civil ne sont pas remplies (248).

Cette action est différente du désaveu ou de la contestation de paternité qui, elles, peuvent être intentées même si le titre de naissance est conforme à la possession d'état, mais doivent l'être dans un certain délai. L'action prévue ici est imprescriptible parce qu'il s'agit d'une action d'état (249).

#### 286

Cet article s'inspire des mêmes préoccupations que l'article 281.

#### 287

Cet article organise la preuve de la filiation dans une action en réclamation d'état de la même façon que l'article 232 C.C. Il consacre les solutions jurisprudentielles (250).

Le commencement de preuve mentionné dans la disposition proposée correspond au «commencement de preuve par écrit» de l'article 232 C.C. et consacre les solutions jurisprudentielles qui ont admis, comme commencement de preuve par écrit, les admissions de la partie concernée (251), des photographies (252), un jugement d'un tribunal inférieur rejetant la demande (253), un jugement sur action en frais de gésine (254).

La notion de « commencement de preuve » est définie au Livre *De la preuve* (255).

### 288

Cet article reprend, en le généralisant, l'article 234 du Code civil et consacre les solutions jurisprudentielles (256).

### 289

Cet article reconnaît, comme la jurisprudence, qu'il est impossible, par respect pour l'inviolabilité de la personne humaine, de forcer une personne à se soumettre à un prélèvement sanguin (257). Néanmoins, un refus injustifié, visiblement fait dans le but d'échapper à ses responsabilités, ne devrait pas pouvoir nuire à l'enfant.

### 290

Cet article modifie la règle de l'article 236 C.C. Il a paru préférable, en effet, de limiter à trois ans le délai pendant lequel les héritiers peuvent décider de réclamer une filiation alors que l'enfant aurait négligé de le faire, tout en leur permettant d'agir quel que soit l'âge auquel l'enfant est décédé. En effet, la règle actuelle éteint le droit d'action lorsque l'enfant est décédé plus de cinq ans après sa majorité. Il a semblé que les héritiers pouvaient avoir intérêt à réclamer une filiation même si le *de cuius* avait plus de vingt-trois ans au moment de son décès.

## Section IV

### Des effets de la filiation

#### 291

Cet article consacre le principe essentiel de la réforme suivant lequel tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, sont sur le même pied et ont des droits égaux à l'égard de leurs auteurs et de la famille de ces derniers.

Les distinctions traditionnelles entre l'enfant légitime et l'enfant naturel seraient ainsi abolies.

Par conséquent, la règle suivant laquelle l'enfant naturel reconnu n'a de lien de parenté qu'avec le parent qui l'a reconnu et ne peut hériter *ab intestat* serait éliminée (258).

Pour que le principe proposé reçoive application, il faut évidemment

que la filiation soit pleinement établie. Une simple reconnaissance unilatérale ne suffit pas, ainsi qu'il ressort de l'article 272.

## CHAPITRE II

### DE L'ADOPTION

#### Section I

##### Des conditions de l'adoption

###### 292

Cet article, en reprenant l'article 2 de la *Loi de l'adoption*, énonce un principe fondamental qui est le but même de l'adoption.

L'intérêt de l'enfant est apprécié par le tribunal suivant les critères énumérés à l'article 25 du Livre *Des personnes*.

###### 293

L'article proposé s'inspire de l'article 3 de la *Loi de l'adoption*.

Tout en reconnaissant que toute personne majeure a le droit de demander d'adopter un enfant, il tient compte de l'argument des spécialistes de l'adoption selon lequel il faut favoriser l'adoption d'enfants par des personnes mariées faisant vie commune plutôt que par des célibataires ou par des personnes séparées ou divorcées (259). Les époux devront se porter conjointement requérants en adoption (260).

Il y a, toutefois, des cas où il est légitime de permettre l'adoption conjointe par des époux, même séparés ou divorcés, lorsqu'ils ont élevé l'enfant avant leur séparation ou leur divorce.

La disposition proposée met fin à l'anomalie contenue dans l'article 3 de la loi en vertu duquel une personne séparée de corps ou de fait ne peut jamais adopter seule un enfant alors qu'une personne divorcée, étant assimilée à une personne non mariée, peut le faire. Toute personne peut donc adopter, seule, si elle est majeure et remplit les conditions d'aptitude prévues par la loi. Par contre, deux personnes non mariées vivant ensemble ne pourraient pas adopter conjointement un enfant.

La condition d'identité de sexe entre l'adopté et l'adoptant unique serait supprimée. On peut d'ailleurs passer outre, à l'heure actuelle, lorsqu'il existe un lien de parenté entre l'adopté et l'adoptant ou s'il s'agit

d'un veuf ou d'une veuve qui a déjà adopté de fait l'enfant avant le décès de son conjoint.

La condition d'identité de religion entre l'adoptant ou l'un des adoptants et l'adopté serait également éliminée. Le sexe et la religion de l'enfant sont en effet deux des critères dont le juge doit tenir compte pour évaluer son intérêt, comme il est prévu à l'article 25 du Livre *Des personnes*. Il devient donc inutile de prévoir des dispositions spéciales.

#### 294

Cet article permet au tribunal de prononcer l'adoption à l'égard des deux adoptants lorsque l'un d'eux décède avant le prononcé du jugement, mais après la présentation de la requête. Il s'agit d'un cas où le tribunal a la plus entière discrétion, car le décès de l'un des adoptants peut modifier les circonstances dans lesquelles se trouve la famille adoptive et avoir une influence sur l'opportunité de l'adoption.

#### 295

Cet article, de droit nouveau, veut permettre l'adoption posthume dans le cas, notamment, où un enfant a été adopté de fait par des époux dont l'un décède avant qu'ils aient présenté une requête en adoption.

Il a semblé qu'il n'y avait pas lieu, dans le cas où l'intention d'adopter était clairement démontrée, de priver l'enfant des avantages que lui auraient procurés l'adoption par les deux époux, par exemple l'établissement d'une filiation à l'égard du défunt.

Par contre, il a paru inopportun de permettre l'adoption posthume dans le cas d'un seul adoptant. Tout d'abord, sans la corroboration de l'époux survivant, l'intention du défunt risque d'être trop difficile à prouver. De plus, il ne reste personne pour prendre soin de l'enfant.

#### 296

Cet article reproduit l'article 4 de la loi actuelle. Il donne, comme à l'heure actuelle, une large discrétion au tribunal de passer outre à l'exigence du premier alinéa afin de faciliter l'adoption dans le cas où l'enfant est recueilli par une famille dans laquelle il peut s'épanouir heureusement.

La disposition proposée ne prévoit pas d'exception spéciale à l'exigence de différence d'âge dans le cas où l'adopté est l'enfant de l'adoptant. En effet, puisque, avec la refonte du titre *De la filiation*, tous les enfants sont mis sur le même pied et ont des droits identiques, quelles que soient les circonstances de leur naissance, il n'y a plus intérêt à accorder à un enfant une autre filiation que celle qui est déjà la sienne.

**297**

Cet article, de droit nouveau, introduit deux innovations majeures dans l'économie de l'adoption: la faculté pour les parents légitimes de consentir à l'adoption de leur enfant et la création d'une procédure de déclaration d'adoptabilité.

On a estimé, en effet, que les parents devraient pouvoir consentir immédiatement à l'adoption de leur enfant (261). Il semble préférable de permettre le consentement plutôt que d'attendre l'expiration du délai d'abandon de douze mois exigé actuellement par l'article 7d de la loi.

D'autre part, dans tous les cas où les parents ne consentiraient pas à l'adoption, celle-ci ne pourrait se faire que si elle est précédée d'une déclaration judiciaire d'adoptabilité et que l'enfant remplit les conditions nécessaires à une telle déclaration, conformément à l'article 307.

A l'heure actuelle, l'interprétation des faits donnant lieu à un abandon tacite est laissée à l'appréciation des sociétés d'adoption, ce qui leur impose la tâche difficile de prendre une décision qui a pour effet de faire perdre des droits aux parents d'origine. Les sociétés d'adoption sont alors dans une position de conflit entre les intérêts des parents véritables, de l'enfant et des futurs adoptants (262). Bien que les professionnels des centres de services sociaux soient les personnes les mieux en mesure d'apprécier s'il y a ou non abandon, il s'agit d'une décision parfois difficile et ils ne sont pas toujours à l'abri des pressions des personnes qui désirent adopter un enfant.

Il est donc utile que l'abandon soit prononcé par un tribunal, ce qui permet à la fois d'assurer la sauvegarde des droits des parents d'origine et de mettre les parents adoptifs à l'abri de toute réclamation de la part de ces derniers.

**298**

Cet article s'inspire des articles 6a, 7b et 7c de la *Loi de l'adoption*. Il tend à assurer le sérieux du consentement des deux parents lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un et de l'autre.

Etant donné qu'en vertu de la réforme proposée du droit de la tutelle, les parents représentent d'office leur enfant dans tous les actes de la vie civile (263), il n'est pas nécessaire de prévoir d'autre consentement que celui du parent exerçant l'autorité parentale.

L'impossibilité de manifester sa volonté doit être fondée sur des motifs graves et, éventuellement, des recherches doivent être entreprises pour retrouver le parent éloigné.

La déchéance de l'autorité parentale (264) priverait le parent de la garde de l'enfant et de tous ses droits sur lui, dont le droit de consentir à son adoption.

Par conséquent, on a cru opportun de supprimer la possibilité pour le tribunal de passer outre au refus abusif de consentir à l'adoption. Un refus n'est abusif que si le parent est indigne au point de mériter la déchéance de l'autorité parentale (265).

### 299

Cet article est la suite logique du précédent et s'inspire d'ailleurs de la règle actuelle en ce qui concerne le consentement du père ou de la mère de l'enfant naturel (a. 6a *Loi de l'adoption*).

### 300

Cet article doit se lire en concordance avec la réforme de l'autorité parentale et de la tutelle (266). Les parents étant, dans le droit de l'avenir, les représentants d'office de leur enfant, ce ne serait que lorsqu'ils sont décédés, déchus de l'autorité parentale ou dans l'impossibilité légale de consentir à l'adoption, que le tuteur pourrait le faire. Il a semblé logique, en effet, que le tuteur à la personne de l'enfant, qui remplace ses parents, puisse, comme eux, consentir à une adoption dans l'intérêt de l'enfant, alors qu'il ne désire plus ou ne peut plus s'en occuper lui-même.

### 301

Cet article est de droit nouveau. Il a paru indispensable que les parents ou le tuteur qui désirent faire adopter un enfant aient des entretiens avec un travailleur social avant de consentir à l'adoption. Cette mesure est destinée, d'une part, à tenter un rapprochement entre l'enfant et sa famille d'origine et, d'autre part, à mettre un frein aux adoptions privées et à protéger les parents contre d'éventuelles pressions.

L'exigence que le consentement soit donné en présence d'un travailleur social professionnel est inspirée par la même préoccupation.

On s'est demandé également s'il n'était pas nécessaire de prévoir un délai d'un certain nombre de jours après la naissance pendant lequel la mère ne pourrait consentir à l'adoption (267).

Cette mesure aurait été destinée à protéger la mère contre une décision hâtive, prise alors qu'elle est encore mal remise de son accouchement et n'est peut-être pas en possession de tous les éléments nécessaires pour évaluer sa propre situation aux points de vue moral, social, financier et autres.

Les spécialistes de l'adoption consultés ont fait valoir qu'un tel délai causerait de graves problèmes. S'il est trop court, il est inutile; s'il est trop long, il dépasse la période où la mère se trouve à l'hôpital et augmente les risques de créer une situation d'hésitation et d'abandon tacite de l'enfant qui risquerait de se prolonger indéfiniment.

Il a paru préférable de prévoir un délai de rétractation du consentement pendant lequel les parents, dûment mis au courant de leurs droits, pourraient revenir sur leur décision et reprendre leur enfant sur simple demande écrite (268).

### 302

Cet article, de droit nouveau, prévoit une délégation légale de l'autorité parentale au centre de services sociaux ou à la personne à qui l'enfant est remis. Une telle mesure a paru indispensable parce que, entre le moment du consentement des parents à l'adoption et celui où l'adoption est effectivement prononcée, des décisions peuvent devoir être prises au sujet de l'enfant. Il ne faudrait pas que, pendant cette période, personne ne puisse réellement exercer l'autorité parentale.

### 303

La décision de se séparer d'un enfant a paru trop grave pour ne pas donner aux parents ou au tuteur un délai de réflexion pendant lequel ils peuvent revenir sur leur décision. Un tel délai existe d'ailleurs dans un certain nombre d'autres législations (269).

Il n'est pas prévu dans la loi actuelle et «les tribunaux, semble-t-il, admettent difficilement un changement d'idée, surtout si l'enfant a déjà été placé dans un foyer en vue de son adoption» (270). Il n'empêche que de sérieuses difficultés peuvent se poser si les parents par le sang réclament leur enfant avant que l'adoption soit prononcée (271).

Il a donc paru préférable de prévoir une période pendant laquelle la rétractation puisse se faire, presque sans formalité, suivie d'une période de demande en restitution judiciaire (voir a. 305), après laquelle toute réclamation de l'enfant devient impossible. Ainsi, une fois ces délais écoulés, les parents adoptifs se trouvent à l'abri de toute contestation.

Si le consentement à l'adoption doit nécessairement émaner des deux parents en vertu de l'article 298, la rétractation peut se faire par un seul d'entre eux. L'enfant sera remis à celui qui a manifesté le désir de le reprendre.

Les deuxième et troisième alinéas obligent le centre ou la personne qui s'est chargée de l'adoption de rendre l'enfant sur simple demande.



On s'est demandé s'il ne fallait pas prévoir une procédure spéciale pour le cas où il y aurait des doutes sur les conditions de bien-être ou de moralité offertes à l'enfant par sa famille d'origine.

Néanmoins, il semble que l'article 367 offre aux centres de services sociaux un recours suffisant s'ils craignent que les conditions d'existence de la famille ne mettent en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant.

### 304

Cet article, de droit nouveau, prévoit le cas où l'enfant est remis volontairement par le centre de services sociaux ou par la personne qui s'est chargée de l'adoption, après le délai de trente jours et avant le placement pour l'adoption. Lorsque cette remise est volontaire, il a paru inutile de devoir recourir à une procédure judiciaire en restitution.

### 305

Cet article, de droit nouveau, prévoit une période de soixante jours pendant laquelle la demande judiciaire en restitution de l'enfant est recevable. Le délai commence après l'expiration du délai prévu pour la rétractation du consentement qui se fait sans autre formalité qu'un avis écrit.

Le délai pour intenter l'action en restitution de l'enfant est un délai de déchéance, c'est-à-dire que son expiration entraîne l'extinction du droit (272).

La remise de l'enfant ne se fait qu'après examen de la situation familiale par le tribunal qui décide au mieux des intérêts de l'enfant.

La disposition proposée répond au vœu général de favoriser le maintien de l'enfant dans sa famille naturelle. Elle a également pour avantage de réduire à trois mois l'actuelle période de six mois pendant laquelle les parents adoptifs peuvent craindre une contestation de la part de la famille d'origine.

### 306

Cet article permet au juge d'ordonner au centre de services sociaux d'exercer une véritable oeuvre de réhabilitation. Le retour à la famille naturelle sera évidemment plus aisément décidé s'il y a une période de surveillance dans tous les cas où les conditions ne semblent pas parfaites.

### 307

Cet article énumère tous les cas où les enfants peuvent faire l'objet d'une déclaration judiciaire d'adoptabilité. Il s'inspire des articles 6b, 7a,

7d et 7e de la *Loi de l'adoption* qui traite des enfants qui peuvent être adoptés sans le consentement des parents. Il s'agit d'enfants qui n'ont pas ou plus de parents, que les parents ont abandonné de fait ou dont les parents sont incapables de s'occuper dans les conditions prévues au paragraphe 4 de l'article. Dans ce dernier cas, l'avis d'un psychiatre est nécessaire puisqu'il s'agit d'évaluer la maladie mentale. Cet article s'applique même aux enfants pourvus d'un tuteur.

Le paragraphe 5 se réfère à la procédure nouvelle de déchéance de l'autorité parentale (273).

### 308

Cet article, de droit nouveau, prévoit que seul un centre de services sociaux ou la personne qui a recueilli un enfant peut demander une déclaration judiciaire d'adoptabilité.

Ainsi, lorsque l'enfant est recueilli par les grands-parents ou un autre membre de sa famille, ceux-ci peuvent seuls demander qu'il soit déclaré judiciairement adoptable.

### 309

Cet article, de droit nouveau, prévoit la situation où les parents ou le tuteur ont rétracté leur consentement par écrit, mais n'ont pas repris l'enfant. S'ils l'abandonnent de fait, après un nouveau changement d'intention, il ne faut pas que cet abandon puisse se prolonger indéfiniment simplement parce qu'il existe un document rétractant le consentement à l'adoption.

### 310

Cet article s'inspire de l'article 7d de la *Loi de l'adoption*. Etant donné que l'un des objectifs de la déclaration d'adoptabilité est la sauvegarde des droits des parents d'origine, il est normal que le tribunal s'assure que ceux-ci ne reprendront pas la garde de leur enfant.

L'intérêt de l'enfant, qui doit être le fondement même de l'adoption, serait mal servi si l'enfant se voyait refuser la possibilité de recouvrer son foyer d'origine dans des conditions acceptables.

Les parents ou le tuteur sont avertis de la requête en déclaration d'adoptabilité par la signification qui leur en est faite (274).

### 311

Cet article, de droit nouveau, est le pendant de l'article 302. Il tend à éviter qu'il n'existe une période où la garde juridique de l'enfant n'appartienne à personne. Il s'inspire de l'article 350 du Code civil français.

**312**

Le premier alinéa de l'article proposé reprend l'article 8 de la *Loi de l'adoption*. Le deuxième alinéa prévoit les cas assez rares où un enfant de dix-huit ans se trouve enfin une famille prête à l'adopter et peut ainsi acquérir une filiation. Il est bien évident qu'il doit s'agir de cas tout à fait exceptionnels et que cette disposition ne saurait servir de prétexte à des adoptions de complaisance ou à des fins purement pécuniaires ou fiscales.

**313**

Cet article reproduit en partie l'article 9 de la *Loi de l'adoption*.

**314**

Cet article reproduit l'article 9 de la *Loi de l'adoption in fine*. Le deuxième alinéa a été ajouté pour mettre fin à certaines hésitations sur l'effet du refus de l'enfant de plus de quatorze ans.

**315**

Cet article reproduit substantiellement l'article 11 de la *Loi de l'adoption*.

## Section II

### **Du placement en vue de l'adoption et du jugement**

**316**

Cet article combine les articles 13, 15 et 16 de la *Loi de l'adoption*. La grande innovation consiste dans le fait que l'enfant ne peut être placé en vue de son adoption qu'après le consentement des parents ou du tuteur ou la déclaration judiciaire d'adoptabilité. Dans le second cas, les parents adoptifs sont complètement à l'abri d'une réclamation par les parents d'origine. Dans le premier cas, ils ne le sont qu'après l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours à dater du consentement pendant lequel la rétractation du consentement, puis la demande judiciaire de restitution de l'enfant, peuvent avoir lieu.

**317**

L'article proposé reprend l'avis au Ministre des Affaires sociales prévu par l'article 16 de la *Loi de l'adoption*, mais y ajoute un avis au centre de services sociaux pour permettre à ce centre de faire une enquête et de rédiger son rapport sur l'opportunité de l'adoption. Cette disposition permet ainsi un contrôle renforcé sur les adoptions privées.

**318**

Cet article, de droit nouveau, prévoit qu'après le placement de l'enfant, celui-ci ne peut être restitué à ses parents par le sang ou à son tuteur qu'en cas de rétractation du consentement à l'adoption ou de demande judiciaire en restitution.

Le deuxième alinéa prévoit le cas où un enfant serait reconnu par son père ou sa mère, volontairement ou judiciairement, après le placement. Une telle reconnaissance n'aurait pas pour effet de changer rétroactivement les circonstances qui rendaient l'enfant adoptable au moment de son placement. Cette disposition s'inspire de l'article 352 du Code civil français.

**319**

L'article proposé est de droit nouveau. Il prévoit la situation où le placement cesserait notamment par la volonté des adoptants, par leur disparition, ou par le refus du tribunal de prononcer l'adoption. Dans ce cas, la restitution de l'enfant redeviendrait possible et si une reconnaissance de l'enfant avait eu lieu après le placement, elle produirait tous ses effets, contrairement à l'article précédent.

**320**

Cet article permet au centre de services sociaux d'exercer une surveillance dont le résultat servira à l'établissement du rapport sur l'opportunité de l'adoption prévu à l'article suivant.

**321**

L'article proposé combine les articles 14 et 25 de la *Loi de l'adoption*. La période d'essai de six mois permet au centre de services sociaux d'étudier la façon dont l'enfant est traité dans sa future famille afin d'en faire état dans son rapport sur l'opportunité de l'adoption.

Etant donné que ce rapport ne lie pas le juge, celui-ci peut, aux termes du troisième alinéa, requérir toute autre preuve.

La question de la confidentialité de ces rapports des centres de services sociaux a été examinée spécialement dans le cas où l'adoption serait refusée et où l'adoptant éconduit interjetterait appel. D'une part, il paraît extrêmement souhaitable que les rapports soient confidentiels pour sauvegarder la liberté d'action des travailleurs sociaux. D'autre part, ces rapports contiennent des indications contre lesquelles les parties pourraient vouloir éventuellement se défendre.

Il a finalement été décidé de rendre le rapport accessible aux parties,

mais de prévoir des mesures destinées à protéger les travailleurs sociaux contre toute action en dommages-intérêts pouvant résulter d'un rapport défavorable (275).

## Section III

### Des effets de l'adoption

#### 322

Cet article reprend la règle de l'article 38 de la *Loi de l'adoption*. La précision qu'il s'agit du jugement final est rendue nécessaire par l'introduction d'une possibilité d'appel dans le Projet.

#### 323

Cette disposition prévoit une exception à la règle énoncée à l'article précédent. Il a paru nécessaire, dans le cas exceptionnel prévu à l'article 294, de faire remonter les effets de l'adoption au moment de la présentation de la requête, afin que l'enfant ait sa filiation établie à l'égard des deux adoptants et puisse éventuellement bénéficier de ses droits successoraux à l'égard du *de cuius*. Il s'agit d'une situation différente de celle de l'adoption posthume prévue à l'article 295. Dans ce cas, les effets de l'adoption ne remontent pas au jour du décès du *de cuius* et l'adopté n'a pas de droits successoraux envers lui.

#### 324

L'article proposé précise que l'enfant adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine. Cette conséquence de l'adoption n'est pas claire dans la *Loi de l'adoption*, car l'article 38 de celle-ci énonce bien le principe général selon lequel les parents, le tuteur ou le gardien de l'enfant perdent tous droits à l'égard de l'adopté et sont libérés de toute obligation envers lui, mais il n'ajoute pas que l'enfant, lui, perd tous droits vis-à-vis de sa famille d'origine. Un doute a donc persisté, notamment, quant au droit de succéder (276).

La disposition proposée s'inspire de certaines législations étrangères dans lesquelles le double principe d'entrée dans la famille adoptive et de rupture de tous liens avec la famille par le sang est clairement exprimé (277).

La mention des prohibitions de mariage vient combler une lacune de la loi actuelle qui ne les prévoit pas, bien que leur maintien soit évident pour raison d'ordre public (278).

**325**

Le premier alinéa de l'article proposé est la conséquence de l'article précédent. Ainsi que le déclare déjà l'article 38 a) de la *Loi de l'adoption*, l'adopté a tous les droits et tous les devoirs d'un enfant de l'adoptant.

Le deuxième alinéa souligne le fait que l'adopté entre complètement dans la famille de l'adoptant et que les parents de l'adoptant ont donc envers l'adopté tous les devoirs qu'ils auraient envers tout autre enfant de l'adoptant. L'article 38 a) de la loi actuelle, qui est au même effet, n'est pas suffisamment clair eu égard au fait qu'avant 1969, l'adoption n'établissait pas de liens entre l'adopté et les parents de l'adoptant. Plusieurs lois canadiennes contiennent une telle précision (279).

**326**

Les adoptions par le nouveau conjoint du père ou de la mère sont, d'après les spécialistes, assez nombreuses au Québec. Elles ont ceci de particulier d'être intra-familiales. L'enfant connaît donc, par hypothèse, sa famille d'origine et la rupture des liens avec celle-ci est loin de s'effectuer toujours dans la pratique. Il a semblé qu'il n'était peut-être pas nécessaire de la provoquer dans tous les cas.

Il est bien entendu que, si des liens devaient subsister avec la famille d'origine, il ne pouvait être question de partage de l'autorité parentale. Celle-ci devrait appartenir pleinement aux adoptants.

La majorité des spécialistes de l'adoption consultés se déclarent favorables à une règle permettant au tribunal de maintenir les droits successoraux de l'enfant à l'égard de sa famille d'origine. Ils voient mal, en effet, pourquoi un enfant serait privé de tels droits lorsque, dans la réalité, les relations avec cette famille ne sont pas rompues.

**327**

Le droit de visite du parent divorcé soulève quelques problèmes. Certains craignent que l'exercice de ce droit ne perturbe l'enfant.

Néanmoins, l'exemple de certains jugements rendus dans les provinces de Common Law refusant de prononcer une adoption, à première vue souhaitable, parce que celle-ci ferait perdre les droits de visite à l'autre parent, a été évoqué et il a paru opportun de maintenir ce droit, dans des cas exceptionnels (280).

**328**

Etant donné que, en principe, l'adoption rompt les liens avec la famille d'origine, il ne faudrait pas que l'adoption par le conjoint du père

ou de la mère rompe les liens avec ce dernier et sa propre famille. Cette précision évite de devoir procéder à l'adoption de son propre enfant pour éviter une telle rupture.

### 329

Cet article reproduit l'article 38 c) de la *Loi de l'adoption*.

La reddition de compte du tuteur est prévue dans les dispositions de procédure (281).

### 330

Cette disposition reproduit l'article 40 de la *Loi de l'adoption* en en modifiant la rédaction.

Il s'agit d'une disposition de droit transitoire qui suit le principe fondamental que les lois ne s'appliquent que pour l'avenir. La notion de droits acquis est plus large que la réserve de l'article 40 de la *Loi de l'adoption* qui mentionne uniquement les biens qui ont pu échoir à l'enfant pendant la première adoption.

## Section IV

### De la confidentialité, des infractions et peines

#### 331 et 332

Ces articles reprennent le principe de l'article 31 de la *Loi de l'adoption* en l'élargissant quelque peu. La mention du Curateur public a été ajoutée pour prévoir les cas où celui-ci est appelé à vérifier la reddition de compte du tuteur de l'adopté.

La confidentialité des dossiers d'adoption est de la plus haute importance, car il s'agit d'empêcher que la famille adoptive soit troublée par des réclamations intempestives de la part de la famille d'origine, qui risqueraient de compromettre gravement l'équilibre de l'enfant.

C'est pourquoi la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal prime d'autres dispositions, tel le principe selon lequel toute personne doit avoir accès à son dossier, énoncé dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (282).

L'opportunité de permettre aux adoptés devenus adultes de rechercher leur famille d'origine a été examinée. Il a semblé prématuré de trancher la question étant donné le peu de données disponibles (283). Il a paru préférable de proposer un système très souple qui laisse la décision au tribunal.

**333**

Cet article reproduit l'article 42 de la *Loi de l'adoption*.

**334**

Cet article reproduit le principe de l'article 44 de la *Loi de l'adoption*. Le deuxième alinéa a été ajouté afin de ne pas priver les centres de services sociaux de contributions bénévoles faites par des particuliers pour les remercier des services rendus. De telles contributions sont d'ailleurs permises par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (284).

**335**

Cet article reproduit l'article 43 de la *Loi de l'adoption* en y introduisant l'avis au centre de services sociaux ajouté à l'article 317 et en augmentant l'amende de cent à deux cents dollars.



## TITRE TROISIEME

### DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

336

L'article proposé constitue une modification profonde des règles actuelles. En effet, il a paru opportun de restreindre le cercle des bénéficiaires de l'obligation alimentaire. Une telle réforme reflète l'évolution de la société, et plus particulièrement, celle de la famille qui a passé de la famille au sens large à la famille «nucléaire». Les lois sociales tendent également à modifier les rapports entre les individus, car l'assistance sociale assure un certain minimum aux personnes qui sont dans le besoin.

On s'est demandé, en outre, s'il n'y avait pas lieu de créer une obligation alimentaire entre un époux et les enfants de son conjoint. Cette obligation, qui existe dans un certain nombre de pays de Common Law (285), est inconnue dans le droit québécois actuel (286).

Une telle obligation semble correspondre à un devoir moral certain. Néanmoins, on a estimé qu'il serait peu souhaitable de faire peser des obligations légales trop lourdes sur le nouvel époux.

Le sort d'une telle obligation en cas de divorce a provoqué une vive controverse. Il a paru profondément injuste à certains d'obliger un conjoint divorcé à payer une pension alimentaire à des enfants qui ne sont pas les siens. D'autres, au contraire, n'ont pu accepter que le père ou la mère des enfants soit pratiquement privé du droit au divorce par crainte de les voir privés de tout soutien financier, d'autant plus que la *Loi sur le divorce* définit comme «enfant» des époux toute personne pour qui les époux agissent *in loco parentis* (287).

Finalement, devant toutes ces hésitations, on a renoncé à une mesure qui, si souhaitable qu'elle puisse être en théorie, a paru trop discutable dans la pratique pour en faire l'objet d'une règle générale.

337

Il a semblé opportun de traduire le principe des articles 11 de la *Loi sur le divorce* et 212 du Code civil en édictant une obligation alimentaire entre époux divorcés, à moins d'une décision contraire du tribunal conformément à l'article 256. On a voulu aussi mettre fin à une controverse doctrinale relative à l'obligation alimentaire éventuelle entre époux dont le mariage a été annulé. Certains auteurs québécois enseignent, en effet, à la suite des auteurs français, que l'obligation alimentaire n'est pas un des «effets civils» du mariage (288). On a préféré trancher dans le sens de la

jurisprudence et prévoir des aliments en faveur de l'époux de bonne foi (289).

### 338

Cette disposition est de droit nouveau. Elle correspond à la proposition de donner des effets limités à l'union de fait. On a cru devoir limiter, en principe, le droit alimentaire des époux de fait à la durée de la vie commune. Ce droit a paru indispensable pour établir une certaine contribution aux dettes du ménage. En revanche, il a paru exagéré d'imposer aux époux de fait une obligation alimentaire pour l'avenir. Le tribunal appréciera si des circonstances exceptionnelles, telles que la longue durée de l'union de fait, l'âge, l'état de santé et le manque de ressources de l'époux abandonné, justifient la condamnation de l'autre à lui verser une pension alimentaire.

### 339

Le texte proposé va dans le sens d'une jurisprudence récente qui a permis à la mère, du moins la mère légitime, d'exercer une action en vue d'obtenir une pension alimentaire pour son enfant, sans qu'elle ait été préalablement nommée tutrice de celui-ci (290).

Ces décisions, qui proposent une solution souhaitable dans la pratique, vont à l'encontre des principes stricts du droit actuel de la tutelle. Celui-ci a été profondément révisé par les propositions qui font des père et mère les représentants d'office de leurs enfants (291).

Le tuteur, la personne ou l'institution qui a la garde de l'enfant n'interviendra évidemment qu'à titre subsidiaire en l'absence du père et de la mère dans les cas, par exemple, où ils sont décédés ou dans l'impossibilité d'exercer la garde de leur enfant.

### 340

Le premier alinéa de la disposition proposée reprend le principe de l'article 169 C.C. Il ne s'agit pas de l'unique critère sur lequel le juge se fonde, étant donné que dans les cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation de mariage, le tribunal doit apprécier toutes les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties (voir a. 236). Il s'agit néanmoins du principe de base qui s'applique à toutes les pensions, étant bien entendu que, conformément à la jurisprudence, la capacité de travailler des parties intervient dans l'évaluation de leurs besoins et de leurs facultés (292).

Le deuxième alinéa de l'article s'écarte des règles générales de la preuve en justice (293), en particulier de l'article 1203 du Code civil,

selon lesquelles c'est au demandeur qu'il appartient de démontrer que le débiteur qu'il actionne peut payer. La jurisprudence a d'ailleurs semblé parfois déplacer la charge de la preuve en cette matière (294).

Il a paru, en effet, plus équitable de suivre cet exemple étant donné qu'il est souvent difficile pour un créancier d'aliments d'établir exactement les revenus de son débiteur. Cela peut même être préjudiciable à ce dernier, lorsque l'appel au témoignage de l'employeur du débiteur d'aliments risque de lui faire perdre son emploi.

### 341

Le texte proposé étend la règle applicable actuellement en matière de divorce et de séparation de corps à toutes les actions alimentaires et, notamment, en matière d'annulation de mariage.

Il n'est pas à craindre que ce principe crée des difficultés dans le cas de recherche de paternité, car le droit de l'enfant de réclamer une pension alimentaire de son père est subordonné à la reconnaissance judiciaire de paternité.

L'enfant ne pourra donc exercer son droit alimentaire qu'une fois sa filiation reconnue et les demandes en répétition d'aliments ne sont donc pas à craindre.

### 342

Les précisions apportées par le texte proposé correspondent aux modalités de l'obtention d'une pension alimentaire après divorce et pour les mêmes raisons (voir a. 254).

### 343

Ce texte vise à protéger le créancier alimentaire qui ne bénéficierait pas d'une hypothèque judiciaire. Il permet au juge de demander au débiteur d'aliments de fournir toutes espèces de sûreté: une assurance, des titres, etc. Ces solutions sont d'ailleurs consacrées par la jurisprudence (295).

### 344

Ce texte modifie les articles 171 et 172 du Code civil. Il a semblé, en effet, que la règle de l'article 171 selon laquelle le tribunal peut ordonner à une personne de recevoir son créancier alimentaire dans sa demeure si elle justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, a paru trop dure pour le débiteur d'aliments, spécialement dans les conditions de vie urbaine moderne. La possibilité de remplacer une pension alimentaire par des prestations en nature est donc limitée au cas où le débiteur offre lui-même

de recevoir le créancier chez lui. Même dans ce cas, il faut que les circonstances le justifient. En effet, on ne peut contraindre une personne à vivre avec ses enfants si un tel arrangement devient une source de conflit (296).

Finalement, il se peut que les prestations en nature n'équivalent qu'à une partie de la pension due et le tribunal a la faculté de prévoir les deux.

### 345

Le but du texte proposé est de permettre au créancier alimentaire d'assigner le débiteur qui lui est le plus facilement accessible, tout en prévoyant que ce dernier puisse avoir un recours contre ses codébiteurs. L'article est donc de nature à faciliter l'exécution de la pension alimentaire. Il implique l'abandon du principe de la hiérarchie des débiteurs alimentaires, consacré par la jurisprudence (297); cet abandon s'explique d'autant mieux que leur nombre est devenu assez restreint.

### 346

Le Projet initial prévoyait que le tribunal pouvait prononcer la solidarité à l'égard du débiteur en état de payer la totalité de la pension. Après réexamen, il a été jugé préférable de s'en tenir à l'absence de solidarité consacrée par la jurisprudence (298).

### 347

Tout en reprenant le principe classique que les pensions alimentaires peuvent toujours être modifiées, le texte proposé se limite aux pensions accordées par jugement car la possibilité de changer, pour le passé, une pension fixée par convention entre les parties a paru critiquable. Parmi les pensions fixées par jugement, il faut comprendre également la pension dont les époux auraient convenu par convention homologuée par le tribunal.

Comme en matière de mesures accessoires et provisoires en cas de divorce et de séparation (a. 257 et 258), on a voulu prévoir la révision, nonobstant appel, afin de décourager les débiteurs d'aliments d'utiliser l'appel comme mesure dilatoire.

### 348

Cet article reprend le principe de l'article 553 paragraphe 4 du Code de procédure civile. Les dettes alimentaires dont il s'agit sont les obligations alimentaires du créancier d'aliments lui-même (299).

Le deuxième paragraphe de l'article proposé consacre les solutions jurisprudentielles en ce qui concerne l'action des personnes qui ont fourni

au bénéficiaire de la pension les choses nécessaires à sa subsistance (300). Il s'agit, par exemple, de dettes pour aliments contractées chez l'épicier ou pour soins dentaires.

### 349

Cette disposition tend à mettre fin à la controverse existant à propos de la maxime «aliments ne s'arréagent pas».

Certains arrêts semblent l'appliquer strictement (301), tandis que d'autres n'en ont tenu aucun compte (302). D'autres encore ont adopté une position nuancée en faisant la distinction entre, d'une part, les pensions alimentaires accordées par jugement qui, en principe, ne se prescrivent pas, sauf renonciation du créancier d'aliments, et, d'autre part, les aliments qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire. Si ces derniers n'ont pas été réclamés par le créancier, on peut penser qu'il n'en a pas besoin (303).

Le Projet initial prévoyait un délai de six mois pour les aliments qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire. Ce délai a été porté à un an suite aux suggestions des commentateurs du Projet.



## TITRE QUATRIEME

### DE L'AUTORITE PARENTALE

#### 350

Cet article s'inspire de l'article 243 du Code civil. Il précise, toutefois, que l'autorité des parents cesse non seulement à la majorité de l'enfant, mais encore à son mariage survenu avant la majorité.

Il convient de rappeler à cet égard que les futurs époux devraient avoir atteint l'âge de dix-huit ans pour se marier conformément à la recommandation contenue dans ce Projet (304). Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le mineur âgé de plus de seize ans pourrait obtenir une dispense judiciaire lui permettant de contracter mariage. En ce cas, il semble normal que le mineur marié, pouvant quitter le foyer familial, soit affranchi de l'autorité de ses parents et jouisse de la pleine capacité quant à la gestion de ses biens.

D'autre part, il est proposé de supprimer l'émancipation en tant qu'institution étant donné l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans et l'accroissement des droits accordés aux mineurs en général.

#### 351

Cet article est de droit nouveau. Il laisse entrevoir la nouvelle fonction de l'autorité parentale. Il ne s'agit plus de puissance paternelle qui conservait, tout au moins dans les mots, une notion romaine et archaïque des droits accordés aux parents. Les parents possèdent des droits, mais ces droits ne leur sont accordés que pour mieux remplir leurs obligations à l'égard de l'enfant.

La doctrine a souligné à plusieurs reprises qu'en ce qui concerne les parents, «il s'agit moins de droits que de devoirs» (305).

#### 352

Cet article reprend l'article 242 du Code civil en en modifiant la rédaction.

#### 353

Le premier alinéa de cet article, de droit nouveau, énonce quelques-uns des principaux attributs de l'autorité parentale. La garde est l'attribut principal dont découlent les autres droits et ne se limite pas à la simple idée de cohabitation entre parent et enfant sous un même toit. Il est difficile, en effet, de concevoir la garde sans que lui soit soumis l'ensemble

des moyens et des contraintes propres à exercer les autres prérogatives de l'autorité parentale, telles la surveillance, l'éducation, etc.

En droit actuel, les parents ont autorité sur la personne de l'enfant (306); dans la réforme proposée, ils auraient aussi des pouvoirs sur ses biens.

Le deuxième alinéa de l'article réunit en un seul les articles 165 et 240 du Code civil, montrant par là que les droits et obligations réciproques des parents et des enfants ne naissent pas uniquement du mariage, mais de la filiation, quelle que soit son origine.

Le troisième alinéa fait du droit de représenter l'enfant un attribut de l'autorité parentale et donne ainsi aux parents la tutelle d'office à la personne de leurs enfants. Il deviendrait donc inutile de procéder aux formalités de la nomination d'un tuteur chaque fois que doit être représenté un enfant qui a encore ses parents ou l'un d'eux.

Le droit de correction modérée prévu par l'article 245 C.C. a semblé faire partie du droit de surveillance et ne pas mériter une mention spéciale.

### 354

Cet article, de droit nouveau, correspond à l'idée, aujourd'hui courante, de l'égalité des droits entre parents (307). L'autorité parentale est exercée par les deux parents et aucun d'eux ne peut prétendre à un droit prioritaire.

Les parents exercent cette autorité parentale indépendamment du lien matrimonial. L'autorité dérive en effet uniquement de la qualité de père ou de mère. C'est d'ailleurs la solution adoptée par l'article 245a du Code civil qui met les parents naturels sur le même pied que les parents légitimes, pourvu qu'ils aient reconnu leur enfant et ne l'aient point abandonné.

Certains auraient voulu faire de la garde de fait de l'enfant le fondement du droit à l'exercice de l'autorité parentale. Il leur semblait peu opportun d'exiger dans tous les cas que les parents fassent appel aux tribunaux pour décider de la garde de l'enfant lorsqu'ils cessent de faire vie commune. Le nombre élevé de séparations de fait paraît indiquer, en effet, un désir évident d'éviter les procédures judiciaires.

Il a semblé, néanmoins, que les parents ont, d'office, les devoirs qui découlent de l'autorité parentale et que cette situation juridique comporte une permanence malgré les vicissitudes de la vie conjugale. Il se peut bien qu'un des parents soit appelé à jouer, à certains moments, un rôle plus



actif que son conjoint dans l'exercice de l'autorité parentale, notamment, en cas d'absence, de voyage ou de maladie de l'autre parent. L'incidence de la séparation de fait des parents sur l'exercice de l'autorité parentale ne paraît pas fondamentalement différente de ces hypothèses. En tous cas, elle ne devrait pas permettre à un parent de se libérer de ses obligations. A moins de désaccord entre les parents qui ne font pas vie commune, la présomption de l'article 355 permettrait à un parent de faire seul les actes d'autorité nécessaires en étant réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir l'accord de son conjoint. Il ne deviendrait donc nécessaire de faire appel aux tribunaux qu'en cas de conflit entre les parents dans l'exercice de l'autorité parentale.

### 355

Parce que l'autorité parentale appartient également au père et à la mère, parce que les actes d'autorité se manifestent de façon presque quotidienne, parce qu'il est souvent difficile de connaître de façon précise la volonté des deux parents, il a paru opportun de créer, à l'égard des tiers de bonne foi, une présomption irréfragable que l'acte d'autorité d'un parent à l'égard de la personne de l'enfant a reçu l'accord de l'autre parent.

### 356

Si le droit même à l'autorité parentale est en principe incessible, sauf en cas de consentement à l'adoption (308), son exercice peut être délégué à d'autres personnes. Mais la délégation est toujours révocable qu'elle soit partielle et temporaire, comme celle qui existe au profit des enseignants (309), ou complète et de longue durée.

### 357

Cet article, de droit nouveau, est une application de la politique déjà adoptée dans le cadre des droits et des devoirs respectifs des époux en ce qui concerne la direction morale et matérielle de la famille (310).

Etant donné que l'exercice de l'autorité parentale se répartit également entre les deux parents, aucun d'eux ne peut prétendre avoir un droit de priorité dans les décisions. Il semble donc indispensable de recourir à un arbitre en cas de conflit.

Le tribunal serait donc appelé à résoudre ce genre de difficulté et il le ferait en s'inspirant du principe de l'intérêt de l'enfant qui constituerait l'une des règles de base du droit familial nouveau. La disposition proposée s'insère dans une perspective plus large d'un droit familial appliqué par un tribunal de la famille, pourvu des services complémentaires spécialisés,

indispensables pour être à même d'harmoniser les relations entre parents et enfants (311).

### 358

Cet article s'inspire de l'article 371-4 du Code civil français. Cette disposition, très souple, donne au tribunal un pouvoir d'intervention lorsque le bien-être de l'enfant l'exige. On a pensé, notamment, au cas où l'enfant est élevé pendant quelques années par d'autres personnes que ses parents et est ensuite repris par ces derniers.

### 359

Cet article, de droit nouveau, énonce le principe fondamental que le droit à l'autorité parentale n'est plus un droit dont les titulaires ne peuvent pas être privés. Jusqu'à présent, en effet, le droit civil a toujours considéré qu'un parent pouvait se voir retirer le droit d'exercice, mais jamais le droit de jouissance de l'autorité paternelle. La *Loi de la protection de la jeunesse* (312) prévoit une forme de retrait du droit d'exercice de l'autorité paternelle.

Le changement proposé est une conséquence logique du principe fondamental suivant lequel l'intérêt de l'enfant prime toute autre considération et constitue une reconnaissance du droit de l'enfant à être protégé. Il s'inspire d'ailleurs d'un certain nombre de législations étrangères qui prévoient la déchéance de l'autorité parentale (313).

### 360

Etant donné que l'intérêt de l'enfant peut seul motiver une décision aussi grave que la déchéance de l'autorité parentale, il a paru nécessaire de donner à toute personne intéressée le droit de présenter la requête, y compris à l'enfant lui-même qui est le principal intéressé.

On s'est demandé si la nécessité de signifier l'action aux parents ne pouvait pas entraîner des délais trop longs avant que la requête ne puisse être entendue.

On a été, néanmoins, d'avis que cette signification était indispensable, car le parent pourrait éventuellement se voir privé de ses droits sur son enfant. De plus, le juge pourrait prendre des mesures provisoires avant la décision finale, si l'enfant est en danger (314).

### 361

Cet article concerne la déchéance totale de l'autorité parentale, c'est-à-dire la perte du «droit de jouissance» de cette autorité.

Une telle mesure a pour effet de mettre fin à tous les droits du parent

(315), mais non à ceux de l'enfant, car le parent déchu de son autorité n'est pas libéré de ses obligations envers ce dernier, ainsi que le prévoit l'article 365.

La déchéance n'étant accordée que pour des motifs très graves, dont l'énumération limitative figure à l'article 359, les tribunaux ne seront certes pas appelés à la prononcer souvent (316). Toutefois, lorsque le prononcé de la mesure se justifie en raison de la gravité des faits, on a estimé opportun qu'elle puisse s'étendre à tous les enfants du parent déchu.

### 362

L'article proposé oblige le tribunal à procéder à la désignation d'un tuteur ou à confier l'autorité parentale au parent qui n'en est pas déchu s'il est apte à l'exercer.

### 363

Cet article donne au tribunal la possibilité de ne prononcer qu'un retrait partiel. Dans ce cas, le parent se voit enlever certains des droits qui découlent de l'autorité parentale et dont il a fait un mauvais usage.

En ce qui concerne la personne de l'enfant, ce pourrait être le droit de garde, le droit de surveillance, le droit d'éducation, le droit de représentation, etc.

Si, d'autre part, le parent a mal administré les biens de l'enfant, le droit à la tutelle légale aux biens pourrait lui être retiré. Un tel retrait pourrait donc se produire, soit à la suite d'une requête en déchéance de l'autorité parentale ou en retrait de certains de ses attributs, soit à la suite de la destitution du parent en tant que tuteur aux biens (317).

### 364

Contrairement à la déchéance de l'autorité parentale qui porterait sur l'ensemble de ses attributs, le retrait, lui, n'affecterait que certains d'entre eux. Le jugement de retrait n'affecterait que les droits qui y sont mentionnés et n'aurait d'effet qu'à l'égard de l'enfant en cause.

### 365

Cet article énonce un principe fondamental du droit familial: l'enfant ne perd jamais ses droits, quelle que soit la mesure prononcée contre les parents ou les circonstances dans lesquelles ceux-ci peuvent se trouver.

**366**

Cet article suit le principe, généralement accepté en droit familial, suivant lequel une décision judiciaire peut toujours être modifiée ou révoquée si des faits nouveaux le justifient.

L'importance des décisions en matière d'autorité parentale exige que le tribunal ait la discrétion de rétablir le parent dans ses droits, en tout ou en partie, si ce dernier s'en montre digne.

Il est, toutefois, évident qu'une fois l'enfant adopté, il n'est plus question de rétablir le parent d'origine dans ses droits.

**367**

Cet article s'inspire de l'article 15 de la *Loi de la protection de la jeunesse*. Il permet au juge de prendre toutes les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant, en attendant que soit prononcée la déchéance de l'autorité parentale, le retrait de certains droits, ou même en l'absence d'une de ces mesures. En effet, ces dernières sont la conséquence d'un manquement grave du parent à ses obligations. Or, un enfant peut avoir besoin de protection, sans que ses parents soient nécessairement responsables de la situation dans laquelle il se trouve.

La disposition est conçue de façon à donner au juge la plus grande discrétion pour prendre toutes mesures nécessaires comme, par exemple, l'hébergement de l'enfant dans un centre d'accueil ou un foyer nourricier.

Etant donné que l'enfant est en danger, il a paru indispensable de lui permettre de saisir lui-même le tribunal et de se mettre sous sa protection. Cette mesure répond aux nombreuses critiques adressées à la *Loi de la protection de la jeunesse*, qui dénie ce droit au principal intéressé (318). Toute autre personne intéressée peut également présenter la requête au tribunal.

On a jugé bon d'introduire dans le Code civil les mesures judiciaires de protection qu'on trouve actuellement dans le droit statutaire. Elles paraissent, en effet, indispensables à un droit familial complet. La prise de telles mesures serait favorisée par la création d'un tribunal de la famille pourvu des services auxiliaires nécessaires (319).

**368**

Cet article est conforme à la politique suivie par les travailleurs sociaux qui cherchent à maintenir les enfants le plus possible dans leur milieu familial. Il répond au besoin qu'éprouvent les tribunaux de confier la garde de l'enfant, dans certaines circonstances, à une autre personne

que son père ou sa mère, ce qu'ils ne peuvent faire à l'heure actuelle que pour la garde de fait (320).

### 369

Cet article reflète la philosophie nouvelle du droit familial. Le tribunal cesse d'être simplement un organe de règlement pour devenir un instrument de réhabilitation. Pour être à même de remplir cette tâche, il faudrait, évidemment, qu'il soit entouré des services auxiliaires indispensables (321).

Une telle organisation le mettra à même de devenir un véritable protecteur de l'enfance (322).

### 370

Cet article, de droit nouveau, s'inspire du principe, plusieurs fois formulé, selon lequel toute décision relative à la famille peut être modifiée ou révoquée lorsque des faits nouveaux le justifient.

Les personnes qui peuvent demander la modification ou la révocation sont les mêmes que celles qui ont le droit de requérir les mesures de protection en vertu de l'article 367.

- 
- (1) Voir M. RIOUX, *Kinship Recognition and Urbanization in French Canadian Society*, the Carlton Library, no 18, Maclelland and Stewart Ltd, 1964, p. 376; M.A. TREMBLAY, *L'idéologie du Québec rural*, Montréal, Académie des sciences morales et politiques, 1973, p. 260.
  - (2) Voir PH. GARIGUE, *Famille, science et politique*, Rapport préparé pour la Commission de Réforme du droit du Canada, 5 mars 1973, photocopié, p. 29 et s.
  - (3) *Ibid.*, p. 33 et s.; voir, aussi, M. GORDON, *The Nuclear Family in Crisis; the Search for an Alternative*, New-York, Harper and Row, 1972; R. TURNER, *Family Interaction*, New-York, John Wiley and Sons, 1970, p. 415.
  - (4) Voir F. ELKIN, *La famille au Canada*, avril 1964, Congrès canadien de la famille, p. 8. Au sujet de l'intensité et de la rapidité des changements de structures au Québec, voir G. ROCHER, *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973, p. 25 et s.
  - (5) L.Q. 1964, c. 66.
  - (6) L.Q. 1968, c. 82 et a. 129 C.C.
  - (7) L.Q. 1969, c. 77.
  - (8) L.Q. 1970, c. 62.
  - (9) L.Q. 1971, c. 85 et a. 246 et 324 C.C.

- (10) Cinq Comités y ont été particulièrement affectés: le Comité des régimes matrimoniaux, le Comité de l'état civil, le Comité des successions, le Comité du droit des personnes et de la famille et le Comité du droit international privé.
- (11) S.R.C. 1970, Appendices, II, no 5, à la p. 191.
- (12) Voir G. BEAUDOIN, *La répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce*, (1973) 4 R.G.D. 66.
- (13) Voir *Zacks v. Zacks*, (1973) 10 R.F.L. 53 (C.S.C.); *Corbeil v. Daoust*, [1972] C.A. 374, conf. [1970] C.S. 642 (sub nom. *A. v. B.*); *Papp v. Papp*, (1970) 8 D.L.R. (3d) 389, (1970) 1 O.R. 331 (Ont. C.A.); *Bray v. Bray*, (1971) 15 D.L.R. (3d) 40 (Ont. H.C.); *Gillespie v. Gillespie*, (1973) 36 D.L.R. (3d) 421; *Jackson v. Jackson*, (1973) 8 R.F.L. 172 (C.S.C.).
- (14) Voir F.J.E. JORDAN, *Federal Divorce Act (1968) and the Constitution*, (1968) 14 McGill L.J. 209; F. CHEVRETTE, *Etude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme*, (1 et 2) Cours de droit constitutionnel canadien, Montréal, P.U.M. 1971, p. 138 et s.; A. TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et droits civils*, Ottawa, éd. de L'Université d'Ottawa, 1967, p. 122 et s.; P. GARANT, *Le déclin des pouvoirs ancillaires*, (1966-67) 8 C. de D. 104; D.J. MacDOUGALL, *The Constitution and Ancillary Relief under the Divorce Act*, (1969) 27 The Advocate 260; J.D. PAYNE, *Bill C-187*, (1968) 18 U. of N.B. L.J. 87; M. SHACTER, *Constitutional Aspects of the Divorce Act*, (1968) 28 R. du B. 495; P. BLACHE, *La doctrine du champ inoccupé se porte-t-elle mal?*, (1967) 2 R.J.T. 39.
- (15) Voir, notamment, le *Rapport sur la famille*, 1ère partie, O.R.C.C., 1974, XXVI.
- (16) Diverses études ont été effectuées dans le cadre de ces recherches. Elles ont bénéficié des conseils de Mme Colette Carisse, sociologue, professeur à l'Université de Montréal. Ce sont notamment: «*Enquête menée auprès de trente femmes séparées légalement*», par Michelle Dubuc, travailleuse sociale, Montréal, O.R.C.C., septembre 1968 DC168; «*Enquête auprès du Bien-Etre et des agences du service social de Montréal*», par Cécile Laliberté, Montréal, O.R.C.C., décembre 1968 DC134; «*Sociologie de la séparation judiciaire des époux*», par Me Jean-Paul Duquette, avocat, Montréal, O.R.C.C., mai 1970 DC171; «*La séparation de fait entre époux, enquête auprès de cinquante conjoints séparés*», par Me René Boily, avocat et travailleur social, O.R.C.C., juin 1970 DC167; «*La Loi québécoise d'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires*», par Ethel Groffier, O.R.C.C., septembre 1970; «*Analyse de 235 dossiers de divorces prononcés en 1969*», par Ethel Groffier, Montréal, O.R.C.C., février 1971 DC128.
- (17) L'Office a, entre autres, pris connaissance d'une très intéressante étude du Comité de la filiation de la Faculté de médecine de l'Université de Montréal, O.R.C.C. doc. DC72.
- (18) Notamment, des représentants du Ministère des Affaires sociales, de la

- Fédération des Services Sociaux à la famille au Québec, du Centre de Services Sociaux du Montréal métropolitain, ainsi que des directeurs des différents centres de services sociaux de la province.
- (19) L'Office a en outre bénéficié des recherches, entrevues et travaux effectués pour le Comité du tribunal de la famille.
- (20) Voir le *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, O.R.C.C., Editeur officiel du Québec, 1968, no 1, p. 4.
- (21) L.Q. 1975, c. 6, a. 47.
- (22) *La femme dans la société*, Travaux du groupe d'ethnologie sociale, C.N.R.S. 1967, c. V, représentation de l'égalité dans le couple par M. Huguet; voir, aussi, J. WILSON, *Logic and Sexual Morality*, Harmondsworth, Middlesex, Penguin Book, 1965, p. 223-228, traduit dans: A. MICHEL, *La sociologie de la famille*, Paris-La Haye, Mouton, 1970, G. ROCHER, *Les modèles et le statut de la femme canadienne française*, dans *Images de la femme dans la société*, Paris, les éditions ouvrières, 1964, p. 202 et s.
- (23) Voir G. BEAUPRE, *Papa, maman, le juge et moi*, et A. MAYRAND, *A propos du choix de la résidence familiale*, (Réponse à Me Beaupré), Barreau 1971, mai, p. 4-5; voir, aussi, M.A. TREMBLAY, *Le point de vue de l'anthropologue, dans le droit dans la vie familiale*, Livre du Centenaire du Code civil, Montréal, P.U.M., 1970, p. 86.
- (24) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille*, O.R.C.C., 1975, XXVII.
- (25) Ce principe inspire également les recommandations récentes de plusieurs commissions de réforme canadiennes, voir Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part III, *Children*, Ministry of the Attorney-General, 1973, p. 29 et s.; Law Reform Division, Department of Justice, New Brunswick: *Status of Children Born Outside Marriage; Their Rights and Obligations and The Rights and Obligations of Their Parents*, A working Report, 1974, p. 28 et s.; Family and Children's Law Commission of British Columbia, *The Children's Act*, 1976, Draft Model Act for Discussion, Supplement to the Fifth Report, 1975, Part II.
- (26) Voir, à cet égard, l'article 25 du Livre *Des personnes*.
- (27) Sauf dispense judiciaire entre seize et dix-huit ans, voir a. 9.
- (28) Voir les statistiques mentionnées dans le commentaire de l'article 9.
- (29) Voir le chapitre V du Livre *Des personnes*.
- (30) Voir les a. 1257 et s. C.C. qui ont fait l'objet de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.
- (31) L.Q. 1964, c. 66.
- (32) L.Q. 1969, c. 77.
- (33) *Loi sur le régime des rentes*, L.Q. 1965, c. 24, a. 105; *Loi sur les pensions*,

- S.R.C. 1970, c. P-7, a. 32(6); *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-5, a. 63; *Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1969, c. 63, a. ld).
- (34) Voir l'article 188 du Livre *Des obligations*.
- (35) Voir les lois citées à la note 33, à l'exception de la *Loi de l'aide sociale*.
- (36) Voir le *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, O.R.C.C. 1971, XII.
- (37) Voir l'affaire *Beudet v. Dame Lussier*, (1973) 76 R. du N. 37. La doctrine avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de se pencher sur cette question, voir notes 145 et 146.
- (38) Voir, d'ailleurs, J. PINEAU, *La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation*, (1973) 76 R. du N. 3, p. II.
- (39) L'article 72 du Livre *De la famille* modifie l'article 1261 C.C.
- (40) Voir l'article 306 du Code civil français.
- (41) Voir *supra*, note 16.
- (42) Voir, en ce sens, Commission de réforme du droit du Canada, *Le divorce*, Document de travail 13, Ottawa, 1975, p. 31 et s.
- (43) «Divorce à l'américaine» dans A. MICHEL, *Sociologie de la famille*, *op. cit.*, p. 196.
- (44) *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64; *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62; *Loi modifiant de nouveau le Code civil*, L.Q. 1971, c. 85.
- (45) Cette proposition a également été formulée par la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Law*, *op. cit.*, p. 17 et 18 et s.
- (46) L.Q. 1969, c. 64; voir *Rapport sur un projet de loi de l'adoption*, O.R.C.C., IV, Editeur officiel du Québec, 1968.
- (47) France, a. 343 et s. C.C.; Belgique, a. 343 et s. C.C.; Suisse, a. 264 et s. C.C.; Allemagne de l'Ouest, a. 1741 et s. C.C.; Italie, a. 291 et s. C.C.
- (48) Voir *Y v. Z*, [1975] C.S. 290; *X v. X*, [1975] C.B.S. 385; voir le commentaire de R. JOYAL-POUPART, (1977) 37 R. du B. 96.
- (49) Voir l'article 25 du Livre *Des personnes*.
- (50) Résolution 1386 (XIV), adoptée le 20 novembre 1959.
- (51) Voir *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41; A. MAYRAND, *L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois*, in Mélanges offerts à R. Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p. 621 et s.; E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, *De la puissance paternelle à l'autorité parentale*, (1974) 15 C. de D. 742, à la p. 826 et s.; P. CIOTOLA, *Mariage - Minorité - Consentement d'un parent*, (1973-74) 76 R. du N. 299.
- (52) L.Q. 1975, c. 6, a. 47.



- (53) Voir Ph. GARIGUE, *Famille, science et politique, op. cit.*, p. 68.
- (54) S.R.Q. 1964, c. 220, mod. par L.Q. 1971, c. 48 et L.Q. 1974, c. 42 et 59.
- (55) Codes civils: français, a. 382 et s.; allemand, a. 1649; belge, a. 389; suisse, a. 292 et s.; grec, a. 1517, espagnol, a. 160 et s.
- (56) Pour un résumé de la question, voir J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973, no 170 et s.
- (57) Voir *Samson v. Sohler*, [1944] C.S. 295; *Santis v. Campa*, [1960] C.S. 668; *Audy v. Cantin*, (1939) 77 C.S. 187.
- (58) Voir, à ce sujet, A. MAYRAND, *Problèmes juridiques nés de la rupture des fiançailles*, (1963) 23 R. du B. l; A. POPOVICI, *Essai sur la nature du recours pour rupture de promesse de mariage en droits québécois et italien*, (1969) 3 R.J.T. 53; J. PINEAU, *Mariage - séparation - divorce*, Montréal, P.U.M., 1976, no 31 et s.
- (59) Voir *Internoscia v. Bonelli*, (1905) 28 C.S. 58; *Gagnon v. Sirois*, (1916-17) 23 R. de J. 109 (C.S.); *Boucher v. Boucher*, (1920) 58 C.S. 468; *Héritiers Sirois v. Parent*, [1954] B.R. 91.
- (60) Voir *Bessette v. Grenier*, [1961] C.S. 38; *Vézina v. Blais*, [1953] C.S. 48.
- (61) Voir P.B. MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Théorêt, 1895, p. 433 et s.; voir, aussi, *Paré v. Bonin*, [1973] C.A. 875.
- (62) Voir l'article 27.
- (63) Voir, à cet égard, l'article 29 du Livre *Des obligations*.
- (64) Voir, à cet égard, P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 285 et s.; L.P. SIROIS, *Tutelles et curatelles*, Québec, Imprimerie de L'Action Sociale Ltée, 1911, no 534; J. PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, no 302.
- (65) Voir les articles 180 et 181 du Livre *Des personnes*.
- (66) Voir *Le mariage des adolescents à Montréal*, Etude sociologique sur leurs chances d'ajustement marital, par M. TROTTIER et A. NORMANDEAU, mars 1966, et les diverses études sociologiques effectuées aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne citées dans *Etude sur certains aspects du droit familial au Canada* par B. GAUDET, Etudes préparées pour la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Ottawa, Information Canada, 1971, no 11, p. 59 et s.; voir, aussi, Recommandation no 102 du Rapport de la Commission, Information Canada, 1970; l'étude des Nations-Unies accompagnant le projet de convention sur l'âge minimum du mariage, Doc. ECN6356; Statistiques fournies par la Commission de réforme du droit du Canada, janvier 1974.
- (67) Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part II, Marriage, p. 53; Newfoundland Family Law Study, *Family Law in Newfoundland*, St. John's, 1973, p. 22.
- (68) Voir l'article 9 du Livre *Des personnes*.

- (69) Voir les articles 66 et s. du Livre *Des personnes*.
- (70) L.Q. 1968, c. 82.
- (71) Voir *Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247, conf. (sub nom. *X v. G.*) [1972] C.S. 72; *Bessette v. Meunier*, [1959] C.S. 283.
- (72) Voir *Howard v. Bergeron et Kriklow*, (1941) 71 B.R. 154; *Dubé v. Ouellet*, [1966] C.S. 16; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172; *Burelle v. Grandmont et Procureur général de la province de Québec*, [1964] C.S. 314.
- (73) Voir *Despatie v. Tremblay*, (1929) 47 B.R. 305 (C.J.C.P.); voir, également, E. DELEURY et M. RIVET, *Droit civil, droit des personnes et de la famille*, Les Presses de l'Université Laval, 1973, p. 57 et s.; A.F. BISSON, *Chronique de droit familial*, (1971) 2 R.G.D. 31; J. PINEAU, *Mariage - séparation - divorce, op. cit.*, no 68.
- (74) A.C. 501 du 26 février 1969, G.O., 8 mars 1969, p. 1520.
- (75) Voir l'article 91 du Livre *Des personnes*.
- (76) Voir *Lanzetta v. Falco*, [1962] C.S. 593.
- (77) Voir les articles 68 et 69 du Livre *Des personnes*.
- (78) *Ibid.*, a. 109.
- (79) Voir *L. v. L.*, [1968] C.S. 480.
- (80) Voir les articles 181 et s. du Livre *Des personnes*.
- (81) Voir *Owad v. Poliskewycz*, [1967] C.S. 234; J. PINEAU, *op. cit.*, no 95.
- (82) Voir l'article 35 du Livre *Des obligations*.
- (83) Voir *Weinstock v. Blasenstein*, [1965] C.S. 505; *Dussault v. Enloe*, [1965] C.S. 448; *Hivon v. Gagnon*, [1962] C.S. 399.
- (84) Voir *Pagé v. Nantel*, [1945] R.L. 257 (C.S.); *Yorksie v. Chalpin*, [1946] B.R. 51; *Dorion v. Bussière*, [1967] B.R. 416; *Richard v. Trudel*, [1968] B.R. 983. Voir les commentaires de A.F. BISSON sur ces divers arrêts: *Chronique de droit familial*, (1970) 1 R.G.D. 97.
- (85) Voir *Lanzetta v. Falco*, [1962] C.S. 593; *Kemsies v. Field*, [1946] C.S. 232; *Ovadia v. Basette*, [1954] C.S. 337; *Dubé v. Ouellet*, [1966] C.S. 16.
- (86) Voir *Jasenovic v. Nussinov*, [1966] B.R. 774.
- (87) Voir ainsi *Feiner v. Demkowicz*, (1974) 42 D.L.R. (3d) 165 (Ont. H.C.).
- (88) Voir *S. v. G. and Attorney-General*, [1966] C.S. 388 et la jurisprudence citée dans cette décision.
- (89) Voir *Clint v. Vaillancourt*, [1971] C.S. 205.
- (90) Voir *Owad v. Poliskewycz*, [1967] C.S. 234; G. BRIERE, *Le mariage putatif*, (1959) 6 McGill L.J. 217, à la p. 220.
- (91) Voir *Goodfellow v. Smith*, [1968] C.S. 427.

- (92) Voir *Hivon v. Gagnon*, [1962] C.S. 399.
- (93) Voir *Stephens v. Falchi*, [1938] S.C.R. 354.
- (94) Voir G. BRIERE, *loc. cit.*, 217, à la p. 226; PLANIOL ET RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., Paris, 1952, t. 2, par A. Rouast, no 333; AUBRY ET RAU, *Droit civil français*, 7e éd., Paris, 1962, vol. 7, par P. Esmein et A. Ponsard, par. 467, no 83; *Nouveau répertoire de droit civil*, III, Dalloz, Mariage, no 321 et s.; voir, également, H.R. HAHLO, *Report on the Proprietary Consequences of a Putative Marriage*, O.R.C.C., 12 novembre 1973, p. 4 et s., DE21.
- (95) Voir A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, no 145.
- (96) Voir les articles 37 et 38 du Livre *Des obligations*.
- (97) Voir *Berthiaume v. Dastous*, (1929) 47 B.R. 533 (C.P.); *Lolli v. Husolo*, [1947] C.S. 17; *Wilson v. Partridge*, [1959] C.S. 17; *Rogatko v. Levinstein*, (1933) 54 B.R. 538; pour une critique de cette jurisprudence, voir G. BRIERE, *loc. cit.*, à la p. 227; voir, également, *Paré v. Bonin*, [1973] C.A. 875, à la p. 883 (M. le juge Deschênes), (1976) 10 N.R. 307; voir, également, G. BRIERE, *Effets civils d'un mariage nul pour maladie mentale*, (1976) 36 R. du B. 410.
- (98) Voir M. OUELLETTE, *La condition juridique de la femme mariée*, (1970) 5 R.J.T. 105, à la p. 189.
- (99) Voir l'article 213 C.C.
- (100) Voir *General Obligations Law*, a. 3, s. 301 (1) et a. 5, s. 311.
- (101) Voir Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law*, Toronto, Ministry of the Attorney-General, 1974, p. 3.
- (102) Voir le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1970; *Loi de 1974 modifiant la législation* (statut de la femme), S.C. 1975, c. 66; en Ontario, *An Act to reform certain Laws founded upon Marital or Family Relationships*, 5th Session, 29th Leg., 24 Eliz. II, 1975.
- (103) Voir les articles 60 et s.
- (104) Voir l'article 354.
- (105) Voir l'article 45.
- (106) Voir G. BRIERE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée*, in *Lois nouvelles I*, Montréal, 1965, p. 7, aux p. 27 et 28; M. OUELLETTE, *La condition juridique de la femme mariée*, *loc. cit.*, à la p. 203.
- (107) Voir les articles 180 et s. du Livre *Des personnes*.
- (108) Voir *Perrier v. Perrier*, [1970] C.A. 133; voir, aussi, J. PINEAU, *Les régimes matrimoniaux*, Cours de Thémis, Montréal, 1972, p. 22.

- (109) Voir *L. v. B.*, [1970] C.S. 87; *Banque Royale du Canada v. Archambault*, [1970] C.S. 308.
- (110) Voir G. BRIERE, *Les charges du mariage*, (1967) 2 R.J.T. 451, aux p. 452 et s. et la jurisprudence citée par cet auteur; voir, également, les commentaires sur l'article 48.
- (111) Voir, à cet égard, *Lapierre v. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.), publié (sub nom. *JTL v. JRT*) dans (1970) 1 R.G.D. 81. Voir, également, le commentaire de F. HELEINE, (1970) 1 R.G.D. 113.
- (112) Voir *The T. Eaton Co. Ltd v. Egglefield*, [1969] C.S. 15; *Dupuis Frères Ltée v. Gauthier*, [1970] R.L. 178 (C.P.); *Bouchard v. Lachance*, [1967] R.L. 128 (C.P.); *The Robert Simpson Montreal Ltd v. Dix*, [1971] C.S. 196; *Shuchat Fur Co. Ltd v. Pariseault*, [1972] C.A. 138.
- (113) Voir *Silver v. Burgstaller*, [1969] C.S. 402 (C.P.).
- (114) Voir l'article 354.
- (115) Pour la notion d'union de fait, voir Introduction.
- (116) Pour l'aliénation de la chose d'autrui, voir l'article 357 du Livre *Des obligations*.
- (117) Voir les articles 92 et 229.
- (118) Voir l'article 46 du Livre *De la prescription*.
- (119) Voir les articles 1292 et 1297 C.C.
- (120) La protection des meubles fait l'objet de recommandations analogues de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law*, 1974, p. 145 et 151.
- (121) Voir pour la notion de « meubles du ménage » l'article 178 du Livre *Des successions* et l'article 278 du Livre *Des biens*.
- (122) O.R.C.C., *op. cit.*, a. 3.
- (123) Voir F. BATES, *Behind the Law of Divorce, a Modern Perspective*, (1976) 7 Man. L.J. 39, à la p. 42 et s.
- (124) Cette définition n'est d'ailleurs pas reprise dans le Livre *Des biens*.
- (125) Voir le *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, *op. cit.*, a. 6 et 9.
- (126) *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, a. 27.
- (127) En Angleterre, *Matrimonial Causes Act*, 1973, c. 18, a. 24; Colombie Britannique, *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, c. 20, s. 8; Saskatchewan, *An Act to amend the Married Women's Property Act*, S.S., 1975, c. 29.
- (128) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille*, O.R.C.C., 1975, XXVII, p. 157 et s.

- (129) Voir, à ce sujet, E. CAPARROS, *La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille*, (1976) 17 C. de D. 603, p. 604.
- (130) Voir l'article 56.
- (131) Voir J. PINEAU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 18.
- (132) Voir les articles 41 et s.
- (133) Voir R. COMTOIS, *Les principales dispositions du Bill 10*, Chambre des Notaires, Cours de perfectionnement, Montréal, 1970, 120; *Le Bill 10 depuis le 1er juillet 1970*, (1970) 1 R.G.D. 227-228; *Les incidences fiscales de la Loi concernant les régimes matrimoniaux*, Chambre des Notaires, Cours de perfectionnement, Montréal, 1971, 115-116.
- (134) Voir J.G. BERGERON, *Le praticien et certains aspects du changement conventionnel ou judiciaire d'un régime matrimonial pendant le mariage*, (1974) 5 R.D.U.S. 219, à la p. 227.
- (135) Voir E. CAPARROS, *Le problème de l'entrée en vigueur du nouveau régime lors d'une mutabilité conventionnelle d'un régime matrimonial*, (1973) 14 C. de D. 335; *Les régimes matrimoniaux au Québec*, in Commission de réforme du droit du Canada, *Etudes sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Information Canada, no 65-67, p. 55-57; M. LEGARE, *De la rétroactivité ou de la non-rétroactivité du changement de régime matrimonial*, (1975-76) 78 R. du N. 155-160 et la note de R. COMTOIS, (1975-76) 78 R. du N. 155.
- (136) Voir *Godebois et Turcotte*, requérants, C.S. (Québec II-093) 28 juin 1972 (M. le juge Beaudoin) publié in (1974) 15 C. de D. 887; *Pelletier et Bouchard*, requérants, C.S. (Québec II-094) 28 juin 1972 (M. le juge Beaudoin) cité dans E. CAPARROS, *Mutation conventionnelle du régime matrimonial: date d'entrée en vigueur*, (1974) 15 C. de D. 905.
- (137) Voir l'article 182 du Livre *Des personnes*, ainsi que l'article 8 du présent Livre.
- (138) Voir G. BRIERE, *Les dispositions essentielles du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux*, Lois Nouvelles II, P.U.M., 23, à la p. 35; R. COMTOIS, *Manuel du notaire*, Montréal, 1970, vol. I, no 25, p. 88-100; *De la donation par contrat de mariage*, (1972) 75 R. de N. 253, à la p. 260. Voir, également, les articles 487 et s. du Livre *Des obligations*; M. LEGARE, *Institution contractuelle irrévocable et mutation du régime matrimonial*, (1976) 79 R. du N. 117.
- (139) Voir J.H. GOMERY, *Changes in the Matrimonial Regimes under Bill 10*, Junior Bar Symposium 1970-71, p. 38.
- (140) Voir E.S. DE LA MARNIERRE, *La modification du régime et l'intérêt de la famille*, (1971) 74 R. du N. 166.
- (141) Voir M. RIVET, *La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970*, (1974) 15 C. de D. 613, à la p. 642 et s.

- (142) Voir les articles 60 et s. du Livre *Des personnes*.
- (143) Voir J.G. BERGERON, *loc. cit.*, à la p. 230; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, à la p. 55 et s.
- (144) Voir l'article 72.
- (145) Voir S. BINETTE, *La société d'acquêts; de la dissolution et de la liquidation du régime*, Chambre des Notaires, Cours de perfectionnement, Montréal, 1974, 7, à la p. 56 et s.
- (146) Voir C. CHARRON, *L'assurance-vie payable «aux héritiers légaux» ne fait pas partie des biens communs ou acquêts de l'assuré*, (1973) 76 R. du N. 507.
- (147) Voir L. PLAMONDON, *La société d'acquêts et l'assurance sur la vie*, (1970) 73 R. du N. 131, p. 248.
- (148) Voir C.S. (District du Richelieu 21-059) 3 avril 1973, publié in (1973) 76 R. du N. 37, commenté par L. PLAMONDON (1973) 76 R. du N. 41. Voir G. BRIERE, in (1974) 34 R. du B. 393.
- (149) Voir S. BINETTE, Cours, *op. cit.*, à la p. 50; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, no 86, à la p. 70; J. PINEAU, *op. cit.*, à la p. 59.
- (150) Voir S. BINETTE, *loc. cit.*, à la p. 54.
- (151) Voir S. BINETTE, *loc. cit.*, à la p. 54; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, no 94, p. 76.; J.G. BERGERON, *L'acquisition des biens avec des propres et des acquêts et la technique des récompenses sous le régime de la société d'acquêts*, (1975) 35 R. du B. 446, à la p. 456 et s.
- (152) Voir L. PLAMONDON, *La société d'acquêts et l'assurance sur la vie, loc. cit.*, à la p. 263.
- (153) Voir les références sous l'article 84.
- (154) D. 1957, 350.
- (155) Voir, notamment, J. PINEAU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, à la p. 61; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, no 88, p. 72; S. BINETTE, *op. cit.*, à la p. 37.
- (156) Voir les articles 209 et s. du Livre *Des personnes*.
- (157) Voir J. PINEAU, *La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation, loc. cit.*, à la p. 16.; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, no 138, p. 107-108.
- (158) Voir M.D. CASTELLI, *Recel et bénéfice d'émolument: Deux parents pauvres du nouveau régime*, (1974-75) 77 R. du N. 371.
- (159) Voir E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec, op. cit.*, no 143, p. 110.

- (160) Voir E. CAPARROS, *ibid.*, no 151, p. 115.
- (161) Voir, pour des exemples, J.G. BERGERON, *L'acquisition des biens avec des propres et des acquêts et la technique des récompenses sous le régime de la société d'acquêts*, *loc. cit.*, 446.
- (162) Une autre solution aurait pu consister à prendre en considération tout enrichissement des biens propres et de les considérer comme acquêts, comme l'avait proposé la commission de réforme de l'Ontario dans un régime qui se rapproche de la société d'acquêts. *Report on Family Law, Part IV, Family Property Law*, 1974, Recommendation no 6, p. 58.
- (163) Voir l'article 194.
- (164) Voir l'article 199 alinéa 4.
- (165) Il s'agit de l'interprétation donnée à l'article 1403 C.C. fr. par A. COLOMER, *La suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux ou: le danger d'innover*, D. 1966, c. 23.
- (166) Voir J. PINEAU, *La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation*, *loc. cit.*, à la p. 24; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, *op. cit.*, nos 197 et 212, p. 139 et 143.
- (167) Voir, A. MAYRAND, *Commentaires sur trois mots, «Succession, titre équipollent»*, (1957-58) 60 R. du N. 435.
- (168) Voir, R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, no 329 et s.
- (169) S.R.Q. 1964, c. 296, a. 31 (maintenant abrogé par la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70); voir R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, *op. cit.*, no 24.
- (170) Voir *Proulx v. Deschamps*, [1965] C.S. 278.
- (171) Voir, R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, *op. cit.*, no 31; F. HELEINE, *Obligation alimentaire et régime communautaire*, (1968) 14 McGill L.J. 312, à la p. 317; *Lemster v. Matieshyn*, [1972] R.P. 1 (C.S.).
- (172) Voir *Lemster v. Matieshyn*, [1972] R.P. 1 (C.S.); *Bilodeau v. Turcotte-Bilodeau*, [1972] C.S. 358. Voir F. HELEINE, *Pensions de retraite et régimes communautaires*, (1971-72) 74 R. du N. 97; E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, *op. cit.*, no 178, p. 131.
- (173) Voir R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, *op. cit.*, no 33; J. PINEAU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, à la p. 82.
- (174) Voir J. PINEAU, *La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation*, *loc. cit.*, à la p. 31; pour l'état du droit avant 1970, voir R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, *op. cit.*, no 83a et s.
- (175) Voir le Livre *Des biens*, titre sixième.

- (176) Voir l'article 9 du présent Livre, ainsi que l'article III du Livre *Des personnes*.
- (177) Voir le Livre *Des obligations*.
- (178) Voir l'article 186 du Livre *Des obligations*.
- (179) Voir P. AZARD et A.F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. I, Ottawa, 1971, no 56 bis.
- (180) Voir l'article 209 du Livre *Des personnes*.
- (181) Voir, dans ce sens, Commission de réforme du droit du Canada, *Le divorce*, *op. cit.*, p. 33 et s.
- (182) Voir, notamment, *Thibodeau v. Delisle*, [1975] C.A. 383; *Lajoie v. Therrien*, [1971] C.A. 493.
- (183) Voir *Hébert v. Maheu*, [1973] C.S. 420; *Simoneau v. Dufour*, [1974] C.S. 343; *Marcotte v. Marcotte*, [1973] R.P. 120 (C.S.); *Ménard v. Ricard*, [1974] C.A. 157.
- (184) Voir A. MAYRAND, *Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés*, (1960) 20 R. du B. l.
- (185) Voir *Jourdain v. Bradette*, [1968] B.R. 604.
- (186) Voir Bromley's *Family Law*, Londres, Butterworths, 1971, 5e éd., p. 134 et s.; A. LINDEY, *Separation Agreements and Antenuptial Contracts*, revised edition, New-York, Mathew Bender & Co. Inc., 1968, mise à jour annuelle; D.J. McDOUGAL, *Alimony and Maintenance in Studies in Canadian Family Law*, vol. I, dirigé par D. Mendes da Costa, Toronto, Butterworths, 1972, p. 283 et s.
- (187) Voir A. MAYRAND, *Conventions de séparation entre époux*, (1970) 73 R. du N. 411.
- (188) Voir les commentaires sous l'article 47.
- (189) Voir *Marcotte v. Marcotte*, [1973] R.P. 120 (C.S.); *Desrosiers v. Desrosiers*, [1972] C.S. 503.
- (190) Voir *Robitaille v. Cloutier*, [1973] R.P. 125 (C.S.).
- (191) Voir *May v. Mayer*, [1970] R.P. 30 (C.S.); voir, aussi, F. HELEINE, *Chronique de droit familial*, (1971) 2 R.G.D. 79, p. 28.
- (192) Voir les articles 170 et 213 C.C. et, à ce sujet, *Couvrette v. Whittall*, [1974] C.S. 609; *Stevens v. Stevens*, [1975] C.A. 113; *Létourneau v. Fortier*, [1975] C.S. 308.
- (193) Voir, à ce sujet, *Gosselin v. Pelletier*, [1969] C.S. 515; *Webster v. McKay*, [1969] C.S. 132; *B. v. R.*, [1970] C.S. 212; *L. v. L.*, [1970] C.S. 222; *Vigneault v. Vigneault*, [1972] C.A. 666; *Souillard v. Sauvé*, [1972] C.A. 512; voir G.S. CHALLIES, *Cruelty as a ground for divorce*, (1970) 16 McGill L.J. 113, à la p. 115; voir, aussi, P.A. CHAMPAGNE et Y. LEGER, *La cruauté mentale seule cause de divorce?*, Montréal, Ed. de



- l'Homme, 1971, p. 48; M.M. GUMBERT, *Cruelty Desertion, Separation and Analysis of the Common Law in Relation to Certain Sections of the Canadian Divorce Act*, (1969) 29 R. du B. 210; D. MENDES DA COSTA, *The Divorce Act, 1968, and Grounds for Divorce Based upon Matrimonial Causes*, (1969) 7 Osgoode Hall L.J. III, à la p. 147; F. HELEINE, *Chronique de droit familial*, (1970) 1 R.G.D. 130. Voir, également, S. KHETARPAL, *Family Law*, (1975) 7 Ottawa L.R. 176, à la p. 178 et s.
- (194) S.R.C. 1970, c. D-8.
- (195) Voir la note 193.
- (196) Voir *Kennedy v. Kennedy*, (1969) 2 D.L.R. (3d) 405 (B.C. Sup. Ct.); *Lachman v. Lachman*, (1970) 12 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.); *Brinnen v. Brinnen*, [1972] 7 R.F.L. 113 (B.C. Sup. Ct.); voir, également, *Provençal v. Leclerc*, [1974] C.A. 27; M. RIVET, *Quelques notes sur le concept d'abandon en matière de divorce*, (1973) 14 C. de D. 677; *Baril v. Trudeau*, [1975] C.S. 305.
- (197) Article 4(1)a)(i) et (ii).
- (198) Voir, pourtant, Commission de réforme du droit du Canada, *Le Divorce, op. cit.*, à la p. 34 et s. et l'amendement à la *Loi sur le divorce* actuellement devant le Parlement fédéral, (Bill C-224), 2e session, 30e législation.
- (199) Voir la *Loi sur le divorce*, a. 4(1)e)(ii).
- (200) Voir J.D. PAYNE, *Divorce Act, 1968*, (1969) 7 Alta L.R. 1; voir, comme exemple de ces recherches: *Leblanc v. Landry*, [1952] R.L. 126 (C.S.).
- (201) Voir S. SKELLY, *Divorce Reform, A Reality*, (1969) 10 C. de D. 85, à la p. 93; J. PINEAU, *Coup d'oeil sur la loi nouvelle sur le divorce*, (1969) 10 C. de D. 61, à la p. 68.
- (202) Voir, par exemple, en France, Loi du 11 juillet 1975, a. 230 C.C.
- (203) Voir *McGrath v. Drapeau*, [1967] C.S. 121; voir, aussi, *Mainville v. Monfette*, [1957] B.R. 795; *Giroux v. Ouellette*, [1972] C.S. 723; J.P. GREGOIRE, «*De la portée des admissions du conjoint accusé d'un délit conjugal*», (1972) 32 R. du B. 484.
- (204) Voir le *Rapport du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes chargé d'enquêter sur le divorce au Canada*, Ottawa, juin 1967, Imprimeur de la Reine, p. 152 et s.
- (205) Voir, à cet égard, C. L'HEUREUX-DUBE, *Le droit de ne pas divorcer*, (1969) 10 C. de D. 121.
- (206) Voir J. PINEAU, *La Famille, op. cit.*, no 384; D. MENDES DA COSTA, *Divorce, in Studies in Canadian Family Law, loc. cit.*, 359, à la p. 382.
- (207) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, aux p. 171 et s. et 229 et s.

- (208) Pour une illustration d'une telle situation, voir *Trites v. Trites*, [1970] 9 D.L.R. (3d) 246 (N.S. Sup. Ct.).
- (209) Voir *Lachman v. Lachman*, (1970) 12 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.).
- (210) Voir *Ceicko v. Ceicko*, (1969) 5 D.L.R. (3d) 360 (Man. Q.B.).
- (211) Voir *Jourdain v. Bradette*, [1968] B.R. 604; *D. v. B.*, [1969] R.P. 159 (C.S.); *J. v. F.*, [1970] C.S. 576.
- (212) Voir *Trudeau v. Ouellette*, [1972] C.S. 699; *Gervais v. Lévesque*, [1972] R.P. 425 (C.S.); *Nadeau v. Lavoie*, [1974] C.S. 338.
- (213) Voir *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530.
- (214) Voir *Raymond v. Leclair*, [1970] C.A. 671; voir, aussi, *Ouellet v. Rousseau*, [1972] C.S. 250.
- (215) Voir *B. v. M.*, [1971] R.P. 419 (C.S.); *Gosselin v. Pelletier*, [1969] C.S. 515; *Shaffran v. Shaffran*, [1970] C.A. 1174, conf. [1969] R.P. 101 (C.S.). Il faut noter que la Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport, *Les divorcés et leur soutien*, doc. de travail 12, 1975, semble pencher pour le principe inverse. Il ne devrait, d'après ce rapport, y avoir aucun droit à des aliments après un divorce sauf si le tribunal l'a décidé autrement, p. 20 et s.
- (216) Voir *Benoit v. Rainville*, [1973] C.S. 307.
- (217) Voir, notamment, *B. v. L.*, [1970] C.S. 17.
- (218) Voir *Kumpas v. Kumpas*, (1970) 71 W.W.R. 317 (Man. C.A.); *Ceicko v. Ceicko*, (1969) 5 D.L.R. (3d) 360 (Man. Q.B.); *Nash v. Nash*, (1974) 47 D.L.R. (3d) 558 (C.S.C.); voir D.J. MacDOUGALL, *Alimony and Maintenance in Studies in Canadian Family Law*, op. cit., vol. 1, 281, à la p. 321.
- (219) Voir L. ST-ARNAUD, *Divorce et impôts*, (1975) 35 R. du B. 46; J.G. CARDINAL, *Pension alimentaire et entretien d'une résidence*, (1976) 78 R. du N. 435.
- (220) Voir au Livre *Des biens*.
- (221) Contre cette possibilité: *Todd v. Todd*, (1969) 5 D.L.R. 92 (B.C. Sup. Ct.); *Tremblay v. Trembaly*, [1971] C.S. 507, [1972] C.S. 458; *Redfearn v. Hemmings*, [1972] C.S. 313; *Lévesque v. Huot*, [1973] C.S. 411. En faveur de cette possibilité: *Whyte v. Whyte*, (1970) 7 D.L.R. (3d) 7 (Man. C.A.).
- (222) Voir *Vadeboncoeur v. Landry*, [1973] C.A. 351, (1976) 10 N.R. 469; *Thériault v. Tremblay*, [1973] C.A. 575 et les critiques de A.F. BISSON, *Chroniques régulières*, (1973) 33 R. du B. 156, 404. La Cour Suprême s'est également penchée sur le problème: voir *Zacks v. Zacks*, (1973) R.F.L. 53 (C.S.C.); *Lapointe v. Klint*, [1975] 2 R.C.S. 539; *Ouimet v. Ouimet*, (1976) 7 N.R. 1; voir G. BRIERE, *La Cour Suprême et les demandes de pension alimentaire postérieures au divorce*, (1976) 36 R. du B. 247.

- (223) Bill C-97, lère lecture, 15 janvier 1973; voir aussi A. MAYRAND, *L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce*, Lois Nouvelles II, 1970, p. 41-64.
- (224) Voir *Shaffran v. Shaffran*, [1970] C.A. 1174, conf. [1969] R.P. 101 (C.S.).
- (225) Voir D.J. MacDOUGALL, *op. cit.*, p. 325; *Guay v. Gadoury-Guay*, [1973] C.A. 720.
- (226) Voir *Pakenham v. Blanchet*, [1973] C.S. 77. (infirmé, pour un autre motif, par [1975] C.A. 97).
- (227) Voir, notamment, *Bernstein v. Lemcovitz*, [1974] R.P. 279 (C.S.).
- (228) Voir l'étude du juge Wright de la Cour Suprême de l'Ontario dans *Baia v. Baia*, (1971) 1 R.F.L. 348 (Ont. Sup. Ct.).
- (229) Voir les articles 60 et s.
- (230) Voir, aussi, les articles 78 et 79.
- (231) Voir *Marette v. Archambault-Marette*, [1975] C.S. 300; *Tremblay v. Vézina*, [1974] C.S. 521.
- (232) Voir D. PELLETIER, *De la donation à cause de mort et du divorce*, (1971) 74 R. du N. 158; J. AUGER, *La clause du divorce dans les donations par contrat de mariage*, (1976) 79 R. du N. 80; *Sardano v. Lirette-Sardano*, (1974) C.S. 177.
- (233) Voir les articles 37 et 38 du Livre *Des obligations*.
- (234) Suisse, a. 252 C.C.; Allemagne de l'Ouest, a. 1591 C.C.
- (235) Voir A. MAYRAND, *La preuve de non-paternité*, (1965) 25 R. du B. 177, à la p. 181; voir, aussi, Comité de la filiation, Faculté de médecine, Université de Montréal, *Problèmes médicaux relatifs à la filiation*, O.R.C.C., 1972, Doc. DC72.
- (236) Voir *Massie v. Carrière*, [1972] C.S. 735.
- (237) Voir *R. v. W. et M.*, [1963] C.S. 176; Commentaires de A. BOHEMIER, (1963) 47 *Thémis* 206.
- (238) Voir l'article 83 du Livre *Des personnes*.
- (239) Voir J. PINEAU, *La Famille*, *op. cit.*, no 146; G. TRUDEL, in *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, t. 2, p. 127.
- (240) Voir *Métivier v. Cloutier*, [1969] R.P. 280 (C.S.).
- (241) Voir l'article 318 C.C., loi 72-3 du 3 janvier 1972.
- (242) Voir l'article 69 du Code civil polonais.
- (243) Voir *V. v. P.*, [1966] C.S. 539; Commentaires de A.F. Bisson, (1967) 27 R. du B. 547. Voir, également, *Leruite v. Latreille*, [1973] C.S. 314.

- (244) Voir *Cogo v. Ierancig*, [1964] B.R. 749.
- (245) Voir l'article 353.
- (246) Voir M.J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, L.G.D.J. 1970, p. 151; G.W. BARTHOLOMEW, *Legal Implications of Artificial Insemination*, (1958) 21 Mod. L.R. 236; J.D. PAYNE, *Artificial Human Insemination*, (1958) Northern Ireland L.Q. 260; C.P.R. TALLIN, *Artificial Insemination*, (1956) 34 Can. Bar. Rev. 1; D. MENDES DA COSTA, *Divorce, in Studies in Canadian Family Law*, 1972, vol. 1, p. 426; voir, également, le projet de la Colombie britannique *Children's Act 1976, op. cit.*, Part II, s. 10.
- (247) Voir *The Canada Cement Co. v. Hanchuk*, (1917) 26 B.R. 434.
- (248) Voir *Massie v. Carrière*, [1972] C.S. 735; *Leruite v. Latreille*, [1973] C.S. 314; G. MURE, *L'action en contestation de paternité légitime*, (1976) 6 R. de D.U.S. 321.
- (249) Voir l'article 47 du Livre *De la prescription*.
- (250) Voir *L. v. L. and Harbour*, [1947] C.S. 209.
- (251) Voir *S. v. F.*, [1945] C.S. 59; *Lafleur v. Lévesque*, (1938) 44 R.L. 86 (C.S.).
- (252) Voir *L. v. L. and Harbour*, [1947] C.S. 209.
- (253) Voir *Miller v. Lepitre*, (1887) 15 R.L. 254 (C.S.).
- (254) Voir *Buteau v. Béland*, [1958] B.R. 324.
- (255) Voir les articles 67 et 68.
- (256) Voir *R. v. W. and M.*, [1963] C.S. 176; *Walker v. Worthen*, [1947] R.L. 166 (C.S.); *Lafleur v. Lévesque*, (1938) 44 R.L. 86 (C.S.); *Lafrance v. Dickie*, [1958] C.S. 521.
- (257) Voir *Cloutier v. Chrétien*, [1974] C.S. 433; pour l'importance des prélèvements sanguins, voir *S. v. S.*, [1973] C.S. 530.
- (258) Voir *Turner v. Mulligan*, (1894) 3 B.R. 523; *Filiatrault v. Meloche*, (1915) 47 C.S. 108.
- (259) La Commission de réforme du droit de l'Ontario suggère qu'une adoption par toute autre personne que des conjoints faisant vie commune ne soit accordée que si des circonstances spéciales le justifient. *Report on Family Law, Part III, Children*, 1973, p. 79 et s.
- (260) Voir l'annexe I pour la procédure d'adoption.
- (261) C'est le cas dans les autres provinces; voir M. HUGHES *Adoption in Canada, in Studies in Canadian Family Law*, dirigé par D. Mendes da Costa, *op. cit.*, 103, à la p. 120.
- (262) Voir *Hélène G. v. Centre T.*, [1976] C.B.E.S. 2001.
- (263) Voir l'article 353.

- (264) Voir l'article 359.
- (265) Voir *Cour de Bien-être social v. X*, [1974] C.A. 372, conf. [1973] C.S. 534 (sub nom. *Ste-Marie v. Cour de Bien-être social*).
- (266) Voir les articles 353 et s.
- (267) Cette mesure existe dans certaines législations: en Ontario, voir *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73(1)(2); au Manitoba, *Child Welfare Act*, R.S.M. 1970, c. C-80, s. 86(2).
- (268) Voir l'article 303.
- (269) Ontario: *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73(1)(2); Manitoba: *Child Welfare Act*, R.S.M. 1970, c. C-80, s. 86(5)(6); Saskatchewan: *Family Services Act*, S. Sask. 1973, c. 38, s. 52(4); C.C. français, a. 348-3.
- (270) Voir M. LAUZON, *Réflexions sur l'adoption*, (1970) 5 R.J.T. 323, à la p. 328.
- (271) Voir *N. v. A.*, [1957] C.S. 327; *Rémillard v. Desjardins*, [1954] B.R. 587; *Hélène G. v. Centre T.*, [1976] C.B.E.S. 2001.
- (272) Voir l'Introduction du Livre *De la prescription*.
- (273) Voir l'article 359.
- (274) Voir les règles de procédure, annexe I.
- (275) Voir les règles de procédure, annexe I.
- (276) Voir A.F. BISSON, *Chronique de droit familial*, (1970) 1 R.G.D. 91, Chronique no 5, p. 96; A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M. 1971, no 177.
- (277) France: a. 356 C.C.; Ontario: *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 83 et 84.
- (278) Voir l'article II.
- (279) Ontario: *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 83(2); Manitoba: *Child Welfare Act*, R.S.M. 1970, c. C-80, s. 96; Alberta: *The Child Welfare Act*, R.S.A. 1970, c. 45, s. 60; Colombie britannique: *Adoption Act*, R.S.B.C., 1970, c. 4, s. 10.
- (280) Re: Adoption Nos 08030681 et 66-240360, (1972) 6 R.F.L. 283 (B.C. Sup. Ct.).
- (281) Voir les règles de procédure, annexe II.
- (282) L.Q. 1971, c. 48, a. 7.
- (283) Une proposition de permettre la réunion de l'adopté avec sa famille d'origine lorsque toutes les parties intéressées y consentent existe en Colombie britannique. Voir *The Children's Act, 1976, op. cit.*, Part VII, s. 7.

- (284) L.Q. 1971, c. 48, a. 93.
- (285) Voir, par exemple, en Angleterre: Bromley's *Family Law*, *op. cit.*, p. 473; au Manitoba: *Wives, and Children's Maintenance Act*, R.S.M. 1970, c. W170, s. 3(1); et en Colombie britannique: *Wives, and Children's Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 409, s. 3.
- (286) Voir *Villeneuve v. Villeneuve*, [1973] C.S. 409.
- (287) Voir l'article 2.
- (288) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 458; J. PINEAU, *La Famille*, *op. cit.*, no 104; *contra*: G. TRUDEL, in *Traité de droit civil du Québec*, *op. cit.*, t. I, 1942, p. 465.
- (289) Voir *Berthiaume v. Dastous*, [1930] A.C. 79 (C.J.C.P.), (1929) 47 B.R. 533 (C.J.C.P.).
- (290) Voir *Rishikof v. Neidik*, [1959] R.L. 321 (C.S.); *Gold v. Letovsky*, [1967] R.P. 277 (C.S.); *Lupien v. Hébert*, [1960] C.S. 542; voir A. DEREK GUTHRIE, *Alimentary Obligations*, (1965) 25 R. du B. 525, à la p. 556.
- (291) Voir l'article 353.
- (292) Voir *Rodier v. Rodier*, [1969] B.R. 966; *Marshal v. Bekhor*, [1972] C.A. 689.
- (293) Voir l'article I du Livre *De la preuve*.
- (294) Voir *Corporation du Comté de Brome v. Leduc*, (1926) 64 C.S. 296; *Cité de Longueuil v. Grisé*, [1933] R.L. 50 (C.S.); *Corporation de la paroisse de Ste-Anne de la Pocatière v. Lizotte*, (1935) 41 R. de J. 450 (C.S.).
- (295) Voir *Lachman v. Lachman*, (1971) 2 R.F.L. 207 (Ont. C.A.); *Coorsh v. Mallin*, [1972] C.S. 127; *Schulte v. Schulte*, (1972) 6 R.F.L. 164 (Ont. Sup. Ct.).
- (296) Voir *Boucher v. Garceau*, (1926) 32 R.L. 398 (C.S.).
- (297) Voir *Sanche v. Sanche*, [1970] C.A. 139.
- (298) Voir *Lachance v. Lachance*, [1962] C.S. 614.
- (299) Voir A.D. GUTHRIE, *loc. cit.*, p. 543.
- (300) Voir *Lonergan v. Girard*, (1929) 67 C.S. 88; *Larocque v. Pilon*, [1963] C.S. 298.
- (301) Voir *St-Laurent v. Meilleur*, [1970] R.P. 282 (C.S.).
- (302) Voir *Lutzman v. Lutzman*, C.S. (Montréal, 750-857) 26 juin 1969.
- (303) Voir *Rufange v. Renaud*, [1971] C.S. 128; *Galloway v. Legris & Dosco Montreal Work*, [1971] C.S. 796; *Poulin v. Camirand*, [1974] R.P. 231 (C.S.).
- (304) Voir l'article 9.

- (305) Voir J. PINEAU, *La Famille, op. cit.*, p. 192 et 193; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Montréal, C. Théorêt, 1896, t. 2, p. 145; E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, *loc. cit.*, à la p. 821.
- (306) Voir a. 243 C.C. Et, à ce sujet, *Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, conf. [1925] S.C.R. 532; *Hubert v. Gélinas*, [1965] C.S. 35; *L.C. v. A.C.*, [1970] C.S. 41; *Coorsh v. Coorsh*, [1956] B.R. 315, conf. [1956] S.C.R. VII.
- (307) Voir *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41.
- (308) Voir l'article 298.
- (309) Voir *Ruest v. Provencher*, [1968] R.L. 378 (C.P.).
- (310) Voir l'article 67.
- (311) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille*, O.R.C.C., 1975, XXVII, à la p. 49 et s.
- (312) Voir l'article 15. Voir, également, la *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c. 59.
- (313) France: a. 373 et s. C.C.; Suisse: a. 285 et s. C.C.; Allemagne de l'Ouest: a. 1673 et s. C.C.; Provinces canadiennes de Common Law, notamment, Ontario: *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 26; Manitoba: *Child Welfare Act*, R.S.M. 1960, c. C-80, s. 12(4). Voir, à ce sujet, H.T.G. ANDREWS, *Family Law in the Family Courts*, Toronto, Carswell, 1973, p. 94 et s.
- (314) Voir l'article 367.
- (315) Il faut noter, à ce propos, que le nouvel article 245a du Code civil ne donne l'exercice de la puissance paternelle aux parents naturels que s'ils n'ont pas abandonné leur enfant.
- (316) Voir, dans le droit actuel, le caractère sérieux des motifs pour lesquels la Cour de Bien-Etre social peut enlever un enfant à la mère, *Affaire X*, [1972] R.L. 379 (C.B.E.S.).
- (317) Voir le Livre *Des biens*.
- (318) Voir M. LIPPE, *La protection de la jeunesse et le projet de loi 65*, (1975) Criminologie 9, à la p. 12. L'auteur se fonde sur les observations concernant le projet émanant des organismes intéressés.
- (319) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, p. 49 et s.; voir également, J. CHOQUETTE, c.r., *La justice contemporaine*, Gouvernement du Québec, 1975, Recommandation 3.7, p. 277.
- (320) Voir *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530; voir, à ce sujet, E. DELEURY, *Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage?*, (1976) 17 C. de D. 935.
- (321) Voir M. le juge M. TRAHAN, *The Social Implications of Promoting Children's Rights, in The Legal Rights of Children*, The Canadian Mental Health Association, 1974, p. 81 et s.
- (322) Voir le *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, p. 49 et s.





**LIVRE TROISIÈME**  
**DES SUCCESSIONS**



## INTRODUCTION

Les modifications principales apportées au régime des successions concernent les droits successoraux du conjoint survivant et, quoiqu'à un moindre degré, ceux des enfants. C'est, en effet, dans ce domaine que les critiques du droit actuel se sont faites les plus insistantes (1). Les modifications portent, d'une part, sur la portion attribuée au conjoint survivant dans la succession légale d'un défunt et, d'autre part, sur les restrictions à apporter au principe de la liberté illimitée de tester.

Le droit nouveau accroît la part successorale légale du conjoint, même en présence de descendants, lui donnant alors droit à la moitié de la succession (a. 41). En l'absence de descendants du défunt, le conjoint reçoit la succession entière, excluant ainsi tout ascendant et collatéral (a. 40). L'empêchement du conjoint de succéder *ab intestat* à son époux décédé en minorité disparaît (a. 624d C.C.) et l'obligation pour le conjoint de renoncer à ses avantages matrimoniaux (a. 624c C.C.) pour pouvoir succéder est éliminée.

On estime aussi que l'équité exige que l'on tienne compte de situations de fait relativement fréquentes dans notre société et que l'on reconnaisse aux personnes faisant, en dehors du mariage, vie commune de façon stable et continue, un droit de succession *ab intestat* (2). On donne donc aux époux de fait les mêmes droits de succession que les époux par mariage pourvu qu'au moment du décès ils ne soient pas liés par mariage à un conjoint successible (a. 42). Il demeure par ailleurs possible de faire un testament en faveur de son conjoint de fait, comme de toute autre personne, dans les limites, toutefois, où peut s'exercer la liberté de tester (a. 240).

Le principe de la liberté illimitée de tester que les codificateurs de 1866 ont consigné dans le Code civil n'était pas alors contesté et ne donnait pas lieu, en pratique, à de sérieux abus. La cohésion sociale qui existait à cette époque servait de gardien de l'ordre public et de bonnes moeurs (3).

L'évolution rapide à laquelle notre société a été soumise au cours des dernières décades a cependant poussé à réclamer que l'on instaure des mécanismes de protection en faveur de la famille immédiate du défunt (4). Telles mesures ont d'ailleurs été adoptées dans la plupart des pays qui connaissaient la liberté de tester (5). A l'aide du droit comparé, on a étudié les divers moyens de réglementation possible, les principaux étant la réserve héréditaire et la créance alimentaire, ainsi que les personnes dignes d'être mises à l'abri des libéralités excessives du défunt.

Parmi les proches du défunt, on a estimé qu'il fallait d'abord protéger le conjoint survivant et qu'à son égard, la réserve héréditaire offre un mécanisme plus approprié que la créance alimentaire contre la succession. En effet, seule la réserve assure le droit minimum de succession que l'on veut garantir au conjoint (6) sans l'obliger à recourir aux tribunaux pour établir ses besoins au moyen d'une action qui paraît odieuse à plusieurs. On a d'ailleurs constaté avec intérêt que la Commission chargée de proposer des réformes en droit familial en Angleterre recommande, dans un rapport récent, que le tribunal, ayant à décider de la demande alimentaire du conjoint survivant contre la succession de son époux décédé, ne se limite plus à la notion de besoin, mais qu'il voie plutôt si le défunt a laissé une part de biens suffisante à son conjoint, tenant compte, entre autres critères, de la contribution du conjoint survivant au bien-être de la famille, particulièrement en s'occupant des soins du ménage (7). Cette recommandation indique une tendance à considérer que le conjoint a, dans une certaine mesure, un droit acquis à une part des biens de son conjoint décédé bien qu'il s'agisse d'un système juridique qui ne connaît pas la réserve. La réserve permet aussi de corriger, au moins en partie, la situation choquante dans laquelle peut se trouver le conjoint survivant lorsque son conjoint décède sans avoir modifié le testament qu'il avait fait, avant son mariage, en faveur d'autres personnes. La réserve a aussi l'avantage d'être plus facile à greffer sur un système juridique de droit civil où l'héritier est saisi des biens de la succession et chargé de la liquider (8). Enfin, la réserve, dans les limites où l'on veut l'instaurer, préserve l'équilibre nécessaire entre l'intérêt du conjoint et celui des autres personnes en cause.

L'on donne droit au conjoint survivant à une réserve dont l'étendue varie selon que le défunt laisse ou ne laisse pas d'enfants. En présence d'enfants, la réserve du conjoint est du quart de la succession; à défaut de ceux-ci, elle est de la moitié de la succession. Ces fractions représentent en réalité la moitié de ce qu'aurait été la part *ab intestat* du conjoint, sauf les cas où il y a remise fictive à la masse de certaines libéralités du défunt et dont on traite plus loin. La réserve qui est, en principe, en pleine propriété peut néanmoins être acquittée en usufruit ou en revenus d'une fiducie qui doit alors porter sur la moitié ou la totalité des biens du défunt selon le cas. Pour les fins de calcul de la réserve, toutes les donations faites dans les trois ans qui précèdent le décès seraient comptées parmi les biens de la succession (a. 63).

La réserve étant un droit de succession, elle est conçue comme devant avoir lieu indépendamment du régime matrimonial des conjoints. L'Office de révision du Code civil a adopté comme politique législative de

considérer les droits résultant du régime matrimonial comme des droits acquis au moment du mariage ou du changement subséquent de régime matrimonial. On a néanmoins prévu que les conjoints puissent renoncer à la réserve dans leur contrat de mariage s'ils jugent que les droits réciproques résultant de leur régime matrimonial suffisent. Cette possibilité garantit une assez grande souplesse, particulièrement sous le régime actuel reconnaissant la mutabilité des conventions matrimoniales. De plus, les legs, les donations à cause de mort faites dans un contrat de mariage et le capital assuré par le défunt au bénéfice de son conjoint peuvent satisfaire à la réserve s'ils représentent en valeur la portion des biens du défunt à laquelle le conjoint a droit (a. 77). Il en résulte donc que, dans la plupart des cas, le testament, le contrat de mariage et l'assurance du défunt satisferont à la réserve. En l'absence de semblables dispositions, la part *ab intestat* du conjoint suffirait pour les fins de la réserve, sauf, si les donations faites à d'autres par le défunt, dans les trois ans du décès, excèdent en valeur la portion de ses biens dont il était libre de disposer. Notons enfin que les légataires ont, en principe, le choix d'acquitter la réserve en nature ou en valeur, de façon à ce que son paiement ne compromette que le moins possible l'exécution des dispositions testamentaires.

Le fait que la réserve soit un droit de succession entraîne également comme conséquence que le conjoint n'y a droit que s'il avait les qualités requises pour succéder *ab intestat* au défunt. A cet égard, on formule la règle nouvelle que la séparation de corps, comme le divorce, met fin au droit de succéder (a. 13) (9). Le conjoint ne doit pas non plus être indigne (a. 7). Il peut accepter la réserve ou y renoncer dans les mêmes conditions que pour une succession ou un legs (a. 83 et s.).

On a aussi songé à accorder une réserve aux enfants du défunt. La réserve des descendants est un mécanisme destiné à la conservation des biens dans la famille (10). Mais puisque la notion de patrimoine familial est pratiquement disparue dans notre société (11), il n'a pas semblé opportun de limiter en faveur des descendants une liberté de tester dont il apparaît par ailleurs, en pratique, que l'on n'use pas à leur détriment. La réserve irait à l'encontre des tendances sociales actuelles qui ne reconnaissent pas aux enfants un droit absolu à une partie de la succession de leurs parents. De plus, les enfants que le décès d'un parent laisse démunis peuvent d'ordinaire obtenir le soutien du parent survivant. L'Office suggère donc à l'égard des descendants la règle du maintien, contre la succession, de la créance alimentaire qui existait contre le défunt du vivant de ce dernier (a. 79 et s.).

Le maintien de la créance alimentaire contre la succession vaut à l'égard de tous ceux qui, du vivant du défunt, en étaient créanciers

alimentaires. Le Livre *De la famille* (12) reconnaît l'existence d'une créance alimentaire entre époux, entre ex-époux divorcés, entre époux de fait, entre parents en ligne directe et entre ceux dont le mariage a été annulé. Ces personnes pourraient donc réclamer des aliments contre la succession de leur débiteur, bien qu'ils soient héritiers. Le conjoint par mariage, peut cumuler réserve et créance alimentaire. L'époux de fait n'aurait qu'une créance alimentaire contre la succession (13).

Ayant opté pour le critère de l'affection présumée du défunt comme fondement principal des règles de la dévolution légale, on ne distingue plus entre famille légitime et illégitime; seuls les liens du sang déterminant, avec le rang, le droit de succéder *ab intestat* (a. 41), sauf à l'égard du conjoint. On adopte aussi le principe de la représentation dans les testaments (a. 254).

Les articles sur les successions suivent dans l'ensemble le plan des titres des successions et des testaments du Code civil. On a exclu, cependant, les dispositions sur les donations qui sont reportées au Livre *Des obligations* (14). On ajoute, par ailleurs, outre les chapitres sur la réserve héréditaire et la créance alimentaire contre la succession, un chapitre sur l'administration de la succession qui prévoit, notamment, la nomination par le tribunal d'un administrateur, même en succession *ab intestat*. Les pouvoirs de ce dernier se rapprochent de ceux d'un exécuteur testamentaire (a. 155 et s.).

De nombreuses dispositions apportent au droit actuel d'autres modifications d'application plus restreinte. Un grand nombre de ces modifications ont été suggérées par les praticiens. D'autres sont inspirées de législations étrangères ou de l'Avant-projet de Code civil préparé par la Commission de réforme du Code civil français (15).

Les règles actuelles relatives aux comourants sont remplacées par une présomption de décès simultané, de façon à ce que les comourants ne puissent être appelés à la succession l'un de l'autre (a. 6).

Les modifications proposées par le chapitre IV ont surtout pour but de réaménager l'actuel chapitre IV des successions (a. 641 à 683 C.C.) en groupant en quatre sections des dispositions qui, dans le Code actuel, prêtent à confusion à cause de l'ordre dans lequel elles sont présentées (16). L'introduction d'une première section générale sur le droit d'option et le droit préalable de faire inventaire et délibérer a paru particulièrement utile à cet effet. Les règles de ce chapitre s'appliquent au légataire comme à l'héritier *ab intestat* (17).

Le délai accordé à l'héritier pour accepter une succession ou y renoncer est porté à six mois du jour où la succession lui est dévolue (a.

87). On établit par ailleurs que l'héritier qui reste inactif pendant une période de cinq ans à compter du moment où il prend connaissance de ses droits successoraux est déchu de son droit à la succession (a. 91).

Les dispositions du chapitre V sont nouvelles. Elles introduisent dans notre droit la possibilité de confier à un tiers l'administration de la succession qui, normalement, repose sur les héritiers. La nomination d'un administrateur n'aura d'ordinaire lieu que si le défunt n'a pas lui-même désigné un exécuteur testamentaire. Elle a l'effet de paralyser la saisine des héritiers. En principe, l'administrateur désigné par le tribunal reste en fonction jusqu'au partage.

La procédure de nomination d'un administrateur pourra aussi être utilisée dans le cas d'une succession ouverte hors du Québec, mais comprenant des biens qui y sont situés. L'article 331 l'autorise d'ailleurs expressément.

Le principe de l'obligation illimitée de l'héritier acceptant aux dettes de la succession est maintenu (a. 169 et 170). On en atténue cependant l'application en reconnaissant, d'une part, que l'option peut être annulée pour les mêmes causes que le contrat (a. 93) (18) et, d'autre part, que l'héritier peut limiter sa responsabilité à la valeur des biens reçus s'il existe des faits nouveaux dont l'appréciation de la gravité est laissée au tribunal (a. 173). Enfin, on limite le paiement des legs particuliers à l'actif net de la succession (a. 174). Par contre, les fruits et intérêts de la chose léguée courent de l'ouverture de la succession même s'il s'agit d'une chose de genre (a. 310).

En matière de partage, les procédures de l'action en partage sont simplifiées de façon à le rendre moins onéreux (19). On permet, notamment, aux indivisaires même représentés par un tuteur de s'entendre pour laisser de côté certaines formalités (a. 188). L'article 691 C.C., qui empêche le tuteur ou le curateur de provoquer le partage, serait abrogé. On prévoit un mécanisme d'attribution préférentielle lorsque certains biens font partie de la masse à partager. Elle a lieu en faveur du conjoint pour ce qui est de la résidence familiale et des meubles de ménage (a. 194) et en faveur de tout héritier pour ce qui est de l'entreprise familiale, la maison d'habitation ou le bail lorsque certaines conditions sont réunies (a. 199). Les articles 207 et suivants établissent que le rapport successoral des dons et des legs n'a lieu que lorsqu'il a été expressément stipulé.

Le Code civil mentionne le rapport des dettes à l'article 700 sans toutefois en préciser les règles. Le Projet comble cette lacune. Il s'inspire des solutions proposées par la doctrine et l'Avant-projet français (20).

Les dispositions nouvelles s'appliqueraient à tous les cas de partage même en succession testamentaire (21).

L'effet déclaratif du partage est conservé. On a cependant précisé que son application n'a lieu qu'entre les copartageants eux-mêmes de façon, par exemple, à reconnaître la priorité du créancier hypothécaire sur le prix de licitation du bien, lorsque celui-ci n'est pas attribué à l'héritier qui a consenti l'hypothèque (a. 226).

Le titre *Des successions testamentaires* ne conserve que trois formes de testaments; les deux formes de testaments privilégiés, soit la forme particulière prévue pour le district de Gaspé et le testament des militaires et marins en service actif (a. 255) sont éliminées. Les règles actuelles de capacité du testateur sont reprises en permettant toutefois au mineur de seize ans de tester, pourvu que ce soit en forme authentique (a. 248). Le testament devant témoins est tiré des règles du testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre dont il réduit toutefois le formalisme quant aux mentions expresses qu'il doit contenir. Il s'inspire aussi directement du projet de loi uniforme sur la forme du testament international (22). Ainsi, on pose l'exigence nouvelle que chaque page non signée du testament porte le paraphe du testateur (a. 270). On ne permet pas à l'illettré d'utiliser cette forme de testament (a. 272).

Dans la révision des dispositions touchant le testament authentique, on a eu l'avantage de pouvoir s'aider d'un avant-projet préparé par la Chambre des notaires. Les règles nouvelles n'exigent plus la lecture du testament authentique devant les témoins. Sauf lorsque le testateur souffre d'incapacité (a. 265 et 266), le testament notarié requiert la présence d'un seul témoin (a. 257). Le legs fait au conjoint ou aux parents du témoin n'est plus annulable. Par contre, le legs fait à tout témoin même surnuméraire est annulable (a. 302). On propose, de plus, une règle nouvelle sanctionnant le testament authentique rédigé en langue étrangère. Le notaire doit alors connaître la langue étrangère utilisée par le testateur et dresser une version française ou anglaise du testament qui fait preuve *prima facie* de son contenu (a. 264).

En matière de legs, on introduit une règle nouvelle qui prive de tout effet la clause de viduité dont peut être assorti le legs fait au conjoint.

La révision des dispositions relatives à l'exécution testamentaire a entraîné plusieurs modifications au droit actuel. L'article 329 permet au tribunal de nommer un exécuteur dans pratiquement tous les cas où celui que le testateur a désigné ne peut remplir sa charge. L'exécution devient une charge en principe rémunérée (a. 339). La saisine de l'exécuteur est élargie de façon à lui donner des pouvoirs d'administration et certains



pouvoirs de disposition sur tous les biens de la succession (a. 346). La durée de la saisine est fixée au temps nécessaire pour accomplir le testament. Elle ne peut toutefois excéder deux ans, sauf prorogation du consentement de tous les héritiers ou permission du tribunal (a. 349). L'article 351 reconnaît au tribunal la possibilité de modifier les pouvoirs que le testament accorde à l'exécuteur et même mettre fin à l'exécution. L'exécuteur est toujours tenu de faire inventaire des biens de la succession. Cet inventaire est fait dans la forme exigée de l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire, sauf, toutefois, quant à la forme authentique (a. 343).

Si l'Office de révision du Code civil a opté pour le maintien de la substitution dans ses éléments essentiels, il en transforme profondément le fonctionnement, afin de répondre à l'objection principale qui y est faite et qui est celle d'entraver la libre circulation des biens.

On reconnaît au grevé les pouvoirs les plus étendus d'aliénation à titre onéreux des biens substitués. L'aliénation, lorsqu'elle a lieu, est définitive de sorte qu'à l'ouverture l'appelé ne puisse mettre le titre du tiers en cause, par le jeu de la résolution de plein droit. Le grevé a, cependant, certaines obligations à l'égard de l'appelé. L'aliénation, comme tout acte qu'il fait, doit relever d'une bonne administration et être suivie de l'emploi du prix. Le droit de l'appelé se reporte alors sur l'objet de l'emploi ou, à défaut, se résout en une action en dommages-intérêts (articles 379 à 381 et 390 à 394).

La fonction de curateur à la substitution serait supprimée. L'administration du grevé est simplement soumise à la surveillance du Curateur public auquel l'inventaire des biens substitués, ainsi qu'un rapport annuel concernant les modifications, doivent être soumis. (articles 373, 374 et 375).

Les règles particulières d'enregistrement des substitutions seraient abrogées (articles 938 à 943 C.C.). Ces dispositions ont pour but d'avertir les tiers que les droits qu'ils pourraient acquérir seront résolubles à l'ouverture. Cette protection n'est plus nécessaire dès que l'on reconnaît le caractère définitif de leur titre. C'est dans cette même optique qu'on n'exige pas l'immatriculation des valeurs mobilières au nom de la substitution.

La situation qui est faite au grevé, en droit actuel, quant aux travaux dont il peut réclamer le remboursement est largement améliorée, puisque l'article 395 l'assimile à un possesseur de bonne foi.

La prohibition d'aliéner est limitée au cas où elle constitue en réalité une substitution (article 361). On réserve aussi le cas où la prohibition

n'oblige alors qu'à obtenir le consentement de l'usufruitier (article 362). On a estimé qu'en dehors de ces circonstances, la clause d'inaliénabilité est contraire à l'intérêt public.

## TITRE PREMIER

# DISPOSITIONS COMMUNES A TOUTES LES SUCCESSIONS

## CHAPITRE PREMIER

### DISPOSITIONS GENERALES

1

Cet article remplace l'article 601 C.C. La mention de «décès» est substituée à celle de «mort naturelle». La mort naturelle s'opposait dans le Code de 1866 à la mort civile, laquelle a été abolie (23).

Les modes de preuve du décès sont réglés au chapitre *Des actes de l'état civil* (24).

2

Cet article ne modifie que la formulation de l'article 600 C.C.

3

Cet article est tiré du premier et du dernier alinéas de l'article 597 C.C. Le Code civil prête à confusion en employant, dans maints articles, le mot «héritier» pour ne désigner que l'héritier *ab intestat*, malgré un texte explicite (25). Les autres dispositions du Projet tiennent compte des définitions du présent article.

L'article 596 C.C. ne fait qu'énoncer les définitions ordinaires du mot «succession». Il a paru inutile et est donc omis. Le deuxième alinéa de l'article 597 C.C. est également omis; il traite des donations à cause de mort, lesquelles sont régies par des dispositions expresses du Projet sur le contrat de donation (26). La notion de prépondérance de la succession testamentaire sur la succession *ab intestat*, dont mention est faite à la fin du premier alinéa de l'article 597 C.C., n'est pas reprise, étant donné l'introduction d'une réserve en faveur du conjoint survivant. En présence de celui-ci, la dévolution des biens dépendra toujours, au moins pour partie, de la loi (27).

4

Cet article reprend l'article 599 du Code civil qui abolit les distinctions de l'ancien droit concernant la dévolution des biens d'un défunt, selon leur nature et leur provenance.

## CHAPITRE II

### DES QUALITES REQUISES POUR SUCCEDER

#### 5

Cet article énonce la première qualité requise pour succéder. La formulation retenue, qui diffère de celle de l'article 608 C.C., est empruntée à l'article 750 de l'Avant-projet français. Elle exclut l'absent puisqu'il n'a pas une existence certaine à l'ouverture de la succession.

La disposition du Livre *Des personnes* traitant de l'existence de l'enfant conçu, complète la présente disposition (28).

L'article 609 C.C., édictant que l'étranger peut succéder, n'est pas repris vu l'article 3 du Livre *Des personnes*: l'étranger, comme le citoyen, a la jouissance des droits civils sauf les restrictions expresses de la loi.

#### 6

Cet article remplace les articles 603, 604 et 605 C.C. et abrogerait les présomptions de survie qui y étaient établies. En optant pour une présomption de décès simultané, lorsqu'il est impossible d'établir si une personne a survécu à une autre, on s'est inspiré de la solution des Codes italien, suisse et éthiopien, de même que celle de l'Avant-projet de réforme français (29).

Cet article s'applique à toutes les successions, *ab intestat* et testamentaires, contrairement à la situation actuelle relativement à la théorie des comourants (30).

La Conférence des commissaires pour l'uniformisation du droit au Canada (31) propose, comme solution au problème des comourants, de considérer que chaque comourant, pour les fins de sa propre succession, a survécu aux autres. La règle de cet article présente les mêmes avantages pratiques (le principal avantage étant d'éviter deux successions consécutives des mêmes biens), tout en étant d'une technique plus simple.

Les règles ordinaires de la preuve s'appliquent lorsqu'il s'agit d'établir qu'une personne a survécu à une autre. L'article 36 permet la représentation en cas de codécès.

#### 7

Cet article remplace les articles 610 et 893 C.C. Il réunit, dans le même texte, les causes d'indignité d'un héritier en succession *ab intestat* et testamentaire.

Le paragraphe 1 retient la nécessité d'une condamnation pour meurtre ou tentative de meurtre pour exclure l'héritier de la succession de sa victime (a. 610 par. 1 C.C.). Celui qui commet un meurtre alors qu'il souffre d'aliénation mentale ne doit pas être exclu de la succession de sa victime s'il n'a pas été reconnu coupable. Le paragraphe 2 est emprunté à l'article 813 C.C. qui énonce les motifs de révocation des donations pour cause d'ingratitude (32); l'accusation calomnieuse prévue par l'article 610 paragraphe 2 C.C. peut constituer une injure dont traite le présent paragraphe, sans qu'il soit nécessaire de faire mention de la peine capitale. Le paragraphe 3 établit une nouvelle cause d'indignité. Le paragraphe 4 reprend la dernière partie de l'article 893 paragraphe 1 C.C. Le paragraphe 5 est nouveau et résulte de la reconnaissance par le droit nouveau de la famille de causes de déchéance de l'autorité parentale (33).

La cause d'indignité prévue au paragraphe 3 de l'article 610 et par l'article 611 C.C. est supprimée. Le défaut de l'héritier de dénoncer le meurtrier du défunt peut être justifiable.

## 8

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel (34). Les créanciers d'un héritier ne peuvent faire valoir l'indignité d'un cohéritier, afin de faire augmenter la part de leur débiteur.

## 9

Il a paru souhaitable de prévoir un délai assez bref dans lequel l'action doit être intentée.

## 10

Cet article est nouveau. Il établit une présomption irréfragable que le testateur a pardonné à l'indigne s'il le gratifie dans un testament postérieur. Il ne paraît pas nécessaire d'exiger que le testateur dise explicitement qu'il gratifie son légataire malgré l'indignité, pourvu que l'on puisse autrement établir qu'il connaissait cette indignité.

## 11

Cet article, qui assimile la situation de l'indigne à celle d'un héritier apparent de mauvaise foi, est plus explicite que l'article 612 C.C. Le régime des remboursements dus par l'héritier apparent, ainsi que le sort des actes qu'il a faits pendant qu'il était en possession de la succession, sont prévus aux articles 19 et 20.

**12**

Cet article remplace l'article 613 C.C. L'indignité est une peine personnelle qui ne doit pas affecter les descendants de l'indigne. L'article accepte ce principe dans toutes ses conséquences et permet la représentation de l'indigne par ses descendants. L'article 760 de l'Avant-projet français est au même effet.

**13**

En droit actuel, le divorce fait perdre aux anciens conjoints le droit de se succéder *ab intestat*. Le présent article affecte de plus les droits de succession testamentaire en opérant de plein droit révocation des legs faits en faveur du conjoint et contenus dans un testament antérieur au divorce (35). Puisque selon l'article 16 de la loi fédérale (36), le divorce ne produit ses effets qu'à compter du jugement irrévocable, ce n'est qu'à compter de cette date que la qualité de conjoint cesse d'exister.

Cet article innove en proposant d'attacher à la séparation de corps le même effet qu'au divorce quant aux droits de succession des conjoints entre eux. Cette règle a été retenue ici, bien que la séparation de corps ne rompe pas le lien du mariage, étant donné l'importance des droits successoraux nouveaux qui sont reconnus au conjoint survivant dans le présent Projet (37).

**14**

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel qui conserve à l'époux de bonne foi les effets civils du mariage putatif (38). La nullité du mariage doit, toutefois, avoir été prononcée après le décès de l'époux pour que le conjoint survivant de bonne foi ait la qualité requise pour succéder (39).

## CHAPITRE III

### DE LA TRANSMISSION DE LA SUCCESSION

**15**

Cet article reprend substantiellement l'article 607 du Code civil, maintenant ainsi le principe de la saisine. La saisine donne à l'héritier le droit de se mettre en possession de la succession et d'en exercer les droits et actions (40).

Peuvent néanmoins paralyser l'exercice de la saisine de l'héritier les pouvoirs accordés à l'administrateur d'une succession par les articles 155

et suivants. La saisine de l'exécuteur testamentaire, qui lui donne le droit de se mettre en possession afin d'administrer et liquider la succession, fait aussi échec à l'exercice de la saisine de l'héritier. L'article 95 prévoit également qu'on puisse demander l'apposition des scellés contre l'héritier.

Les modalités suivant lesquelles l'héritier est tenu des dettes et charges du défunt sont exposées aux articles 169 et suivants.

Les mots «lorsqu'il succède» au début de l'article renvoient aux articles 5 et suivants sur les qualités requises pour succéder.

## 16

Cet article reprend substantiellement l'article 607 du Code civil *in fine*.

## 17

Cet article reprend la substance de l'article 891 C.C. La saisine du légataire particulier est ainsi maintenue. Cette question était controversée au moment de la codification de 1866, mais on a justifié la solution adoptée par les codificateurs comme découlant de la liberté de tester (41).

Bien que le Projet propose l'introduction d'une réserve en faveur du conjoint survivant, il maintient la saisine du légataire particulier, étant donné qu'un legs particulier peut représenter une partie importante de la succession et qu'il est par conséquent utile que le légataire particulier puisse exercer les actions possessoires du défunt à l'égard de l'objet de son legs.

## 18

Cet article est nouveau.

En soumettant expressément à une prescription de vingt-cinq ans l'action en pétition d'hérédité, l'article met fin à une controverse en droit actuel où on ne s'entend pas sur la nature réelle ou personnelle de l'action en pétition d'hérédité (42).

La réserve qui est faite à la fin de l'article se rapporte à la disposition de l'article 91 qui propose un délai de déchéance quant à l'exercice du droit de faire option.

## 19

Cet article nouveau comble une lacune du Code civil qui ne traite que partiellement du sort des actes faits par l'héritier apparent pendant sa possession. En effet, on n'y traite que des paiements faits à l'héritier apparent par les débiteurs de la succession (43).

L'article reconnaît que l'héritier apparent est un possesseur qui doit rendre ce qu'il détient sans droit (44).

Le texte de l'article est inspiré de l'article 786 alinéa 1 de l'Avant-projet français.

## **20**

Cet article est nouveau. Il s'inspire de l'article 787 alinéa 1 de l'Avant-projet français. Quant aux actes d'administration, il généralise la solution apportée par l'article 870 C.C. qui rend opposable à l'héritier véritable la quittance obtenue de bonne foi de l'héritier apparent.

La solution retenue pour les actes d'aliénation assure la protection du tiers acquéreur de bonne foi (45), spécialement en matière immobilière.

## **21 et 22**

Ces articles s'inspirent également de l'Avant-projet français (46).



## TITRE DEUXIEME

### DES SUCCESSIONS AB INTESTAT

#### CHAPITRE PREMIER

##### DE LA DEVOLUTION SUCCESSORALE

Cet article remplace les articles 598 et 606 C.C. La dévolution successorale qui a lieu conformément à la loi est appelée succession *ab intestat* plutôt que succession légitime.

#### Section I

##### Des successions régulières

###### 24

Cet article reprend la substance de l'article 614 C.C.

###### 25

Cet article de droit nouveau, constitue une application des articles 30 et 31 du Livre *Des personnes*. Il élimine définitivement, pour fins de succession, toute distinction relativement à la parenté, qu'elle existe en mariage ou hors mariage. Le sang et l'adoption sont les seuls critères de parenté. Cette règle s'applique en ligne directe descendante et ascendante comme en ligne collatérale.

Quant à l'adoption, l'article fait disparaître l'ambiguïté qui semble subsister malgré les termes généraux de l'article 38 de la *Loi de l'adoption* (47). L'adopté peut succéder aux parents de l'adoptant tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

###### 26

Cet article reprend la première phrase de l'article 615 C.C.

###### 27

Cet article reprend la deuxième phrase de l'article 615 C.C. et le premier alinéa de l'article 616 C.C.

**28**

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 616 C.C.

**29**

Cet article reprend substantiellement les troisième et quatrième alinéas de l'article 616 C.C.

**30**

Cet article reprend l'article 617 C.C. en omettant les exemples.

**31**

Cet article formule différemment la règle de l'article 618 C.C. en omettant les exemples.

## Section II

### De la représentation

**32**

Cet article reprend presque textuellement l'article 619 C.C.

Il convient de noter que la représentation est étendue aux successions testamentaires, comme le prévoit l'article 254.

**33**

Cet article modifie l'article 620 C.C. afin de tenir compte des cas nouveaux où il peut y avoir représentation, c'est-à-dire les cas de codécès et d'indignité (48). La nouvelle rédaction tient aussi compte des définitions nouvelles des mots «enfants», «petits-enfants» et «descendants» (49).

**34**

Cet article reproduit l'article 621 C.C.

**35**

Cet article modifie la règle de l'article 622 C.C. La représentation en faveur des descendants de collatéraux privilégiés du défunt est étendue à l'infini. Elle a donc lieu de la même façon qu'en ligne directe descendante, c'est-à-dire non seulement lorsqu'elle est nécessaire pour faire hériter, mais aussi lorsqu'elle sert simplement à déterminer la part des descendants au même degré, tous les frères et soeurs étant représentés (50).

**36**

Cet article est nouveau. Il est conforme à l'article 624 alinéa 1 C.C. quant au prédécès du représenté. Il permet de plus la représentation en cas de codécès puisque les présomptions actuelles de prédécès des articles 603 et suivants sont remplacées par une présomption de décès au même moment (51). Quant à la représentation de l'indigne, l'article établit une règle contraire à celle de l'article 613 C.C. qui ne permet pas alors qu'il y ait représentation (52). Dans les cas d'indignité, il peut donc y avoir représentation d'une personne vivante.

Enfin, à l'égard de la représentation de l'absent, est ici énoncée la règle actuelle qui n'est pas formulée explicitement dans le Code (53).

**37**

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 624 et le début de l'article 654 C.C., et les complète. Le premier alinéa de l'article 624 n'est pas repris puisqu'il est possible, en vertu de l'article précédent, de représenter une personne vivante, mais déclarée indigne.

La disposition qui correspond au reste de l'article 654 C.C. est énoncée plus loin (54).

**38**

Cet article reproduit l'article 623 C.C.

**39**

Cet article étend l'obligation de rapporter ce qui est dû du chef du représenté à tout représentant en ligne directe comme en ligne collatérale. Il s'inspire de l'article 716 C.C. qui recouvre une présomption d'interposition de personnes. Les règles du rapport successoral sont énoncées aux articles 207 et suivants.

## Section III

### De l'ordre de dévolution de la succession

**40**

Cet article remplace les articles 624a, 624b alinéas 2, 3 et 4 et 624d C.C. Il pose la règle nouvelle que le conjoint exclut tous les autres héritiers, si le défunt n'a laissé aucun descendant.

Cette disposition inverse aussi la règle de l'article 624d C.C. qui

exclut le conjoint survivant de la succession de son époux décédé en minorité.

#### 41

Cet article remplace l'article 624b alinéa 1 et 625 alinéa 2 C.C. Il augmente, du tiers à la moitié, la part successorale du conjoint qui concourt avec des descendants et lui donne, en outre, une option d'hériter de l'usufruit de la totalité.

La nature et l'étendue du droit de succession des descendants dépend donc de l'option du conjoint, qui devra l'exercer dans les conditions accordées à tout héritier pour accepter ou renoncer à la succession (55).

#### 42

Cet article est de droit nouveau.

Au Livre *De la famille*, on reconnaît l'existence d'obligations de nature alimentaire entre conjoints de fait (56). Le présent article accorde un droit de succession entre conjoints de fait lorsque la vie commune est interrompue par le décès.

Plusieurs lois sociales tiennent déjà compte de la situation qui existe entre les époux de fait (57).

Le deuxième alinéa restreint, toutefois, le droit de succéder des conjoints de fait puisqu'il n'a pas lieu lorsque l'un d'eux a un conjoint par mariage successible (58).

#### 43

Cet article reprend en substance l'article 625 alinéa 1 C.C.

#### 44

Cet article reprend en substance le troisième alinéa de l'article 625 C.C.

#### 45

Cet article réunit les dispositions des articles 626, 627 et 631 C.C. Outre des modifications de forme aux textes actuels, le présent article tient compte de l'article 35 qui permet la représentation à l'infini des frères et soeurs du défunt. Tous les descendants des frères et soeurs du défunt deviennent ainsi des collatéraux privilégiés.

Les parents et les frères et soeurs naturels ou adoptifs ont les mêmes droits de succession que la famille légitime (59).

**46**

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel et se déduit des articles 624a et 632 C.C. (60).

**47**

Cet article est conforme au droit actuel et est tiré des articles 626 et 627 C.C.

**48**

Cet article reprend la règle de l'article 632 C.C. en l'étendant à tous les descendants des frères et soeurs du défunt qui bénéficient de la représentation de la même manière que la postérité du défunt (61). Ainsi, un frère exclut ses propres descendants mais non pas ceux de son frère qui est représenté. De plus, si tous les frères et soeurs sont prédécédés, leurs descendants viennent néanmoins par représentation de façon à ce que le partage se fasse par souche et non par tête.

**49**

Cet article apporte des modifications de forme à l'article 633 C.C. Il tient aussi compte de la représentation qui est admise à l'égard de tous les descendants des frères et soeurs du défunt (62).

**50**

Cet article modifie les articles 628, 629 et 634 alinéa 1 C.C. Il élimine la règle de la fente telle qu'elle est connue en droit actuel et qui, en l'absence de conjoint, de postérité et de collatéraux privilégiés, scinde la succession en deux parties: l'une allant à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle, et les ascendants de chaque ligne succédant de préférence aux collatéraux de la même ligne.

Cet article partage la succession également entre les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires qui forment tous le même ordre de succession. Ainsi, les ascendants n'ont droit à la totalité de la succession que s'il n'existe aucun collatéral maternel ou paternel successible. En droit actuel, ils excluent tout collatéral de leur ligne (63).

La part afférente aux ascendants, ainsi que celle des collatéraux, se partagent néanmoins entre la ligne maternelle et paternelle, selon les articles qui suivent.

La succession anormale (ou droit de retour légal), qui a lieu en faveur de tout ascendant pour ce qu'il a donné au défunt, disparaît (l'article 630 C.C. serait supprimé).

**51**

Cet article modifie l'article 629 C.C. Le partage entre la ligne paternelle et la ligne maternelle a lieu à l'égard de la part dévolue aux ascendants et non à l'égard de toute la succession.

**52**

Cet article fait pendant à l'article précédent pour les ascendants: la part dévolue aux collatéraux se divise entre la ligne paternelle et maternelle. Cette disposition remplace l'article 634 alinéa 2 C.C.

**53**

Cet article complète le précédent. Puisqu'il n'y a pas de représentation à l'égard des collatéraux ordinaires, le plus proche exclut le plus éloigné. Cette disposition remplace le troisième alinéa de l'article 634 C.C.

**54**

Cet article reprend l'article 635 alinéa 2 C.C. en le complétant.

**55**

Cet article reproduit l'article 635 alinéa 1 C.C.

## Section IV

### Des successions irrégulières

**56**

Cet article remplace l'article 636 C.C. et modifierait le droit en faisant de l'Etat un héritier véritable. En droit actuel l'Etat ne recueille, semble-t-il (64), qu'en vertu d'un droit régalien, ce qui peut avoir des conséquences pratiques fâcheuses en droit international privé, en matière de succession mobilière.

L'Etat n'a, toutefois, pas la saisine: il doit se faire envoyer en possession (65).

**57**

Cet article reprend l'article 639 C.C.

**58**

Cet article reprend l'article 640 C.C., sauf une modification de forme, pour tenir compte de la règle nouvelle qui fait de l'Etat un héritier.

## CHAPITRE II

### DE LA PART RESERVATAIRE DU CONJOINT

#### Section I

##### De l'attribution de la réserve

###### 59

Cet article est de droit nouveau. Il restreint, en faveur du conjoint survivant, la liberté de tester dont le principe est énoncé à l'article 240 (66). Cette disposition répond aux vœux largement exprimés que soient introduites des mesures en vue de protéger le conjoint contre une exhérédation totale (67). De telles mesures ont d'ailleurs été adoptées dans les pays de Common Law qui connaissent, comme nous, la liberté testamentaire.

La réserve est acquise de plein droit au conjoint qui a les qualités requises pour succéder (68) quel qu'ait été son régime matrimonial avec le défunt, sous réserve de son acceptation ou sa renonciation comme tout héritier (69). Le deuxième alinéa exclut toute disposition contraire à l'exception de celle qui serait faite par convention matrimoniale. Il est par conséquent possible aux futurs époux de renoncer à leur réserve dans leur contrat de mariage. Cette renonciation peut être particulièrement utile dans le cas d'un second mariage et peut permettre d'éviter que les biens d'un premier conjoint décédé ne passent à la famille du second époux du conjoint survivant.

D'aucuns prétendent qu'il n'est pas logique que la réserve du conjoint ait lieu, quel que soit le régime matrimonial entre les époux, puisque, selon le régime, la part «économique» du survivant pourra être plus ou moins considérable. Cependant, les droits patrimoniaux résultant des conventions matrimoniales sont des droits acquis dès le moment du mariage (ou d'une mutation subséquente), qu'il faut distinguer des droits successoraux. Si les époux peuvent choisir leur régime matrimonial et faire toutes autres conventions permises par contrat de mariage, ceci relève de leur liberté contractuelle. Il n'y a pas lieu de soumettre ces droits à un rapport ou à une renonciation aux droits successoraux au moment de l'ouverture de la succession.

Le legs au conjoint n'est pas une disposition contraire et satisfait à la réserve s'il est au moins égal à sa valeur (70). Il en va de même de certaines donations et stipulations en faveur du conjoint survivant (71).

L'article s'inspire de l'article 884 de l'Avant-projet français. Bien que les règles de la réserve n'opèrent que lorsque le défunt a fait des libéralités entre vifs ou testamentaires qui y portent atteinte, elles sont placées au présent titre parce que la réserve est un droit légal de succession.

## 60

Cet article est nouveau. Le premier alinéa pose le principe d'une réserve en propriété dont la quotité varie selon que le défunt laisse ou non des descendants.

## 61

Cet article restreint l'exercice du droit à la réserve en laissant à ceux qui en sont débiteurs le choix de l'acquitter en nature ou en valeur. L'article 74 établit, toutefois, que si le paiement de la réserve donne lieu à la réduction de donations faites par le défunt, cette réduction a toujours lieu en valeur.

Le renvoi à l'article 194 a trait à l'attribution préférentielle dont le conjoint ne peut se prévaloir que lorsqu'il vient à la succession *ab intestat* du défunt.

## 62

Cet article est nouveau. Il permet au testateur d'acquitter la réserve de son conjoint en usufruit ou en revenu. Le legs pour valoir réserve pourrait être fait sous forme de substitution ou de fiducie pourvu, dans ce dernier cas, que le droit aux revenus soit absolu.

## Section II

### De la quotité disponible et de la réduction des dons et legs

## 63

Cet article est de droit nouveau. Il pose la règle qu'on ne peut, par des libéralités entre vifs ou à cause de mort, diminuer la quotité de la réserve. Toutefois, quant aux libéralités entre vifs, seules celles faites dans les trois années précédant le décès sont considérées comme pouvant porter atteinte à la réserve.

Le texte de cet article est formulé de manière à comprendre les donations faites aux enfants par contrat de mariage (72). Ces donations seraient donc en principe réductibles dans les mêmes conditions que les autres libéralités, à moins qu'il n'y ait eu renonciation expresse du conjoint réservataire, conformément à l'article 59.



Cette disposition s'inspire de l'article 890 de l'Avant-projet français.

#### 64

Cet article est de droit nouveau et s'inspire de l'article 891 de l'Avant-projet français. Il édicte que le droit de demander la réduction des dons et des legs est personnel à l'héritier réservataire. Outre les créanciers du défunt, les donataires et les légataires n'ont ni qualité, ni intérêt pour la demander (73).

La prescription de l'action en réduction serait de trois ans à compter de l'ouverture de la succession (74).

#### 65 et 66

Ces articles sont de droit nouveau et s'inspirent de l'article 892 de l'Avant-projet français. Ils décrivent le mode de formation de la masse de calcul qui permet d'établir la portion du patrimoine dont le défunt a pu disposer par testament ou par donation. C'est l'établissement de la quotité disponible qui varie suivant la nature et l'étendue de la réserve du conjoint, selon les articles 60, 61 et 62.

La masse de calcul est plus considérable que la masse successorale lorsque le défunt a fait des libéralités entre vifs dans les trois ans de son décès. La masse de calcul est aussi plus importante que la masse successorale lorsqu'on doit y inclure des paiements d'assurance en vertu du troisième alinéa. La masse successorale comprend tous les biens sans égard aux legs ni aux donations à cause de mort faites dans un contrat de mariage. On doit cependant en déduire les dettes de la succession avant d'y ajouter fictivement les donations entre vifs, parce que les créanciers du défunt n'ont pas le droit d'être payés à même les biens donnés: l'article précédent précise que la réduction ne profite pas à ces créanciers. Les mots «contrats d'assurance» comprennent le contrat de rente pratiqué par les compagnies d'assurance-vie (75).

La réduction des libéralités diffère du rapport des dons et des legs dont il est traité au chapitre VIII du présent titre. La réduction vise à reconstituer le patrimoine du défunt pour remplir le conjoint de sa réserve, alors que le rapport est un mécanisme destiné à maintenir l'égalité entre les héritiers. La distinction a des effets quant à la date de l'évaluation des donations: en matière de rapport, on se place au moment du partage alors que pour la réduction, on tient compte de la valeur au moment du décès. De plus, les dons stipulés rapportables qui ont été faits plus de trois ans avant le décès ne font pas partie de la masse servant au calcul de la réserve. Comme pour le rapport, la réduction des libéralités n'affecte pas les tiers et en particulier les débiteurs de la succession. Le

calcul se fait strictement entre héritiers et donataires. Ces articles ne viennent pas en conflit avec l'article 2550 C.C. qui énonce que la somme assurée payable à un bénéficiaire désigné ne fait pas partie de la succession de l'assuré.

## 67

Cet article est nouveau et s'inspire de l'article 893 de l'Avant-projet français. Il exclut du calcul de la masse les donations modiques de nature alimentaire.

## 68

Cet article est nouveau et est tiré de l'article 894 de l'Avant-projet français. Il établit une présomption simple de donation déguisée à l'égard de certains actes en apparence à titre onéreux lorsqu'ils ont été faits avec un descendant du défunt.

Cette présomption facilite la preuve de l'héritier réservataire dans les cas les plus fréquents de déguisement. Il ne peut, toutefois, s'en prévaloir s'il a consenti à l'aliénation.

## 69

Cet article est nouveau. Il établit une autre présomption de donation déguisée ou indirecte dans le cas d'aliénation, d'hypothèque ou autre charge pour un prix dérisoire. Cette présomption a lieu quel que soit le cocontractant du défunt. On ne doit, toutefois, réunir à la masse que la valeur de ce qui excède le prix effectivement payé.

## 70

Cet article est nouveau. Le premier alinéa reproduit l'article 895 de l'Avant-projet français. Il établit l'ordre selon lequel les libéralités sont réduites lorsqu'elles excèdent la quotité disponible.

Le deuxième alinéa apporte une précision nécessaire quant à la désignation de bénéficiaire qui tient à la fois du don et du legs.

## 71

Cet article est nouveau et reproduit le texte de l'article 896 de l'Avant-projet français. Il est le corollaire de l'article précédent: les donations n'étant réduites qu'après les legs, ceux-ci ne peuvent être exécutés lorsque les donations épuisent toute la quotité disponible. Le bénéficiaire d'un contrat d'assurance ou de rente doit alors rendre à l'héritier réservataire les sommes qu'il a touchées en vertu du contrat.

**72**

Cet article est nouveau. Il établit le mode selon lequel les légataires contribuent au paiement de la réserve. L'article 61 leur donne, par ailleurs, la faculté de payer la réserve en nature ou en valeur.

**73**

Cet article permet au testateur de fixer l'ordre de réduction des legs au cas où ils excéderaient la quotité disponible.

**74**

Cet article, nouveau, reproduit l'article 898 de l'Avant-projet français. Il ne permet que la réduction en valeur des donations. L'héritier réservataire ne possède donc qu'un droit de créance contre le donataire.

**75**

Cet article, nouveau, est tiré de l'article 901 alinéa 2 de l'Avant-projet français.

**76**

Cet article précise la date à partir de laquelle l'intérêt court sur la somme à verser pour satisfaire la réserve.

## Section III

### **De l'imputation des libéralités adressées au conjoint**

**77**

Cet article est nouveau. Le legs fait au conjoint s'interprète, à défaut de disposition contraire, comme fait pour le remplir de sa réserve. Il s'impute donc d'abord sur la réserve du conjoint. Le deuxième alinéa établit aussi la présomption que les libéralités qui y sont nommées ont été faites en paiement de la réserve.

**78**

Cet article est nouveau. Il précise quelles sommes payables en vertu d'actes entre vifs sont considérées comme remplissant le conjoint de sa réserve. A défaut de stipulation expresse, les donations entre vifs sont considérées faites hors part.

## CHAPITRE III

### DE LA CONTINUATION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

#### 79 et 80

Ces articles sont de droit nouveau. L'adoption d'une réserve en faveur du conjoint survivant n'a pas éliminé tout recours au mécanisme de la créance alimentaire contre la succession.

L'article 79 assure la continuation de la créance alimentaire des personnes qui pouvaient légalement la réclamer du défunt de son vivant, même s'ils ne percevaient pas effectivement des aliments de celui-ci au moment de son décès. Le conjoint par mariage peut cumuler la réserve et le recours alimentaire.

L'article 80 fixe un délai de déchéance.

#### 81

Cet article est nouveau. Il établit que les créanciers alimentaires ne peuvent être satisfaits qu'après les créanciers de la succession et le conjoint réservataire.

Les créanciers alimentaires peuvent, du vivant de leur débiteur, attaquer les donations que celui-ci aurait faites en fraude de leurs droits. Ils ne peuvent les faire réduire après le décès du donateur comme l'héritier réservataire. La situation de ce dernier est différente puisque ses droits ne sont fixés qu'au moment du décès.

#### 82

Cet article est nouveau; il renvoie aux règles applicables à la créance alimentaire entre vifs (76).

## CHAPITRE IV

### DE L'ACCEPTATION ET DE LA REPUDIATION DES SUCCESSIONS

#### Section I

#### **Du droit d'option et du droit préalable de faire inventaire et de délibérer**

##### **83**

Cet article reproduit l'article 641 C.C. Il maintient le principe que la transmission du patrimoine du défunt n'est pas obligatoire.

##### **84**

Cet article reproduit l'article 642 C.C. Il maintient le principe de la liberté de l'option qui souffre néanmoins certaines exceptions dans le cas de la succession échue à un mineur ou à un incapable qui est, en principe, acceptée sous bénéfice d'inventaire (77) et dans le cas de recel successoral (78).

##### **85**

Cet article remplace les articles 301 et 643 C.C. Le droit du tuteur de renoncer à la succession est limité au cas où il est apparent que la succession est insolvable.

##### **86**

Cet article modifie l'article 658 C.C. (79) quant à la forme seulement.

##### **87**

Cet article remplace en partie les articles 664 et 666 du Code civil et les modifie. Il retient l'essentiel de l'article 789 de l'Avant-projet français.

Le délai pendant lequel l'héritier ne peut être contraint à exercer son option est porté de trois mois et quarante jours à six mois. Ce délai est fixe, que l'héritier ait ou non fait inventaire.

La présente disposition fait courir le délai pour l'exercice de l'option du jour où la succession est dévolue plutôt que de l'ouverture de la succession (a. 664 C.C.). Le point de départ sera l'ouverture de la succession pour l'héritier de premier rang et la renonciation de celui-ci pour l'héritier de second rang.

**88**

Cet article reprend la substance de l'article 669 C.C.

**89**

Cet article modifie l'article 667 C.C. quant à la forme. Il prévoit, comme en droit actuel, que le délai pour exercer l'option puisse être prolongé par le tribunal. Il y ajoute la mention contenue à l'article 669 C.C. que l'héritier poursuivi à qui le tribunal n'accorde pas un délai supplémentaire devient héritier pur et simple. Il en va de même pour l'héritier qui n'a pas renoncé ni accepté sous bénéfice d'inventaire pendant le délai accordé par le tribunal.

**90**

Cet article est nouveau. Il énonce que le conjoint réputé acceptant perd la faculté que lui donne l'article 41 de choisir entre un droit en propriété ou en usufruit.

**91**

Cet article modifie le droit actuel en édictant un délai de déchéance à l'exercice du droit d'option. A l'expiration du délai de cinq ans, l'héritier qui n'a pas pris parti et qui n'est pas considéré comme l'ayant fait, ne peut plus se porter héritier acceptant.

Le délai de déchéance court à compter de la connaissance que l'héritier a eu de ses droits (80).

**92**

Le premier alinéa de cet article modifie l'article 648 C.C. quant à la forme seulement. Les alinéas 2 et 3 remplacent l'article 649 C.C. Il s'agit ici d'une modification du droit actuel qui impose l'acceptation bénéficiaire en cas de désaccord entre héritiers. La solution retenue est plus équitable même si elle fait exception au principe de l'indivisibilité de l'option (81).

**93**

Cet article remplace l'article 650 C.C. Il reconnaît explicitement que la renonciation comme l'acceptation puissent être attaquées selon les règles générales des obligations (82).

La découverte d'un testament inconnu au moment de l'option constitue un exemple de circonstances donnant ouverture à l'action en nullité, notamment, pour cause d'erreur (83).

**94**

Le premier alinéa de cet article est tiré de l'article 666 C.C.; le deuxième alinéa remplace l'article 668 C.C. Cet article étend explicitement les dispositions relatives aux frais à l'héritier bénéficiaire (84). Quant aux frais engagés après l'expiration du délai pour exercer l'option, on laisse au tribunal toute discrétion pour décider s'ils seront mis à la charge de la succession.

**95**

Cet article est nouveau. Il confirme cependant le droit actuel où tout intéressé peut faire apposer les scellés lorsque l'inventaire de la succession n'a pas été fait, bien qu'il n'y ait aucun texte explicite au Code civil (85). Les articles 901 et suivants du Code de procédure civile règlent les procédures d'apposition des scellés.

**96**

Cet article précise l'effet des mesures conservatoires à l'égard des intéressés entre eux et impose un délai pour le paiement des dettes et des legs. Ces mesures pourront assurer l'efficacité du bénéfice de séparation des patrimoines (86).

**97**

Cet article reproduit l'article 681 C.C. Il met de plus à la charge de la succession les frais de la sûreté que l'héritier bénéficiaire peut être appelé à fournir (87).

**98**

Cet article est nouveau. Il donne expressément aux intéressés le droit de prendre connaissance de l'inventaire fait par un héritier.

**99**

Cet article reproduit l'article 650a C.C.

## Section II

### De l'acceptation pure et simple

**100**

Cet article maintient le droit actuel tout en modifiant le texte de l'article 644 C.C. L'acceptation n'a pas véritablement un effet rétroactif; elle confirme la situation de l'héritier à qui les biens du défunt ont été

transmis instantanément au décès (88). On ne peut donc proprement parler de rétroactivité qu'à l'égard de la renonciation.

### 101

Cet article remplace l'article 645 C.C. On omet les définitions de l'acceptation expresse et tacite de l'article 645 C.C. Les articles qui suivent établissent des présomptions d'acceptation tacite.

### 102

Le premier alinéa de cet article reprend en substance la règle de l'article 646 C.C. en employant une formulation nouvelle. Le deuxième alinéa est nouveau et permet au successible de se faire autoriser par le tribunal à faire tout acte qui excède la simple garde des biens lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent dans l'intérêt de la succession.

### 103

Cet article reprend l'article 665 C.C. en le modifiant toutefois quant aux formalités de la vente. Le nouvel article permet la vente de gré à gré alors qu'en droit actuel seul le juge peut l'autoriser; à défaut d'autorisation, la vente a lieu en justice (89). La vente de biens périssables ou dispendieux à conserver ne constitue en réalité qu'un acte conservatoire (90).

### 104

Cet article reprend l'article 647 C.C., sauf quelques modifications de forme.

### 105

Cet article est tiré des articles 659 et 670 C.C. Il impose l'acceptation pure et simple à l'héritier qui est coupable de recel successoral. L'article 191 prévoit de plus que le receleur est privé de toute part dans le partage des biens qui ont fait l'objet du recel.

L'article 105 ajoute au droit actuel en considérant comme un cas de recel successoral l'appropriation ou le divertissement d'un bien de la succession qui serait postérieur à la renonciation (91). L'héritier coupable de recel est réputé accepter, soit qu'il n'ait pas exercé son option, soit qu'il ait accepté sous bénéfice d'inventaire, soit qu'il ait renoncé.

### 106

Cet article est nouveau. Il ajoute au droit actuel une présomption d'acceptation de la succession, dans le cas de dispense de faire inventaire.



Cette dispense ne libère toutefois pas l'administrateur ou l'exécuteur qui sont toujours obligés à l'inventaire (92).

## Section III

### De la renonciation

#### 107

Cet article reprend en substance l'article 656 C.C.

#### 108

Cet article reprend en substance le début de l'article 651 C.C.; il ajoute un renvoi nécessaire au nouveau délai de déchéance.

#### 109

Cet article reprend la deuxième partie de l'article 651 C.C. en précisant que l'acte notarié doit être en minute afin de lui donner une date certaine.

#### 110

Le premier alinéa reproduit textuellement l'article 652 C.C.

Le deuxième alinéa propose une rédaction différente de l'article 653 C.C. dont la formulation actuelle est inexacte et a fait l'objet de controverses (93). L'article 821 de l'Avant-projet français propose un texte semblable à celui de cet alinéa.

#### 111

Cet article omet la première partie de l'article 654 C.C. qui exclut la représentation de l'héritier renonçant. L'article 37 suffit à cet effet.

#### 112

Cet article reprend l'essentiel de l'article 657 C.C. qui est, toutefois, modifié pour tenir compte du nouveau délai de déchéance du droit d'option. La rétractation est de plus soumise à la même condition de forme que la renonciation, soit l'acte notarié en minute ou la déclaration judiciaire.

#### 113

Le premier alinéa de cet article reprend en substance l'article 655 alinéa 1 C.C. La suppression de la mention de la rescision de la renonciation simplifie le texte. De toute manière, elle n'est pas nécessaire puisqu'il

est dit, à la fin de l'article suivant, que l'acceptation par les créanciers ne profite pas à l'héritier.

Le deuxième alinéa est nouveau et reconnaît explicitement aux créanciers le droit d'exercer l'option de leur débiteur qui laisse écouler le délai en fraude de leurs droits (94). Le troisième alinéa fixe un délai pour l'exercice des recours des créanciers.

#### 114

Cet article reprend l'article 655 alinéa 2 C.C.

### Section IV

#### De l'acceptation sous bénéfice d'inventaire

#### 115

Cet article reprend en substance l'article 660 C.C. L'article 661 est déplacé au Livre *De la publication des droits*.

#### 116

Cet article reprend la disposition de l'article 683 C.C.

#### 117

Cet article est nouveau. Il ajoute au droit actuel un cas de déchéance du bénéfice d'inventaire. L'article 105 prévoit qu'il y a déchéance du bénéfice d'inventaire en cas de recel ou de divertissement d'un bien de la succession. Le présent article oblige l'héritier bénéficiaire à maintenir physiquement distincts de ses biens propres, les biens de la succession. Par exemple, il doit garder dans un compte distinct l'argent de la succession.

#### 118

Cet article reproduit presque textuellement l'article 662 C.C.

#### 119

Cette disposition est nouvelle et impose un délai pendant lequel l'héritier bénéficiaire est tenu de faire inventaire sous peine d'être déchu du bénéfice d'inventaire. Ce délai peut s'ajouter à ceux qui sont accordés à tout héritier pour exercer son option (95) selon la date de l'acceptation bénéficiaire. Il peut être prolongé par le tribunal.

#### 120

Cet article propose une forme d'inventaire plus souple que celle prévue à l'article 917 C.P.C., en ce qui concerne les effets personnels et les

universalités comprises dans une succession. La forme authentique reste obligatoire (96).

### 121

Cet article est nouveau. L'article 98 donne à tout intéressé le droit de consulter l'inventaire des biens de la succession.

L'avis doit être fait dans une forme suffisante pour fins d'enregistrement.

### 122

Cet article remplace l'article 663 C.C. par une disposition moins restrictive. L'héritier bénéficiaire peut être forcé de fournir une sûreté à la demande d'un seul intéressé et non plus de la majorité des créanciers comme en droit actuel.

Le tribunal fixe le montant de la sûreté et n'est plus limité à la valeur du mobilier et au prix des immeubles aliénés. Les frais de la sûreté sont, en principe, à la charge de la succession (97).

### 123

Cet article reprend la substance de l'article 671 C.C., bien qu'il en modifie la rédaction afin de tenir compte des critiques formulées à l'égard du texte actuel (98).

### 124

Cet article pose le principe déjà contenu aux articles 672 et 673 C.C. que l'héritier bénéficiaire est chargé de l'administration de la succession. Il est chargé de la simple administration dont les pouvoirs et les obligations sont précisés au Livre *Des biens* (99). Elle désigne, en substance, les actes nécessaires et utiles à la conservation des biens, ce qui comprend le pouvoir de faire des placements et de les modifier.

### 125

Cet article est nouveau et introduit les articles suivants.

### 126

Cet article remplace le premier alinéa de l'article 676 C.C. auquel il apporte des modifications: l'héritier peut procéder aux publications de l'avis faisant connaître sa qualité avant même d'avoir terminé l'inventaire; l'avis doit être envoyé aux autres héritiers et aux créanciers connus.

La publication de l'avis se fait conformément à un nouvel article 920a (100) que l'on propose d'inclure dans le Code de procédure civile.

**127**

Cet article maintient le délai de deux mois que l'héritier doit laisser écouler avant de pouvoir payer les créanciers à même le prix des biens vendus.

**128**

L'article 674 C.C. soumet toute vente mobilière aux formalités de la vente publique. Le présent article a l'effet de le dispenser de ces formalités lorsqu'il aliène un meuble susceptible de déperir ou dispendieux à conserver. Toute vente doit, néanmoins, être précédée des avis requis par l'article 126.

Le deuxième alinéa de la présente disposition reproduit le deuxième alinéa de l'article 674 C.C.

**129**

Cet article modifie l'article 675 alinéa 1 C.C., en permettant la vente d'un immeuble, non seulement s'il y a nécessité, mais aussi lorsque la vente est avantageuse. Toute aliénation doit néanmoins être précédée des publications requises à l'article 126 et être faite dans les conditions de l'article 922a et suivants C.P.C. (101).

Le deuxième alinéa de l'article 675 C.C. n'est pas repris.

**130**

Cet article est nouveau, mais il est conforme à l'opinion de la doctrine (102). La sanction de l'inobservation des formalités requises pour l'aliénation des biens de la succession n'est pas la nullité de la vente, mais la déchéance du bénéfice d'inventaire. En droit actuel, toutefois, les créanciers n'ont droit qu'à un recours en dommages-intérêts contre l'héritier bénéficiaire.

**131**

Cet article propose une disposition qui diffère de celle de l'article 676 alinéa 3 C.C. Elle exige que l'héritier ne paie que conformément à l'ordonnance du tribunal dès que des créanciers ou des légataires se manifestent, même sans saisies, poursuites ou contestations.

Tous les intéressés peuvent, toutefois, s'entendre sur un ordre de collocation pour éviter le paiement en justice.

**132**

Cet article remplace le deuxième alinéa de l'article 676 C.C. L'héritier bénéficiaire ne peut payer les créanciers et les légataires sans formalités que si aucun d'entre eux ne s'est manifesté pendant le délai, outre la dispense que les intéressés peuvent donner conformément à l'article précédent.

Dans les circonstances du présent article, l'héritier bénéficiaire paie les créanciers et les légataires sans distinction, dans l'ordre où ils se présentent.

**133**

Cet article est nouveau et est emprunté à l'article 811 de l'Avant-projet français. Les créanciers et les légataires qui s'étaient manifestés pendant le délai de deux mois et qui ont été omis dans le règlement, ont un recours de plein droit, les premiers contre les créanciers et légataires payés à leur dépens, les seconds contre les autres légataires.

**134**

Cet article est conforme au droit actuel bien que le texte diffère de celui de l'article 680 C.C. Les créanciers et les légataires retardataires n'ont de recours que sur le reliquat, s'il y en a, lorsque l'héritier s'est conformé aux formalités du bénéfice d'inventaire. Ils peuvent aussi avoir un recours contre les légataires particuliers.

Les créanciers sont, toutefois, déchus de tout recours contre l'héritier bénéficiaire s'ils se présentent après qu'il s'est écoulé six mois depuis la décharge (103). Leur recours contre les légataires payés à leur détriment se prescrit selon les règles ordinaires, c'est-à-dire par trois ans (104).

**135**

Cet article reprend l'article 676a C.C., sauf une modification de forme.

**136**

Le texte de cet article est nouveau et s'inspire de l'article 809 de l'Avant-projet français. Il emporte une modification du droit actuel où l'hypothèque ne donne un droit de préférence sur le prix qu'en cas de vente en justice (105).

**137**

Cet article reprend l'article 678 C.C. en précisant toutefois que l'héritier peut rendre compte à l'amiable «en tout temps». Cependant, la

présente disposition, qui est placée avant celle prévoyant le compte en justice lorsqu'il y a contestation, devient plutôt la règle générale que l'exception comme en droit actuel (106).

**138**

Cet article est nouveau.

**139**

Cet article est tiré de l'article 677 alinéa 1 paragraphe 2 C.C. Il y a, toutefois, ici modification du droit actuel. L'article 677 édicte que l'héritier bénéficiaire rend un compte en justice, à moins que les intéressés ne consentent à une reddition de compte amiable. Les articles 137 et 139 ont l'effet d'inverser cette règle, la reddition de compte n'ayant lieu en justice que s'il y a contestation. De plus, dans ce cas, les formalités et modalités imposées à l'héritier sont à la discrétion du tribunal.

**140**

Cet article remplace le paragraphe 1 alinéa 1 de l'article 677 C.C. La renonciation au bénéfice d'inventaire n'a plus à être faite en forme notariée.

**141**

Cet article est tiré du dernier alinéa de l'article 677 C.C. Il diffère du texte actuel en précisant que la décharge est accordée, soit par le tribunal, soit par tous les intéressés.

**142**

Cet article modifie l'article 679 C.C. Il réduit à six mois le délai pendant lequel des créanciers, qui se présentent postérieurement à l'obtention de la décharge, peuvent exiger d'être payés à même les biens dont l'héritier bénéficiaire est reliquataire. Le délai de six mois constitue un délai de déchéance et non de prescription comme ce semble être le cas en droit actuel (107).

**143**

Cet article reproduit l'article 672 alinéa 2 C.C.

**144**

Cet article est tiré du premier alinéa de l'article 672 C.C. et est conforme au droit actuel.

**145**

Cet article reproduit l'article 682 C.C.

**146**

Cet article est de droit nouveau. L'article 663 C.C. permet seulement au tribunal de priver l'héritier bénéficiaire de l'administration des biens. Ils sont alors déposés à la cour et non pas mis entre les mains d'un administrateur.

L'Avant-projet français propose une disposition semblable à l'article 815.

**147**

Cet article est de droit nouveau. Le Code civil ne permet pas à l'héritier bénéficiaire de se décharger de son administration comme le permet l'article 802 du Code civil français. L'Avant-projet français contient aussi une disposition analogue à l'article 816.

Cette remise des biens à un tiers n'entraîne pas à elle seule, pour l'héritier, la perte du bénéfice d'inventaire.

**148**

Cet article est nouveau et établit les pouvoirs et obligations de l'administrateur chargé de liquider la succession à la place de l'héritier bénéficiaire. Il reproduit l'article 817 de l'Avant-projet français.

## Section V

### Des successions vacantes

**149**

Cet article apporte à l'article 684 C.C. les modifications que nécessitent les changements apportés au délai pour faire option (108).

Il conserve la présomption de vacance lorsque tous les héritiers connus ont renoncé. Il modifie les circonstances dans lesquelles il peut y avoir vacance en cas d'absence ou d'inaction des héritiers: après l'expiration du délai de six mois pour exercer l'option et de six mois additionnels, s'il n'existe pas d'héritiers ou qu'ils sont inactifs, la vacance est présumée.

**150**

Cet article reproduit l'article 685 C.C.

**151**

Cet article reprend en substance l'article 686 alinéa 1 C.C. La disposition du deuxième alinéa est comprise dans l'article 149.

**152**

Cet article modifie l'article 687 C.C. Pour faire mettre la curatelle de côté, il suffit que l'héritier établisse sa qualité de façon satisfaisante. En droit actuel, on exige l'action en justice (109).

Le texte de cet article tient compte de l'article 56 qui fait de l'Etat un héritier.

**153 et 154**

Ces articles, comme l'article 688 C.C., soumettent l'administration du Curateur public aux règles et formalités du bénéfice d'inventaire.

## CHAPITRE V

### DE L'ADMINISTRATION DES SUCCESSIONS

**155**

Cet article est nouveau. La requête en nomination d'un administrateur peut être présentée même par un légataire particulier.

L'article 924 alinéa 3 C.C. ne prévoit la nomination d'un exécuteur par le tribunal que lorsque tous les héritiers ne sont pas domiciliés dans la province (110).

**156**

Cet article est nouveau; il établit la procédure de révocation de l'administrateur.

**157**

Cet article renvoie aux dispositions sur l'administration du bien d'autrui qui distinguent entre trois paliers d'administration et fixent l'étendue des pouvoirs de chacun (111).

Les fonctions de l'administrateur cessent, en principe, au partage. Toutefois, si tous les héritiers capables de procéder à un partage amiable



(112) en convenaient, ils pourraient autoriser l'administrateur à procéder pour eux au partage.

### 158

Cet article et les articles 160 et 161 imposent certaines obligations préalables à l'administrateur et rapprochent ainsi son administration de celle de l'héritier bénéficiaire. L'inventaire, qu'il est ainsi tenu de faire, devra être en forme notariée (113).

### 159

Cet article est nouveau.

### 160

Cet article est nouveau et renvoie à l'article 122.

### 161

Cet article est nouveau; il est nécessaire, puisque les formalités du bénéfice d'inventaire sont obligatoires. Une disposition semblable est prévue pour l'exécuteur testamentaire (114).

## CHAPITRE VI

### DE L'INDIVISION ENTRE HERITIERS

#### 162

Les règles générales de l'indivision sont placées, dans le Projet, au Livre *Des biens* (115). Les règles du partage proprement dit, qui sont aussi d'application générale, restent toutefois au Livre *Des successions* (116).

#### 163

Cet article est nouveau. Les conséquences du principe de la divisibilité des créances de la succession sont énoncées expressément, afin de clarifier le droit actuel où il y a controverse quant à la façon de concilier les articles 703, 746 et 750 C.C. qui indiquent que les créances font partie de l'indivision et l'article 1122 C.C., qui énonce que l'obligation se divise entre les héritiers du créancier ou du débiteur (117).

L'article 228 complète la présente disposition en étendant l'effet déclaratif du partage aux créances qui en font partie, soit parce qu'elles n'ont pas été acquittées à chaque héritier avant cette date, soit qu'elles étaient indivisibles.

**164**

Cet article est nouveau.

**165**

Cet article est nouveau. La perception des créances de la succession dépasse la garde des biens. L'héritier doit donc être autorisé par le tribunal pour le faire s'il veut éviter de faire ainsi un acte d'héritier (118).

**166, 167 et 168**

Ces articles sont nouveaux. Le chapitre nouveau du Livre *Des biens* consacré à l'indivision reconnaît deux causes permettant de surseoir au partage: la convention expresse des indivisaires, valable pour une période de cinq ans et l'ordonnance du tribunal lorsque la demande en partage est faite en temps inopportun (119).

On ajoute, en matière d'indivision successorale, une troisième cause permettant le maintien forcé de l'indivision à l'égard de certains biens. Il s'agit de l'entreprise exploitée par le défunt ou son conjoint ou des actions dans celle-ci et de l'habitation familiale. Le maintien forcé de l'indivision peut alors être demandé lorsqu'il n'y a pas de descendants par le conjoint survivant s'il est copropriétaire du bien indivis ou, lorsque le défunt laisse des enfants mineurs, par tout héritier.

Ces dispositions sont tirées de l'article 829 de l'Avant-projet français.

## CHAPITRE VII

### DU PASSIF DE LA SUCCESSION ET DE LA SEPARATION DES PATRIMOINES

**169**

Cet article reprend en substance l'article 735 alinéas 1 et 2 C.C. (120).

**170**

Cet article remplace les articles 736 et 737 C.C. Il est plus exact que ceux-ci, en parlant d'obligation aux dettes plutôt que de contribution.

**171**

Cet article reprend en substance l'article 735 alinéa 4 C.C. Toutefois, l'obligation du légataire particulier quant à la dette hypothécaire n'est plus énoncée ici. Elle se trouve couverte par l'article 177.

**172**

Cet article est tiré de l'article 738 C.C. Deux limitations nouvelles sont, toutefois, prévues aux articles suivants: le cas de l'héritier qui découvre des faits nouveaux importants (a. 173); le paiement des legs particuliers qui n'est dû que sur l'actif de la succession (a. 174).

**173**

Cet article est de droit nouveau. Il atténue la rigueur du principe de la responsabilité pour les dettes *ultra vires successionis*, lorsque l'héritier accepte purement et simplement.

La présente disposition diffère de celle de l'article 93 où l'héritier demande l'annulation de son option. L'article 173 ne vise qu'à limiter la responsabilité de l'héritier acceptant.

**174**

Cet article est nouveau. Il reproduit l'article 965 de l'Avant-projet français, en y ajoutant, toutefois, que la contribution au paiement des legs particuliers se fait proportionnellement entre héritiers, comme pour les dettes.

**175**

Cet article est nouveau. Les héritiers ne sont plus tenus de payer les legs particuliers qu'*intra vires successionis*. Cet article, ainsi que le précédent, tranchent dans le sens de l'équité, la controverse quant à l'étendue de l'obligation de l'héritier à l'égard des légataires particuliers (121).

**176**

Cet article est nouveau, mais il est conforme à la pratique actuelle.

**177**

Cet article élargit l'article 739 C.C. de façon à couvrir même le légataire particulier (122). L'article 741 C.C., qui permet au légataire particulier de recouvrer des héritiers ce qu'il a dû payer pour libérer l'immeuble qui lui a été légué, est repris à l'article 324.

**178**

Cet article est nouveau; il est tiré de l'Avant-projet français (123). L'article 116 du Code de procédure civile permet l'assignation collective des héritiers pendant les deux années qui suivent le décès. La présente disposition prolonge ce recours contre les biens héréditaires jusqu'au partage; cette modification s'impose, puisque l'on prévoit maintenant plusieurs cas où il peut y avoir maintien de l'indivision (124).

**179**

Cet article est tiré de l'Avant-projet français (125) et remplace l'article 740 C.C. qui est limité à la seule dette hypothécaire. Il est complété par l'article qui suit.

Quant au droit de l'héritier bénéficiaire, il résulte de l'article 123.

**180**

Cet article reprend la disposition de l'article 742 C.C. en l'appliquant à toute dette. Il s'inspire de l'article 883 de l'Avant-projet français.

**181 et 182**

Ces articles remplacent l'article 743 C.C. et apportent deux modifications importantes au mécanisme de la séparation des patrimoines.

La première fait opérer la séparation des patrimoines automatiquement, c'est-à-dire en faveur de tous les créanciers de la succession. On n'aura donc plus à distinguer les créanciers séparatistes de ceux qui ne se sont pas prévalus de la séparation des patrimoines, en fixant l'ordre de collocation. La deuxième innovation étend le bénéfice de la séparation des patrimoines aux créanciers personnels de l'héritier qui ont aussi droit d'être payés de leurs créances en priorité sur les biens personnels de l'héritier. L'article 744 C.C. serait donc supprimé (126).

Le bénéfice de la séparation des patrimoines n'appartient qu'aux créanciers de l'héritier dont le titre est antérieur à l'ouverture de la succession. Ceux dont la créance est postérieure ne sont payés sur les biens de l'héritier qu'après les premiers et concurremment avec les créanciers impayés de la succession.

**183**

Cet article reprend la dernière partie de l'article 743 C.C. le modifiant dans le sens indiqué par la jurisprudence, les mots «tant que les biens existent entre les mains» étant interprétés comme désignant le droit de propriété (127).

## CHAPITRE VIII

### DU PARTAGE ET DES RAPPORTS

#### Section I

##### Du partage

###### 184

Cet article reprend l'article 693 alinéa 1 C.C., sauf des modifications de forme. Il a cependant une portée beaucoup plus étendue étant donné l'abrogation de l'article 691 C.C. Le partage amiable peut avoir lieu même en présence d'un mineur ou d'un incapable qui devra cependant être représenté par son tuteur.

###### 185

Cet article est nouveau et est tiré de l'Avant-projet français (128). Il est, néanmoins, conforme au droit actuel qui reconnaît que le partage amiable puisse mettre de côté toutes les formalités (129). La réserve qui est faite des droits du conjoint survivant renvoie à l'article 194 qui lui permet de choisir les biens qui composeront son lot.

###### 186

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel (130). L'Avant-projet français contient une disposition semblable à l'article 833.

###### 187

Cet article reproduit l'article 692 C.C. (131).

Le concours requis du conjoint d'un indivisaire commun en biens n'empêche pas que le partage puisse être fait à l'amiable. Il s'agit ici d'une modification du droit actuel.

###### 188

Cet article remplace les articles 693 alinéa 2 et 709 C.C. Il substitue le partage en justice au partage volontaire en justice et à l'action en partage. On aura recours à ce mode de partage lorsque le partage amiable est impossible à cause du désaccord entre les indivisaires ou de l'absence de l'un d'eux. Le tuteur représentant un mineur ou un incapable est pleinement habilité quant aux formalités dont les indivisaires peuvent convenir relativement au partage.

L'on propose de modifier les articles 808 à 812 C.P.C. de façon à

simplifier les procédures du partage en justice et à le rendre moins onéreux.

### 189

Cet article reprend, au premier alinéa, l'article 693 alinéa 3 C.C. et au deuxième alinéa, l'article 895 du Code de procédure civile.

### 190

Cet article est nouveau; il élargit le droit actuel qui ne permet le partage partiel que s'il est justifié par des circonstances exceptionnelles (132). Au deuxième alinéa, on reconnaît qu'il puisse y avoir indivision forcée à l'égard de certains biens (133).

Cet article est tiré de l'Avant-projet français (134).

L'effet déclaratif du partage s'applique aux actes de partage partiel (135).

### 191

Cet article est tiré de l'article 659 C.C. et de l'Avant-projet français (136). Il complète l'article 105 qui déclare acceptant purement et simplement l'héritier coupable de recel successoral.

### 192

Cet article remplace l'article 705 C.C. L'article 811 C.P.C., tel qu'il est proposé, désigne celui qui fait les lots comme étant le notaire chargé du partage qui peut s'adjoindre, soit un indivisaire, soit un expert.

### 193

Cet article modifie le droit actuel (a. 705 *in fine* et 706 C.C.) en évitant le tirage au sort des lots lorsque les indivisaires peuvent s'entendre sur leur attribution. Cette attribution des lots peut donc avoir lieu, même lorsque le partage se fait en justice. Il est inspiré de l'article 839 de l'Avant-projet français.

### 194

Cet article est nouveau. Aucun héritier ne peut s'opposer à l'exercice de ce droit du conjoint survivant. Le droit d'attribution préférentielle s'exerce sur la masse partageable, à l'exclusion des biens légués à titre particulier.

**195**

Cet article reprend en substance les articles 702 et 707 C.C.

**196**

Cet article est nouveau. Il ajoute une précision utile que l'on ne trouve pas dans le Code civil (137).

**197**

Cet article reprend en substance les articles 703 et 704 C.C. Il reproduit l'article 840 de l'Avant-projet français.

**198**

Cet article maintient le principe du droit au partage en nature énoncé à l'article 697 C.C. L'article 202 précise d'ailleurs qu'on ne procède à la vente que pour les biens qui ne peuvent être commodément partagés ou attribués. L'article 809 C.P.C. doit donc être modifié de nouveau de façon à permettre au tribunal d'ordonner la licitation et non pas le partage en nature.

Alors que l'article 194 permet au conjoint survivant d'imposer son choix quant aux biens devant composer sa part, le présent article n'accorde aux autres héritiers que le droit de requérir que certains biens leur soient attribués. C'est le tribunal qui en décide ultimement. Toutefois, l'article 199 donne à tout héritier certains droits quant à l'entreprise à laquelle il participait au moment du décès.

**199 et 200**

Ces articles sont nouveaux; ils s'inspirent de l'article 842 de l'Avant-projet français.

Le droit de demander l'attribution préférentielle d'une entreprise, d'un immeuble ou d'un bail apporte un tempérament nécessaire à la règle actuelle qui exige que l'on maintienne l'égalité entre les copartageants. Ce droit appartient à tout héritier dans les circonstances précisées par l'article et sous réserve de l'opposition des copartageants. Le tribunal décide de l'opposition; on lui donne toute discrétion quant aux modalités du paiement de la soulte.

L'article 200 prévoit, néanmoins, une mesure d'équité à l'égard des copartageants, en les faisant participer au profit réalisé par l'attributaire qui aliène, dans les trois ans du partage, le bien faisant l'objet de l'attribution préférentielle.

Ces articles s'appliquent au conjoint survivant; cependant, lorsqu'il

s'agit de la résidence familiale, l'article 194 lui permet de la comprendre dans son lot sans que ses cohéritiers puissent s'y opposer.

Les articles 166, 167 et 168 prévoient le maintien de l'indivision résultant du décès dans des circonstances analogues à celles de ces articles.

## 201

Cet article réunit en une seule disposition les règles applicables aux immeubles (a. 733 al. 1 C.C.) et aux meubles (a. 734 C.C.). Le mode d'évaluation prévu ici ne s'applique qu'aux biens qui font partie de l'indivision. La règle d'évaluation des biens sujets à rapport est fixée à l'article 214.

Le deuxième alinéa est nouveau et permet aux copartageants d'établir entre eux la valeur des biens à partager, même lorsque le partage a lieu en justice.

## 202 et 203

Ces articles remplacent l'article 698 et une partie de l'article 697 C.C. Ils modifient le droit actuel en traitant de la même manière meubles et immeubles.

On ne procède à la vente des biens de la succession que si elle est nécessaire pour l'acquit des dettes ou si le partage en nature ne peut avoir lieu. Les indivisaires peuvent convenir entre eux de la nécessité de la vente, des formes à suivre et de la personne qui en est chargée. S'il y a désaccord sur une ou toutes ces questions, le tribunal en décide.

## 204

Cet article remplace l'article 745 C.C. dont il propose une rédaction différente. Il reconnaît aux créanciers le droit d'intervenir lors du partage auquel ils peuvent exiger d'être présents.

## 205

Cet article reprend le texte de l'article 711 C.C., sauf la modification apportée au deuxième alinéa énonçant que la remise des titres se fait à l'héritier qui a la plus grande valeur d'un bien et non pas la plus grande partie.

## 206

Cet article est nouveau. Il permet à chaque héritier de se faire remettre, à frais communs, copie des actes dont il peut avoir besoin à cause de ce qui lui est échu.



## Section II

### Des rapports

#### § - 1 Du rapport des dons et des legs

##### 207

L'obligation au rapport vient de l'Ancien droit où elle constituait un élément essentiel du maintien, que l'on voulait absolu, de l'égalité entre les héritiers. Le maintien de l'égalité n'ayant plus la même importance dans notre droit qui donne effet, en principe, à la volonté du défunt, il est proposé d'inverser la présomption actuelle et de n'exiger le rapport des dons et des legs que lorsqu'il y a eu stipulation expresse de rapport. Il pourra donc y avoir rapport en succession testamentaire comme en succession *ab intestat*.

Cet article remplace l'article 712 C.C. Les articles 714, 715 et 716 C.C., qui établissent des présomptions d'interposition de personnes, seraient supprimés, de même que les articles 719, 720 et 721 C.C. qui précisent les biens faisant l'objet du rapport.

L'article 39 fixe l'étendue de l'obligation au rapport de l'héritier qui succède par représentation.

L'obligation au rapport est distincte de la réduction des dons et des legs qui a lieu lorsque ces libéralités portent atteinte à la réserve (138).

##### 208

Cet article reprend l'article 717 C.C. en apportant les modifications que nécessite l'introduction de la règle que l'obligation au rapport doit avoir été stipulée.

##### 209

Cet article modifie l'article 713 C.C. quant à la forme seulement.

##### 210

Cet article reprend les articles 718 et 723 C.C. en restreignant, toutefois, le mot « légataires » aux seuls légataires particuliers, puisque le rapport peut avoir lieu en succession testamentaire comme en succession légale.

**211**

Cet article modifie le droit actuel en éliminant la distinction qui y est faite entre meubles et immeubles et en posant la règle que le rapport a lieu en moins prenant. Il remplace les articles 724, 725, 726 et 728 C.C.

**212**

Cet article restreint le droit de l'héritier de choisir le rapport en nature; il remplace l'article 731 alinéa 1 C.C.

L'Avant-projet français propose un article semblable (139).

**213**

Les deux premiers alinéas de cet article reprennent la substance de l'article 701 C.C. Le troisième alinéa est nouveau, mais il est conforme au droit actuel (140).

**214**

Cet article, ainsi que le suivant, établissent le mode d'évaluation des biens sujets à rapport. La distinction entre meubles et immeubles des articles 733 et 734 C.C. est supprimée.

Le premier alinéa de l'article modifie le droit actuel à l'égard du meuble rapporté comme donation: l'article 734 *in fine* C.C. établit sa valeur au temps de la donation.

Le deuxième alinéa, qui couvre l'hypothèse de l'aliénation du bien donné, est nouveau.

Le troisième alinéa est conforme au droit actuel, sauf à l'égard de l'immeuble légué qui, aux termes de l'article 733 alinéa 2 C.C., doit s'évaluer selon son état à l'ouverture de la succession.

Le texte du dernier alinéa ne se trouve pas dans le Code, mais il est conforme au droit actuel (141).

**215**

L'article précédent établit que les biens légués et ceux restés dans la succession s'évaluent selon leur état au moment du partage. L'article 215 ne s'applique donc qu'à l'égard des biens donnés qui doivent en principe s'évaluer selon leur état au moment de la donation. Les biens meubles sont traités comme les immeubles.

Les deux premiers alinéas sont conformes au droit actuel quant aux impenses nécessaires dont il faut tenir compte du coût (142). Quant aux impenses non nécessaires, il est plus généreux que le droit actuel qui traite le rapportant comme l'emphytéote.

Cet article remplace les articles 729 et 730 C.C. Il est semblable à l'article 856 de l'Avant-projet français.

## 216

Cet article inverse la règle actuelle de l'article 727 C.C. qui exempte de tout rapport l'indemnité perçue en vertu d'un contrat d'assurance. Il s'applique, de plus, aux meubles et non pas aux seuls immeubles.

Le cas fortuit comprend la force majeure et le fait d'un tiers.

L'article 857 de l'Avant-projet français est au même effet.

## 217

Cet article est tiré des articles 729, 730, 732, 733 alinéa 2 et 734 C.C.

Le règlement des impenses et des indemnités se fait de semblable manière, que le rapport ait lieu en nature ou en moins prenant. C'est la solution qui prévaut en droit actuel (143). Le droit de rétention est régi par d'autres dispositions du Projet (144).

## 218

Cet article complète les dispositions de l'article 212. Il est en substance semblable à l'article 731 alinéa 2 C.C.

## 219

Cet article reprend l'article 722 C.C., sauf des modifications de forme.

## § - 2 Du rapport des dettes

### 220 et 221

Ces articles sont nouveaux. Le rapport des dettes est un moyen de règlement de compte entre cohéritiers. Il vise non seulement les dettes envers le défunt, mais aussi celles entre cohéritiers et qui résultent de l'indivision.

Le rapport des dettes évite aux cohéritiers du débiteur d'avoir à venir en concours avec ses autres créanciers.

Le rapport des dettes s'oppose au rapport des libéralités qui doit être stipulé expressément. Le rapport des dettes doit s'effectuer, à moins que le défunt n'ait fait remise de dette à son héritier.

Les dettes, même non encore échues, font l'objet du partage, sous réserve de l'article qui suit.

**222**

Cet article, qui est nouveau, conserve au copartageant le bénéfice des termes de son contrat, lorsque le montant de sa dette excède la valeur de sa part dans la succession.

**223**

Cet article est l'application d'un cas de compensation. Celle-ci peut néanmoins opérer, même si l'une des dettes n'est pas exigible au moment du partage (145).

**224**

Cet article est nouveau. Puisqu'il s'agit ici du rapport des dettes et non pas de leur paiement, il est normal qu'il s'effectue en moins prenant. L'article 726 C.C. donne d'ailleurs la même règle à l'égard du rapport des sommes d'argent.

Les auteurs sont d'avis que le rapport ne peut se faire en nature, c'est-à-dire par le paiement effectif de la dette (146). Il semble d'ailleurs que l'on ne pourrait empêcher les créanciers personnels du rapportant de s'opposer à un tel paiement. Deux affaires anciennes ont, toutefois, imposé le rapport en nature (147).

**225**

Cet article est nouveau. La règle de l'évaluation de la dette au moment du partage vise à maintenir l'égalité entre les copartageants. Le moment de l'évaluation doit donc être le même que pour le rapport des libéralités. L'Avant-projet français propose la même solution (148).

## Section III

### Des effets du partage

#### § - 1 De l'effet déclaratif du partage

**226**

Le premier alinéa de cet article est nouveau; le deuxième alinéa reprend en substance l'article 746 C.C. Le principe de l'effet déclaratif du partage est ainsi maintenu.

Le troisième alinéa est nouveau. Il est une application de l'effet déclaratif qui rend, en principe, inefficaces les actes passés ou les droits consentis par un indivisaire sur le bien qui ne lui est pas attribué lors du

partage. Cette règle est conforme au droit actuel; il en est de même des exceptions prévues (le cas de gestion d'affaires et les actes passés du consentement de tous les indivisaires) (149). L'exception de l'article 218 touche le rapport en nature, du consentement des indivisaires, d'un bien affecté d'un droit réel par l'héritier rapportant. Cette exception existe déjà en droit actuel (150).

Le dernier alinéa est nouveau. Il écarte du domaine de l'effet déclaratif les rapports juridiques d'un indivisaire avec ses ayants droit et les rapports de ces derniers entre eux. Cette dérogation assure, notamment, la protection des droits du créancier hypothécaire, lorsque le bien grevé n'est pas attribué au constituant, en lui permettant d'être payé par préférence sur la part du prix que reçoit le constituant (151). Elle a aussi l'effet de permettre que la consistance de la communauté qui peut exister entre un indivisaire et son conjoint ne soit pas affectée, quels que soient les biens qui sont attribués à l'indivisaire.

L'article 747 C.C., qui qualifie de partage tout acte qui a l'effet de faire cesser l'indivision, est repris au Livre *Des biens* (152).

## 227

Cet article est de droit nouveau. Il pose une exception importante au principe de l'effet déclaratif, particulièrement lorsqu'il y a eu indivision prolongée (153).

## 228

Cet article est nouveau et consacre la solution proposée généralement pour résoudre les difficultés de concilier les articles 703, 750 et 1122 C.C. (154). Ainsi, les créances héréditaires qui n'ont pas été acquittées pendant l'indivision à chaque héritier pour sa part font partie du partage et sont soumises à son effet déclaratif.

Les dispositions de l'article 163 complètent le présent article.

## § - 2 De la garantie des copartageants

### 229

Cet article reprend en substance le premier alinéa de l'article 748 C.C. Le deuxième alinéa est nouveau et s'inspire d'une disposition analogue au chapitre *De la vente* (155).

### 230

Cet article reprend le dernier alinéa de l'article 750 C.C. Le premier alinéa de cet article qui formule la même règle n'est pas repris.

L'article 750 alinéa 2 C.C., prévoyant une règle spéciale de garantie en matière de rentes, est supprimé.

### 231

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 748 C.C.

### 232

Cet article reprend l'article 749 C.C. en y ajoutant une règle quant à la date où il faut évaluer la perte causée par l'éviction.

La règle de l'évaluation de la perte au moment du partage résulte de l'objet même de l'obligation de garantie qui est de veiller à conserver l'égalité que le partage a voulu établir entre les copartageants. Elle est conforme au droit actuel (156).

L'*Avant-projet de Code civil français* comporte la même règle à l'article 87.

### 233

Cet article est nouveau. Il ramène à trois ans le délai de prescription de l'action en garantie qui est de trente ans en droit actuel (157). Il s'agit du délai de prescription extinctive de droit commun qui est proposé pour tout droit ou recours personnels (158).

Le délai court, en principe, du moment de l'éviction, sauf s'il s'agit de l'insolvabilité d'un débiteur: le deuxième alinéa fait alors courir le délai du partage.

### 234

Les articles 2014 dernier alinéa et 2104 C.C. seraient supprimés par le présent article qui abolit le privilège des copartageants (159).

## Section IV

### De la nullité du partage

### 235

Cet article correspond au premier alinéa de l'article 751 C.C. Le mot «rescindés» est remplacé par «annulé» qui s'applique à toutes les causes de nullité, alors que la rescision vise surtout la lésion.

Le deuxième alinéa de l'article 751 C.C. n'est pas repris vu que le Livre *Des obligations* fait de la lésion une cause de nullité des contrats, même entre majeurs (160).

**236 et 237**

On reprend ici le dernier alinéa de l'article 751 C.C. qui donne de plus discrétion au tribunal de n'ordonner, quelle que soit la cause de l'action en nullité, qu'un partage supplémentaire.

**238**

Cet article reproduit l'article 752 C.C. sauf de légères modifications de rédaction. On propose la même règle à l'article 232 pour l'action en garantie.

**239**

Cet article reproduit l'article 753 C.C. en ajoutant qu'il est applicable à tous les cas d'action en nullité du partage. Cette précision est nécessaire pour contrer l'interprétation actuelle de l'article 753 C.C. qui en limite l'application au seul cas de lésion ( 161 ).





## TITRE TROISIEME

### DES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

#### CHAPITRE PREMIER

##### DES TESTAMENTS

###### Section I

###### Dispositions générales

###### 240

Cet article remplace l'article 831 C.C. Dans sa forme, le texte diffère de ce dernier article et s'inspire plutôt de l'article 902 de l'Avant-projet français. Il renvoie à la réserve héréditaire qui impose une restriction à la liberté de tester (162), lorsque le défunt laisse un conjoint qui se porte héritier.

La majorité donne, en principe, la capacité de tester. Le testament d'un majeur peut néanmoins être mis de côté s'il est prouvé que le testateur n'était pas sain d'esprit au temps de la signature. Il s'agit là d'une question de fait (163).

###### 241

Cet article est nouveau; il donne explicitement effet à la clause d'un testament nommant un exécuteur, lorsque toutes les autres dispositions du testament sont privées d'effet, ou lorsque le testament ne contient pas d'autre clause.

Cet article ainsi que l'article précédent ne font aucune mention des dispositions qui pourraient être contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Cependant, l'article 300 déclare ces conditions non écrites.

###### 242

Les deux premiers alinéas de cet article remplacent l'article 756 C.C. On omet la définition du testament qui se trouve comprise dans l'article précédent, pour n'énoncer que le principe de la révocabilité.

Le troisième alinéa reprend la première partie de l'article 898 C.C. (164).

**243**

Cet article reproduit la dernière partie de l'article 898 C.C.

**244**

Cet article reproduit le texte de l'article 899 C.C. L'exhérédation ne peut, toutefois, affecter les droits de l'héritier réservataire (165).

**245**

Cet article enlève tout effet à la clause dite «de viduité» par laquelle un testateur entend priver son conjoint de tous droits dans sa succession s'il se remarie. Cet article est de droit nouveau (166). Il vaut pour les droits successoraux testamentaires ou *ab intestat*.

La présente disposition n'invalide pas les conditions de viduité qui sont énoncées dans des lois particulières (167).

**246**

Cet article modifie l'article 835 C.C. quant à la forme seulement.

**247**

Cet article remplace l'article 834 alinéas 2 et 3 C.C. Il fait la corrélation avec l'article 180 et suivants du livre *Des personnes*.

**248**

Cet article énonce une règle nouvelle qui modifie l'article 833 C.C. Cette règle suit le principe posé au Livre *Des personnes* que le mineur est capable de contracter (168).

**249**

Cet article reprend, sous une forme différente, la disposition de l'article 841 C.C.

**250**

Cet article reprend en substance l'article 834 alinéa 1 C.C.

**251**

Cet article reprend l'article 837 C.C. en omettant l'énumération des personnes incapables de tester.

**252**

Cet article reprend le texte de l'article 836 C.C. en remplaçant, toutefois, le mot «corporations» par «personnes morales».

**253**

Cet article simplifie et clarifie l'article 838 C.C. Il pose la règle que le légataire doit exister et être capable de recevoir au moment du décès. Cette règle souffre deux exceptions: celle de la substitution où l'appelé ne doit exister qu'au moment de l'ouverture de la substitution ou de son droit si la substitution est à deux degrés, et celle de la fiducie où seul le premier bénéficiaire du revenu doit exister au moment de la constitution de la fiducie. Les qualités requises pour succéder sont celles du chapitre II du titre premier.

Cet article comporte une modification du droit actuel à l'égard du legs soumis à une condition suspensive. Le légataire sous condition suspensive devrait, désormais, exister et être capable au moment du décès (169).

Quant au legs à des enfants à naître qui est interprété comme comportant une substitution implicite, il reste possible à l'intérieur des règles de celle-ci (170).

L'article 839 C.C., abolissant les présomptions de suggestion qui existaient dans l'Ancien droit à l'égard des relations entre le légataire et le testateur, n'est pas repris.

**254**

Cet article est de droit nouveau. Il inverse la règle de l'article 937 C.C. qui édicte qu'il n'y a pas représentation dans les legs, sauf si le testateur l'a voulue explicitement ou implicitement. La représentation ne jouerait cependant qu'en faveur des personnes qui auraient droit d'en profiter s'il y avait dévolution *ab intestat*. Ce sont les descendants du testateur et les collatéraux privilégiés (171).

La règle quant à la représentation dans les testaments complète les définitions nouvelles des mots «enfants» et «petits-enfants», qui remplaceraient l'article 980 C.C. (172).

La représentation peut opérer à l'égard d'un légataire universel, à titre universel ou à titre particulier.

## Section II

### Des formes du testament

#### 255

Cet article énumère, comme à l'article 842 C.C., les formes reconnues de testament. Le testament désigné en droit actuel comme le testament sous la forme dérivée de la loi d'Angleterre prend le nom de testament devant témoins et sa réglementation est modifiée.

Les deux formes actuelles de testaments privilégiés sont omises. La première forme qui était prévue pour le district de Gaspé est abolie depuis le 1er mai 1955 (173). L'article 848 C.C. serait donc supprimé.

La seconde est celle de l'article 849 C.C. qui prévoit une règle particulière en faveur des militaires en service actif et des marins en voyage. Au moment de la rédaction du Code, le droit anglais n'imposait aucune formalité pour le testament du militaire ou du marin disposant de biens meubles; le testament immobilier était soumis aux règles ordinaires. Cette exception à l'égard des immeubles fut toutefois supprimée en Angleterre en 1918 (174). Également, au moment de la rédaction du Code, certaines formalités étaient exigées lorsqu'un militaire ou un marin disposait par testament de ses gages, primes, prises maritimes et autres montants payables par l'amirauté. Ces restrictions furent abolies en 1953 (175).

L'article 849 C.C., qui est jugé superflu vu le peu d'exigences des testaments olographes ou devant témoins, serait donc abrogé.

#### 256

Cet article reproduit en substance l'article 855 C.C. Il maintient le principe que l'on ne peut déroger aux règles de forme que la loi déclare obligatoires.

### § - 1 Du testament authentique

#### 257

Cet article, tiré des articles 843 et 844 alinéa 1 C.C., a été proposé par la Chambre des notaires (176).

La principale modification apportée aux dispositions actuelles touche la lecture du testament qui n'a plus à être faite devant le témoin. Cette formalité est remplacée par une déclaration du testateur à l'effet que le

testament contient ses volontés, qu'il lui a été lu, ainsi que le prévoit le quatrième alinéa de l'article.

Il découle également de cet article qu'un seul témoin est requis pour attester le testament authentique, même si ce témoin n'est pas notaire. Deux témoins restent cependant requis lorsque le testament doit être entouré de formalités exceptionnelles (177).

## 258

Cet article est nouveau et remplace la mention expresse de l'accomplissement des formalités que prévoit l'article 843 C.C. *in fine*. On présumera donc de l'accomplissement des formalités, sauf pour les formalités exceptionnelles dans les cas prévus à l'article 265 qui font l'objet d'une mention expresse.

Cet article suit les recommandations faites par la Chambre des notaires (178).

## 259, 260 et 261

Ces articles reprennent en substance l'article 844 C.C., sauf le dernier alinéa qui est omis. Il est en effet inutile de préciser que le testament authentique doit porter mention de la date et du lieu, puisqu'il doit être notarié et en minute (179).

## 262

Cet article reprend en substance l'article 845 C.C.

## 263

Cet article est nouveau. Il est admis en droit actuel que le notaire instrumentant puisse être nommé exécuteur testamentaire pourvu qu'il ne soit pas gratifié, ni rémunéré pour cette charge (180).

## 264

Cet article est de droit nouveau; il est inspiré de l'article 913 de l'Avant-projet français.

L'article est conforme au droit actuel en ce qu'il reconnaît comme essentiel à la validité du testament authentique que le notaire comprenne la langue du testateur (181). Un mécanisme est prévu pour permettre le testament authentique lorsque le notaire connaît la langue étrangère utilisée par le testateur. Le caractère authentique du testament ne s'étend pas à la traduction qu'en fait le notaire. On peut donc prouver à l'encontre de la traduction, selon les règles ordinaires de la preuve et, notamment, par l'expertise.

**265**

Le premier alinéa de cet article énumère, comme à l'article 847 C.C., les cas où la réception du testament notarié est soumise à des formalités exceptionnelles, en y ajoutant celui du testateur incapable de signer.

Le deuxième alinéa reprend l'article 847 alinéa 5 C.C. L'exigence de la mention expresse de l'accomplissement des formalités exceptionnelles est maintenue.

**266**

Cet article remplace l'article 847 C.C., sauf le premier alinéa qui est repris à l'article suivant, et une partie de l'article 843 C.C.

Les formalités exceptionnelles consistent en la présence de deux témoins et la lecture du testament faite par le notaire ou le testateur en présence des témoins. Les autres formalités ordinaires restent requises.

Le dernier alinéa tiré de l'article 843 C.C. concerne la déclaration du testateur incapable de signer qui doit être faite en présence des témoins (182). Il s'ensuit que si ce testateur est muet, il ne peut tester sous forme authentique. Il en va de même du testateur sourd et aveugle, qu'il soit ou non capable de signer.

L'article reprend le texte soumis par la Chambre des notaires (183).

**267**

Cet article reprend le premier alinéa de l'article 847 C.C., en adoptant une formulation positive.

**§ - 2 Du testament olographe****268**

Cet article reprend l'essentiel de l'article 850 C.C. dont le deuxième alinéa est, toutefois, jugé inutile et donc omis.

**269**

Cet article est nouveau et veut contrer une certaine jurisprudence qui a reconnu la validité du testament olographe dactylographié (184).

L'article 854 C.C. n'est pas repris. Les questions qu'il pose relèvent de la preuve et de l'appréciation du tribunal et sont soumises au droit commun. Même l'exigence de la signature à la fin du testament a été interprétée libéralement (185).

### § - 3 Du testament devant témoins

#### 270

Cet article remplace l'article 851 alinéa 1 C.C. La dénomination de testament devant témoins remplace celle de testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre. La forme du testament décrit au présent article diffère suffisamment du testament utilisé en Angleterre pour justifier ce changement de nom.

Le formalisme actuel de ce testament est réduit en ce que la mention expresse de la réquisition des témoins par le testateur, ainsi que celle de l'attestation formelle des témoins, ne sont plus exigées, la jurisprudence ayant d'ailleurs décidé que cela pouvait se déduire des faits (186).

Cet article reconnaît explicitement l'admissibilité de l'écriture par procédé mécanique. Le testament peut être écrit par un tiers, mais on ne permet plus que la signature du testateur soit apposée par un tiers. Il paraît en effet abusif d'autoriser un tiers à signer, lorsqu'il suffit que le testateur pose sa marque. On a estimé, par ailleurs, que le testateur qui ne peut même faire sa marque a intérêt à recourir au testament authentique qui seul offre les garanties suffisantes du respect de ses volontés.

Le quatrième alinéa est nouveau; il pose une exigence qui paraît nécessaire vu la facilité avec laquelle un tiers pourrait remplacer des parties d'un testament écrit par un tiers ou dactylographié, lorsque le testament comporte plusieurs pages.

#### 271

Cet article reprend l'article 851 alinéa 2 C.C. sous une formulation nouvelle. Il renvoie aux articles 259, 260 et 261.

#### 272

Cet article est contraire à l'article 852 C.C. qui permet à toute personne, lettrée ou non, de faire un testament sous forme dérivée de la loi d'Angleterre, pourvu qu'elle puisse manifester devant témoins son intention de tester et reconnaître sa marque ou sa signature (187). On a estimé que seul le testament authentique offre des garanties suffisantes lorsque le testateur est illettré.

Cet article est emprunté à l'Avant-projet français (188).

#### 273

Cet article est également plus restrictif que l'article 852 C.C. qui permet au muet de tester sous forme dérivée de la loi d'Angleterre, pourvu qu'il soit capable de manifester sa volonté de quelque manière que ce soit

sans être restreint à une manifestation par mention écrite de sa main. Cette mention écrite remplace la déclaration verbale de l'article 270.

## Section III

### De la vérification du testament

#### 274

Cet article reprend l'article 857 C.C. L'article 856 C.C. est omis, puisque les dispositions qu'il énonce se trouvent au Livre *De la preuve* (189).

L'article 341 oblige l'exécuteur testamentaire à faire vérifier le testament.

#### 275

Cet article reprend l'article 858 C.C., sauf des modifications de forme. La vérification se fait conformément aux dispositions des articles 896 et suivants du Code de procédure civile.

#### 276

Cet article reprend l'article 861 C.C., en en modifiant toutefois la rédaction.

L'article 862 C.C. n'est pas reproduit. Il contient une règle de procédure qui est énoncée à l'article 293 du Code de procédure civile.

## Section IV

### De la révocation du testament

#### 277 et 278

Ces articles sont nouveaux, bien que conformes au droit actuel.

#### 279

Le premier alinéa de cet article remplace, en partie, l'article 892 paragraphe 1 C.C. Il modifie le droit actuel en ne reprenant pas le paragraphe 2 de cet article, exigeant ainsi que la révocation expresse soit faite dans un acte qui revête la forme d'un testament. Il n'y aurait donc plus conflit entre la présente disposition et celle de l'article 283 qui prive de tout effet la révocation contenue dans un testament nul par défaut de forme (190).



La formulation retenue au deuxième alinéa, qui reconnaît que la clause révocatoire générale vaut comme révocation expresse, a pour but d'empêcher que l'interprétation contraire donnée par la Cour suprême du Canada dans un cas d'espèce ne soit généralisée (191).

**280**

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel (192).

**281**

Cet article et le suivant énumèrent des cas de révocation tacite. L'article reprend la substance de l'article 892 paragraphe 3 C.C., en y ajoutant le cas de révocation tacite auquel cette disposition renvoie et qui se trouve à l'article 860 alinéa 3 C.C. On ajoute au cas fortuit le fait d'un tiers qui vaut révocation dans les mêmes circonstances (193).

**282**

Cet article reprend, dans une formulation différente, les articles 892 paragraphe 1, 894 et 895 alinéa 1 C.C. Le présent texte est tiré de l'Avant-projet français (194).

La fin du deuxième alinéa de l'article parle de la caducité de la disposition nouvelle plutôt que d'incapacité du légataire ou de son refus de recueillir, comme à l'article 895 alinéa 1 C.C. Cette énumération n'est pas considérée comme étant limitative et s'étend à tous les cas de caducité (195). On traite de la caducité à l'article 293 et suivants.

**283**

Cet article reprend le deuxième alinéa de l'article 895 C.C. dans une disposition distincte, vu qu'il pose une règle générale applicable à la révocation expresse ou tacite.

**284**

Cet article reprend l'essentiel des articles 892 paragraphe 4 et 897 C.C. dont il propose un texte différent, mais conforme au droit actuel. Ainsi, la mention de la condition résolutoire est conforme à la doctrine (196).

**285**

Cet article ne modifie que la forme de l'article 896 C.C.

## CHAPITRE II

### DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

#### Section I

##### Des diverses espèces de legs

**286**

Cet article reproduit le texte de l'article 863 C.C.

**287**

Cet article donne une définition du legs universel qui est plus exacte que celle de l'article 873 alinéa 1 C.C. En effet, le légataire universel n'est pas celui qui reçoit toute la succession, mais qui a vocation pour la recueillir (197). Son émolument peut en réalité être considérablement diminué selon l'importance des legs particuliers.

Le legs de la nue-propriété de toute la succession est considéré legs universel parce qu'il peut donner droit à toute la succession (198).

**288**

Cet article modifie la définition du legs à titre universel donnée à l'article 873 alinéa 2 C.C.

Il veut trancher la question controversée de la nature du legs d'usufruit. Ce legs n'est jamais universel (199). Il est à titre universel s'il porte sur tous les biens de la succession, sur une quote-part de ces biens ou sur une des universalités qui constituent des legs à titre universel. Tout autre legs d'usufruit est à titre particulier.

Cet article règle aussi la difficulté que pose le texte actuel quant à savoir si l'énumération des universalités qu'il contient est faite à titre d'exemple ou si elle est limitative. Seuls les legs des deux universalités mentionnées sont à titre universel.

Cet article modifie encore l'article 873 alinéa 2 C.C. quant au legs de l'ensemble des propres. Ce legs ne peut être à titre universel, le Code civil ne reconnaissant comme division des biens que celle qui est faite des meubles et des immeubles (200).

**289**

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 873 C.C.

**290**

Cet article reproduit le dernier alinéa de l'article 873 C.C.

**291**

Cet article reproduit le texte de l'article 864 C.C., sauf quelques légères modifications de forme. L'article 241 reconnaît la validité de la nomination d'un exécuteur testamentaire dans un testament qui ne fait aucun legs; l'exécuteur peut donc agir à l'égard de toute la succession, même s'il y a dévolution *ab intestat* pour le tout ou pour partie.

**292**

Cet article reprend les dispositions de l'article 840 C.C. en en modifiant la rédaction.

## Section II

### **De la caducité, de la résolution et de la nullité des legs**

**293**

Cet article modifie le texte de l'article 900 C.C. et y ajoute l'exception de la représentation (201).

**294**

Cet article est tiré des articles 901 et 904 C.C. Il est conforme aux dispositions actuelles.

**295**

Cet article reprend l'article 903 C.C. en l'élargissant pour comprendre le cas de perte après le décès, mais avant l'arrivée de la condition suspensive. Cette extension de la disposition actuelle est conforme à la doctrine (202).

Le deuxième alinéa ne vise pas un cas de caducité, le légataire étant propriétaire de son legs lorsque survient la perte. On applique alors les règles normales de responsabilité.

**296**

Cet article reprend l'article 865 C.C., sauf de légères modifications de forme.

**297, 298 et 299**

Ces articles remplacent l'article 868 C.C. qu'ils modifient à certains égards.

L'article 297 est semblable à celui de l'article 868 C.C., sauf qu'il précise que les règles de l'accroissement, qui sont simplement des règles d'interprétation de la volonté du testateur, ne visent que les legs particuliers (203). En effet, en matière de legs universel, s'il y a plusieurs légataires, chacun a toujours droit de recevoir toute la succession; il en va pareillement à l'égard des légataires à titre universel qui ont chacun vocation à recevoir toute l'universalité ou la quote-part qui leur est léguée (204). L'accroissement résulte alors de la nature de ces legs.

L'article 298 correspond au deuxième alinéa de l'article 868 C.C. dont il ne modifie que la rédaction.

L'article 299 modifie le quatrième alinéa de l'article 868 C.C. en omettant de mentionner que l'accroissement n'a alors lieu que si la chose est indivisible. La règle actuelle s'écarte de l'Ancien droit pour lequel le legs de la même chose à plusieurs personnes dans des dispositions distinctes représentait la conjonction la plus forte et donnait lieu à l'accroissement, que la chose soit ou non divisible (205).

**300**

Cet article est tiré de l'article 760 C.C. et est conforme au droit actuel (206).

L'article 869 C.C. est supprimé. Des dispositions permettant la constitution d'une fiducie pour une fin d'intérêt public sont prévues au chapitre *De la fiducie* (207). Quant au legs avec charge de bienfaisance ou à l'obligation imposée à l'exécuteur de faire certaines donations charitables dont traite aussi l'article 869 C.C., on applique les règles ordinaires du legs avec charge ou de l'exécution testamentaire, sous réserve du présent article.

**301**

Cet article est nouveau; il s'inspire de l'article 955 de l'Avant-projet français.

La présente disposition considère comme non écrite la clause par laquelle un testateur soumet l'exécution d'un legs à la non-contestation du testament par le légataire. Le droit actuel valide la clause pénale lorsqu'elle a pour but, dans l'intention du testateur, d'empêcher des poursuites inutiles ou vexatoires. Il l'annule lorsque le testateur a voulu ainsi assurer

l'exécution d'un testament qu'il savait nul. La nullité du testament entraîne alors celle de la clause pénale (208).

### 302

Cet article remplace l'article 846 C.C. et modifie la règle actuelle à l'égard des témoins. Le legs fait au conjoint d'un témoin ou à ses proches parents n'est plus déclaré nul.

Le deuxième alinéa de l'article est nouveau. Il ajoute au droit actuel la précision que la règle du premier alinéa vaut à l'égard de tous les témoins, même s'ils ne sont pas tous requis pour la validité du testament. Cette question est controversée en droit actuel (209).

Le troisième alinéa correspond au deuxième alinéa de l'article 846 C.C. auquel on ajoute, toutefois, la mention du fiduciaire; la corrélation est aussi faite avec l'article 339 qui fait de l'exécution une charge onéreuse.

Le premier alinéa de l'article précise que la nullité du legs n'affecte pas la validité du testament lui-même. Cette règle est conforme au droit actuel (210).

### 303

Cet article reproduit la règle de l'article 853 alinéa 1 C.C. La règle plus souple que la présence du notaire permet de poser dans le cas du testament authentique n'est pas applicable au testament devant témoins.

### 304

Cet article ne modifie que la rédaction de l'article 902 C.C. (211). L'article 131 du Livre *Des obligations* définit le terme. L'article 149 du même Livre ajoute que le terme qui ne peut arriver ou qui n'est pas fixé équivaut à une condition suspensive.

### 305

Cet article remplace l'article 893 paragraphe 2 C.C.

### 306

Cet article remplace l'article 893 paragraphe 1 C.C. Il renvoie aux règles générales sur l'indignité successorale qui font partie des dispositions communes applicables à toute succession. L'article 7 comprend les causes de résolution des legs pour ingratitude de l'article 893 paragraphe 1 C.C. (212). L'indignité entraîne résolution du legs plutôt que révocation puisqu'elle doit être prononcée.

Il n'est pas nécessaire de reprendre les alinéas troisième et quatrième de l'article 893 C.C. supprimant les présomptions de révocation qui

faisaient objet de controverse dans l'Ancien droit au cas de survenance d'enfants ou d'inimitié entre le testateur et le légataire.

**307**

Cet article reprend l'essentiel de l'article 881 C.C. en en simplifiant considérablement le texte.

## CHAPITRE III

### DE L'EFFET DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

#### Section I

##### Dispositions générales

**308**

Cet article remplace les articles 866, 867 et 874 C.C. Il est conforme au droit actuel (213).

**309**

Cet article reprend une partie de l'article 891 C.C. Il est conforme au droit actuel quant au legs d'une chose certaine et déterminée (214).

**310**

Cet article remplace l'article 871 C.C. Il modifie le droit actuel où cette règle ne s'applique qu'au legs d'une chose certaine et déterminée, les intérêts ne courant quant au legs d'une chose de genre que de la mise en demeure (215).

**311**

Cet article remplace l'article 888 C.C. dont il reproduit essentiellement la règle.

**312**

Cet article est nouveau et est emprunté à l'Avant-projet français (216).

**313**

Cet article est nouveau et est emprunté à l'Avant-projet français (217).

**314**

Cet article remplace les articles 882 et 883 C.C.

Il ne pose qu'une règle d'interprétation de la volonté du testateur. Il faut se placer au moment du décès pour établir s'il y a indivision et pour évaluer la part du défunt dans la chose léguée. La règle quant à l'aliénation par le testateur de la chose léguée est énoncée à l'article 284.

## Section II

### Du paiement des dettes et des legs

**315**

Cet article reproduit l'article 875 C.C. Les règles concernant le paiement des dettes sont exposées aux articles 169 et suivants.

**316**

Cet article reprend l'article 876 C.C. avec quelques modifications de concordance. Ainsi, le renvoi aux hypothèques qui peuvent être mobilières et immobilières (218). Quant à la répartition des dettes entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, il faut faire renvoi au Livre *Des biens* qui conserve les solutions du droit actuel (219).

Cet article tient aussi compte du fait que le legs de l'usufruitier n'est jamais un legs universel (220).

**317**

Cet article n'apporte que des modifications de forme à l'article 877 C.C.

**318**

Cet article reprend l'article 880 C.C. en omettant le premier alinéa et en modifiant le quatrième.

La disposition du premier alinéa de l'article 880 C.C. se trouve à l'article 174 qui énonce que les legs particuliers ne sont payés que sur l'actif net de la succession.

**319**

Cet article modifie l'article 884 C.C. quant à la forme seulement.

**320**

Cet article reprend l'article 885 C.C., sauf la mention des biens de l'héritier tenu au paiement puisque l'article 174 énonce que les legs particuliers ne sont payables que sur l'actif net de la succession.

**321**

Cet article remplace les articles 879 et 886 C.C. Il maintient le droit actuel, sauf à l'égard de la séparation des patrimoines qui, selon l'article 181, a lieu de plein droit et en faveur des créanciers personnels de l'héritier comme de ceux de la succession. L'article 172 fixe l'étendue de l'obligation de l'héritier à l'égard des créanciers de la succession. L'article 174 fixe l'étendue de son obligation à l'égard du légataire particulier.

**322**

Cet article reprend le premier alinéa de l'article 887 C.C. en en modifiant la rédaction. Les règles relatives à la séparation des patrimoines sont énoncées aux articles 181, 182 et 183.

Le deuxième alinéa de l'article 887 C.C. est supprimé vu la règle nouvelle posée à l'article 174 qui limite la responsabilité de l'héritier à l'égard des légataires particuliers à l'actif net de la succession. L'article précédent oblige d'ailleurs le créancier à discuter l'héritier tenu personnellement avant de faire opérer la réduction des legs particuliers.

**323, 324, 325 et 326**

Ces articles reprennent en substance les articles 889 et 741 C.C. Toutefois, l'article 323, qui remplace l'article 889 alinéa 1 C.C., est rédigé de façon différente pour tenir compte de l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence (221).

**327**

Cet article modifie l'article 890 C.C. quant à la forme seulement. La mention du legs au domestique est inutile, puisqu'il a la qualité de créancier.



## CHAPITRE IV

### DE L'EXECUTION TESTAMENTAIRE

#### Section I

##### De la nomination de l'exécuteur

###### 328

Cet article remplace les articles 905, 923 et 924 alinéa 1 C.C. Le dernier alinéa de l'article 905 C.C. est, pour sa part, remplacé par l'article 330.

La présente disposition est dans l'ensemble conforme au droit actuel. La nomination de l'exécuteur est, en principe, faite par le testateur. Celui-ci peut cependant charger le tribunal ou le juge de la nomination; il s'agit ici d'une légère modification du droit actuel, les articles 905 alinéa 4 et 924 alinéa 2 C.C. étant plus restrictifs. Le testateur ne peut en charger un tiers si ce n'est l'exécuteur qu'il a lui-même choisi.

Les deuxième et troisième alinéas de l'article 905 C.C. sont considérés superflus et donc omis. Le texte de l'article 328 s'inspire, en partie, de l'article 971 de l'Avant-projet français.

###### 329

Cet article remplace l'article 924 alinéa 2 C.C. Il est plus large que la disposition actuelle où il est nécessaire que le testateur ait manifesté l'intention que l'exécution se fasse par une autre personne que l'héritier. L'article présume de cette intention dès que le testament prévoit la nomination d'un exécuteur.

La procédure par requête est conforme au droit actuel (222).

###### 330

Cet article reprend l'article 905 dernier alinéa C.C., sauf des modifications de forme et le renvoi à l'article qui suit.

###### 331

Le premier alinéa de cet article remplace l'article 924 alinéa 3 C.C. dont il élargit le champ d'application. La nomination peut, en effet, avoir lieu dès qu'il n'y a pas d'exécuteur pourvu que, selon l'article 155, la requête établisse que la nomination est dans l'intérêt de la succession. Les dispositions du chapitre V du titre deuxième sur l'administration des

successions (articles 155 et suivants) s'appliquent alors à l'administrateur choisi.

Le deuxième alinéa est nouveau et comble une lacune du droit actuel. Dans ce cas, l'administrateur n'est saisi que des biens situés au Québec. Il n'importe pas que la succession qui s'est ouverte hors du Québec soit pourvue ou non d'un exécuteur.

## Section II

### De la capacité et de l'acceptation de l'exécuteur

#### 332

Cet article reprend l'article 907 alinéa 1 C.C.; le deuxième alinéa est supprimé vu l'élimination des procédures actuelles d'émancipation (223). Il reprend également en substance l'article 909 C.C.

#### 333

Cet article remplace l'article 908 C.C. dont il retient, toutefois, la règle générale (224). L'incapacité de principe des personnes morales d'agir comme exécuteurs testamentaires est énoncée au titre *De la personne morale* (225).

#### 334 et 335

Ces articles reprennent l'article 910 alinéa 1 C.C., en y ajoutant que l'acceptation peut être expresse ou tacite. Cette mention est, toutefois, conforme au droit actuel puisque l'article 910 alinéa 4 C.C. prévoit un cas d'acceptation présumée. Cette dernière disposition n'est, toutefois, pas reprise.

#### 336

Le renvoi aux dispositions sur l'administration du bien d'autrui permet de supprimer les articles 911, 917 et 920 C.C. (226). Ces dispositions énoncent les causes qui mettent fin à l'administration.

L'article 911 C.C. se trouve modifié par le titre *De l'administration du bien d'autrui* qui permet à l'administrateur de renoncer à sa charge pour motif raisonnable sans devoir obtenir l'autorisation du tribunal. Les articles 917 et 920 C.C. y sont par ailleurs repris en substance.

#### 337

Cet article reprend l'article 912 C.C., sauf quelques modifications de forme. Il s'agit d'une disposition supplétive.

**338**

Cet article remplace le cinquième alinéa de l'article 910 C.C. Il modifie le droit actuel en permettant au tribunal d'imposer l'obligation de fournir une sûreté.

Le deuxième alinéa est nouveau en ce qu'il ajoute un cas où l'exécuteur est admis à renoncer à sa charge (a. 911 C.C.).

**339**

Cet article remplace le deuxième alinéa de l'article 910 C.C. Il modifie le droit actuel selon lequel la charge d'exécuteur est en principe gratuite. Ce principe ne concorde plus avec la réalité et la modification apportée donne suite à de nombreuses recommandations qui ont été faites en vue de sa modification.

L'article distingue, en outre, entre l'exécuteur professionnel et les autres quant au mode de fixation de la rémunération puisqu'il n'est possible de parler d'usage que dans le cas du premier.

**340**

Cet article reprend l'article 910 alinéa 3 C.C. avec des modifications de forme.

## Section III

### Des obligations de l'exécuteur

**341**

Cet article est en substance conforme au droit actuel bien que sa rédaction diffère de celle de l'article 919 C.C. Il est complété par les articles qui suivent.

Le dernier alinéa de l'article renvoie aux dispositions du chapitre II du titre *De l'administration du bien d'autrui*, traitant des droits et obligations de l'administrateur. Ces dispositions s'appliquent à l'exécuteur, sauf incompatibilité.

L'article 922 C.C. n'est pas repris puisque les articles 126, 171 et suivants du Livre *Des personnes* prévoient la tutelle testamentaire.

**342**

Cet article reprend une disposition qui se trouve aux articles 913 alinéa 2, 915 et 919 alinéa 1 C.C. Le fait que l'inventaire ne soit pas terminé n'affecte pas les autres obligations de l'exécuteur dans l'intervalle,

dans les limites des actes conservatoires et de ceux qui demandent célérité (227). La règle de la majorité, qui est introduite dans l'exécution testamentaire lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs (228), serait alors mise de côté.

### **343 et 344**

Ces articles remplacent l'article 916 C.C. Ils modifient le droit actuel selon lequel l'exécuteur n'a pas à faire inventaire lorsque le testateur ou l'héritier l'en dispense.

Ils prescrivent de plus que l'inventaire doit être fait conformément aux règles applicables au bénéfice d'inventaire. Ces règles sont énoncées à l'article 120 et aux articles 913 et suivants du Code de procédure civile. On fait, toutefois, exception à la disposition qui exige que l'inventaire soit en forme authentique (229).

### **345**

Cet article est nouveau. Il énonce une disposition semblable à celle de l'article 161, quant à l'administrateur nommé par le tribunal. Alors que l'article 343 ne visait que la forme de l'inventaire, le présent article couvre les autres obligations de l'héritier bénéficiaire (230).

## **Section IV**

### **Des pouvoirs de l'exécuteur**

#### **346**

Le premier alinéa de cet article remplace l'article 918 alinéa 1 C.C. Il modifie le droit actuel en donnant à l'exécuteur la saisine sur tous les biens de la succession et non pas sur les seuls meubles, règle à laquelle les testateurs dérogent presque toujours. La saisine légale donne donc à l'exécuteur le droit de se mettre en possession et de revendiquer contre les héritiers tous les biens de la succession (231).

Cette disposition élargit aussi les pouvoirs découlant de la saisine de l'exécuteur. Alors que l'article 918 C.C. le qualifie de dépositaire légal, l'article 919 alinéas 5 et 6 ne lui permet d'acquitter les dettes que du consentement de l'héritier ou avec l'autorisation du tribunal. Il en va ainsi de l'aliénation du mobilier en cas d'insuffisance des deniers pour acquitter le passif de la succession.

La simple administration confère à l'exécuteur le pouvoir de faire seul ces actes. Elle permet aussi de faire des placements et elle oblige l'administrateur à percevoir les fruits des biens qu'il administre (232). On

résout ainsi la difficulté qui existe en droit actuel de décider si l'exécuteur peut percevoir les fruits échus après l'ouverture de la succession puisqu'ils n'en font pas techniquement partie (233).

Puisque l'exécuteur a la saisine de tous les biens, les actes d'aliénation qu'il peut faire s'étendent aux immeubles comme aux meubles. Le simple administrateur peut disposer à titre onéreux, outre le cas d'insuffisance de fonds pour payer les créances, lorsque le bien est de nature périssable ou lorsque la conservation de sa valeur ou son maintien en bon état le requiert (234).

### 347

Cet article remplace l'article 913 C.C. sauf le deuxième alinéa qui est repris à l'article 342. Il assujettit l'exécuteur aux règles du titre *De l'administration du bien d'autrui*. Comme administrateur, l'exécuteur doit agir avec la prudence et la diligence de la personne raisonnable ou de l'administrateur professionnel, selon le cas. Plusieurs exécuteurs chargés d'agir ensemble ont une responsabilité solidaire. Ce principe s'applique de façon générale à toutes leurs obligations. On élimine ainsi la distinction que semblent faire les quatrième et cinquième alinéas de l'article 913 C.C. et qui est source de difficulté (235). Le titre *De l'administration du bien d'autrui* introduit la règle de la majorité lorsqu'il y a pluralité d'administrateurs. L'article 913 alinéa 1 C.C. se trouve ainsi modifié.

### 348

Cet article est tiré de l'article 919 alinéa 1 C.C. Il limite les pouvoirs de l'exécuteur avant l'inventaire à ceux de la garde du bien d'autrui, c'est-à-dire les actes nécessaires à la conservation des biens. Elle n'autorise pas les autres actes qui demandent célérité comme le fait l'article 919 alinéa 1 C.C. (236). Ces actes sont donc mentionnés expressément au présent article.

### 349

Cet article modifie l'article 918 alinéas 2 et 4 C.C. D'une part, il étend à deux ans la durée légale de la saisine, en précisant qu'elle prend fin plus tôt, lorsque l'exécution est terminée avant l'expiration du délai. D'autre part, il ne permet plus la stipulation d'un délai plus long, les héritiers ou le tribunal pouvant néanmoins prolonger la saisine au delà des deux ans. Cette dernière innovation a pour but d'empêcher que l'exécuteur n'abuse de ses fonctions en prolongeant indûment l'exécution, tenant compte de la proposition que la charge soit en principe rétribuée (237).

**350**

Cet article remplace l'article 921 C.C., en le modifiant de façon à assurer la concordance avec les changements apportés au droit actuel par les articles précédents quant à l'étendue et à la durée de la saisine et à l'obligation de faire inventaire. La liberté du testateur est, par ailleurs, limitée expressément aux stipulations permises par la loi (238).

**351**

Cet article est de droit nouveau. Il s'inspire de l'article 978 de l'Avant-projet français et de l'article 1027 du Code civil français pour ce qui est de mettre fin à l'exécution du testament.

La requête pour modifier la saisine pourra être faite par l'exécuteur dont l'administration pourrait être gênée par les restrictions imposées par le testateur. Cette disposition nouvelle s'inspire du Code civil allemand (239).

**352**

Cet article reprend les dispositions des articles 914 et 919 alinéas 5 et 7 C.C., en donnant, toutefois, une rédaction différente.

Le troisième alinéa applique aux successions testamentaires la règle d'équité énoncée en succession *ab intestat*.

**353**

Cet article propose, comme règles supplétives quant au partage, celles des successions *ab intestat* (240). Il est conforme au droit actuel qui reconnaît l'application générale des règles de l'indivision et du partage qui se trouvent au titre *Des successions ab intestat* (241). Il impose, toutefois, une obligation nouvelle à l'exécuteur qui doit prendre en considération les vœux des héritiers, lorsque le testateur n'a pas indiqué la façon de faire le partage.

## CHAPITRE V

### DES SUBSTITUTIONS

#### Section I

##### Dispositions générales

###### 354

Cet article remplace l'article 925 C.C. Il ne définit que la substitution proprement dite, c'est-à-dire la substitution fidéicommissaire. La définition en retient les éléments essentiels, soit un acte à titre gratuit comportant deux libéralités successives et le trait de temps (242).

La distinction traditionnelle entre la substitution vulgaire et la substitution fidéicommissaire n'est pas reprise. La substitution vulgaire n'est pas une véritable substitution, mais une institution en sous-ordre. Deux éléments essentiels font défaut: l'ordre successif et le trait de temps. De plus, l'intérêt de la distinction n'existe plus. Les articles 926 et 933 dernier alinéa C.C. énoncent que la substitution vulgaire est toujours présumée comprise dans la fidéicommissaire, s'il s'agit d'un legs. En donation, il faut la stipuler explicitement. Or, dans le cas d'un legs, si le grevé ne peut recueillir, c'est qu'il y a caducité et l'article 367 précise que la caducité à l'égard du grevé profite à l'appelé. Dans une donation, il ne peut être question de caducité à l'égard du donataire grevé, puisqu'il est essentiel qu'il soit partie au contrat (243).

Les mots «donataire» ou «légataire» paraissent suffisants pour établir que l'on peut substituer par donation dans un contrat ordinaire ou un contrat de mariage et par testament. L'article 934 C.C. est donc supprimé.

Les mots «à une époque antérieure» annoncent que l'on propose que l'ouverture ne puisse être fixée à une date postérieure à celle du décès du grevé (244).

L'article remplace les mots «chargé de rendre» de l'article 925 alinéa 3 C.C. par les mots «a l'obligation de rendre». Cette dernière expression paraît mieux décrire la situation nouvelle dans laquelle on place le grevé et l'appelé, considérant principalement les pouvoirs d'aliénation qui sont reconnus au grevé.

###### 355

Cet article reprend la première partie de l'article 931 C.C. La suite de cet article qui oblige le grevé à vendre les meubles corporels et à faire

emploi du prix est supprimée. Les meubles corporels sont donc soumis au même régime que tout autre bien substitué (245). On n'a pas vu, en effet, l'utilité d'obliger le grevé à réaliser des biens qui sont en général de peu de valeur.

### 356

Cet article reprend en substance l'article 927 C.C.

### 357

Cet article est nouveau, mais il ne modifie pas le droit actuel où toute substitution est nécessairement constatée par un écrit, puisqu'elle doit être enregistrée.

### 358

Cet article reprend en substance l'article 928 C.C. en ajoutant à la mention de l'usufruit celle de la prohibition d'aliéner et de la fiducie (246). La disposition de l'article 968 alinéa 1 C.C. se trouve donc incorporée au présent article et n'est pas reprise ailleurs.

### 359

Cet article énonce des dispositions qui sont en substance celles de l'article 929 alinéa 2 et 5 C.C.

### 360

Cet article reprend l'article 976 C.C. avec de légères modifications de forme. Ainsi, on a omis le mot «héritier» puisqu'on ne peut imposer une défense à l'héritier *ab intestat* sans l'instituer en même temps légataire.

La défense de tester constitue en réalité une substitution *de residuo* qui ne diffère de celle dont traite l'article 952 C.C. (247) qu'en ce que l'appelé a un droit moins aléatoire: il n'est, dans ce cas, dépouillé de son droit que si le grevé a aliéné de son vivant les biens soumis à la défense de tester.

### 361

Cet article est nouveau. Il apporte une modification importante au droit actuel. On est d'avis que la prohibition d'aliéner qui n'équivaut pas à une substitution est en général contraire à l'intérêt public. De plus, la suppression des clauses d'incessibilité obéit au même objectif que celui poursuivi en matière de sûretés réelles où l'on propose de priver d'effet les clauses d'insaisissabilité contenues dans un acte gratuit, sauf dans la mesure des besoins alimentaires (248).



L'article supprime les articles 968 et suivants du Code civil se rapportant à la prohibition d'aliéner, à l'exception du premier alinéa de l'article 968 (249) et des articles 976 et 980 C.C. L'article 976 C.C. est repris à l'article 360. Quant au sens à donner aux mots «enfants et petits-enfants», mentionnés à l'article 980 C.C., il en est traité ailleurs (250). On n'a pas cru utile de reproduire les règles d'interprétation des articles 973 et 974 C.C.

La prohibition d'aliéner qui constitue une substitution n'empêche pas le grevé de faire les actes d'aliénation que permet l'article 379. Comme la substitution elle-même, elle n'oblige qu'à faire emploi du prix. L'article 354 prévoit que la substitution doit être créée dans un acte à titre gratuit, ce qui exclut toute clause d'inaliénabilité dans un acte à titre onéreux.

### 362

Cet article est nouveau. Il couvre un cas exceptionnel où la prohibition d'aliéner paraît justifiable.

La prohibition d'aliéner ne constitue pas ici une substitution. Elle vise à assurer une meilleure jouissance du droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation que détient un tiers. La stipulation d'inaliénabilité n'a qu'un effet relatif, puisque l'aliénation peut toujours avoir lieu du consentement de ce tiers.

### 363

Cet article reprend en substance l'article 932 C.C. Il ajoute, conformément au droit actuel (251), que la stipulation de plus de deux degrés n'entraîne pas la nullité de la substitution; elle se termine alors de plein droit au deuxième degré.

### 364

Cet article est nouveau, mais conforme au droit actuel (252). Il sert à introduire l'article qui suit.

### 365

Cet article est de droit nouveau. Il pose une exception à la règle de l'article précédent qui énonce que les degrés se comptent par tête et non par souche.

L'article entend résoudre le problème qui se pose lorsque le substituant a voulu que les biens se transmettent d'abord entre grevés concurrents. Doit-on alors compter comme un degré chaque personne qui reçoit et ainsi voir l'ouverture survenir avant que les appelés désignés par le

substituant n'aient reçu les biens? Il semble bien, en droit actuel, qu'il faille répondre affirmativement (253), bien que l'opinion contraire ait été soutenue avec vigueur (254). L'article tranche le débat en permettant d'éviter le calcul d'un degré lorsque, au décès d'un grevé, sa part doit aller aux grevés survivants. Il précise de plus que les transmissions entre cogrevés ne peuvent nuire aux appelés pour lesquels il y aurait eu ouverture au décès de chaque grevé, à défaut de stipulation.

### 366

Le premier alinéa de cet article est conforme au droit actuel. Il remplace l'article 933 alinéas 1 et 2 C.C. dont la rédaction est simplifiée. L'article 948 alinéa 1 C.C. qui renvoie aux règles de l'indivision successorale est supprimé. Les dispositions générales relatives à la copropriété et au partage sont reprises au Livre *Des biens* (255) et s'appliquent à tout cas d'indivision. Les règles en la matière qui sont contenues au chapitre *De l'indivision entre héritiers* (256) s'appliquent à la substitution par l'effet du présent article.

Le deuxième alinéa est nouveau. Il pose une exception à la règle proposée en matière de legs qui y introduit la représentation comme dans les successions *ab intestat* (257). Cette règle nouvelle qui inverse celle de l'article 937 C.C. s'applique en principe à la substitution. L'exception quant au grevé a pour but d'empêcher que l'ouverture ne puisse être ainsi considérablement retardée.

L'assimilation de la succession testamentaire à la succession *ab intestat* quant à la représentation dispose également d'un point douteux en droit actuel, lorsqu'il y a stipulation de représentation (258). La représentation n'a lieu à l'égard de l'appelé que s'il se trouve être dans la ligne descendante ou collatérale privilégiée du substituant.

L'article n'empêche, toutefois, pas l'application des règles propres à la donation pour ce qui est de la formation du contrat, la capacité des parties, la forme de l'acte. Il en est de même des règles propres au contrat de mariage. La donation qui comporte une substitution doit d'abord valoir comme donation, sans quoi la stipulation qui oblige à rendre à l'appelé ne peut avoir d'effet (259).

### 367

Le premier alinéa de cet article énonce la règle actuelle que le grevé profite de la caducité de la substitution et devient alors propriétaire définitif. Cette règle se trouve incidemment comprise dans l'article 930 alinéa 4 C.C., de même qu'à l'article 957 C.C. qui n'est pas repris. On en

diminue, toutefois, la portée en permettant que la représentation puisse jouer à l'égard de l'appelé (260).

Le deuxième alinéa simplifie la règle de l'article 926 C.C. qui veut que, dans un testament, la substitution vulgaire soit toujours comprise dans la fidéicommissaire. Le nouveau texte a le même effet d'empêcher que la caducité de la stipulation en faveur du grevé n'affecte le droit de recevoir des appelés.

Le deuxième alinéa exclut la substitution faite par donation, parce qu'il ne peut plus dans ce cas y avoir caducité à l'égard du donataire grevé (261). La substitution compendieuse (262), qui a lieu dans une donation lorsqu'il est stipulé qu'il y aura substitution vulgaire à défaut de la fidéicommissaire et qui est définie au deuxième alinéa de l'article 926 C.C., disparaît donc. Le dernier alinéa de l'article 933 C.C. disparaît aussi pour les mêmes raisons.

### 368

Cet article apporte à l'article 930 C.C. les modifications qui découlent de la reconnaissance du caractère purement consensuel de la donation (263).

L'article reproduit le droit actuel quant à l'irrévocabilité du bénéfice de l'appelé s'il est l'enfant du grevé (264). Il s'en écarte en ne permettant plus au donateur de se réserver le droit d'opérer la révocation en sa faveur. De plus, il fixe l'ordre de préférence pour le cas où le substituant n'aurait pas indiqué à qui doit profiter la révocation qu'il fait.

La substitution testamentaire est révocable comme le testament lui-même.

Le premier alinéa de l'article 930 C.C., qui applique aux substitutions qui y sont comprises le principe de l'irrévocabilité des donations faites par contrat de mariage, n'est pas repris (265).

### 369

Le premier alinéa de cet article reprend la règle énoncée dans la seconde partie de l'article 935 alinéa 2 C.C.

Le second alinéa est nouveau; il permet de conférer au grevé la faculté de répartir les biens de la substitution parmi les appelés. Cette faculté est reconnue par la jurisprudence (266) et est interprétée comme permettant d'exclure certains appelés.

**370**

Cet article abroge la première partie du second alinéa de l'article 935 C.C. qui permet au donateur, dans un contrat de mariage, de se réserver le droit de substituer postérieurement les biens par lui donnés.

Il n'a pas paru nécessaire de reprendre le dernier alinéa de l'article 935 C.C. qui énonce que le donataire peut consentir, dans une seconde donation, à la substitution des biens qu'il a reçus dans une première donation.

Quant au premier alinéa de ce même article, il n'est pas repris, puisqu'il énonce une proposition qui découle nécessairement du caractère définitif du contrat.

**371**

Cet article remplace l'article 952 C.C. Comme ce dernier article, il traite de la substitution *de residuo* en utilisant, toutefois, une formulation différente qui tient compte des pouvoirs généraux d'aliénation, à charge de emploi, que l'on reconnaît au grevé (267).

Notre droit considère la substitution *de residuo* comme une véritable substitution (268). Le substituant peut préciser l'étendue de l'utilisation du capital que peut faire le grevé. L'article 975 C.C. proposait une règle d'interprétation en ce sens que l'on n'a pas jugé nécessaire de reproduire. Lorsque le substituant n'a pas limité le droit d'utilisation, le grevé peut faire tout acte gratuit ou onéreux (269) sans être obligé au emploi. L'appelé n'a pas alors droit à ce que le grevé a pu acquérir avec le produit de l'aliénation (270).

L'article 360 traite d'une autre forme de substitution *de residuo* que constitue la défense de tester.

## Section II

### De la substitution avant l'ouverture

**372**

Cet article reprend en substance l'article 944 C.C.

**373**

Cet article remplace l'article 945 C.C. La fonction de curateur à la substitution serait remplacée par la surveillance du Curateur public qui est déjà chargé de celle des tuteurs et autres administrateurs des biens des

incapables. L'article 374 oblige le grevé à aviser le Curateur public de la substitution.

L'intervention éventuelle du Curateur public constitue un compromis entre la situation actuelle où le rôle du curateur à la substitution est mal défini et où il est fréquent que le substituant dispense le grevé de voir à sa nomination, et l'introduction d'une curatelle privée vraiment efficace qui serait une charge onéreuse à acquitter et qui, en pratique, pourrait empêcher toute action du grevé (271).

### 374 et 375

Ces articles modifient l'article 946 C.C. Ils imposent au grevé l'obligation de procéder à l'inventaire des biens substitués et d'y apporter les modifications que nécessitent les aliénations et les emplois qu'il fait.

Le délai pour faire inventaire est de deux mois de la donation ou de l'acceptation du legs, afin de faire la concordance avec le droit des successions qui donne à l'héritier un délai de six mois du décès pour prendre parti et un délai additionnel de deux mois pour faire inventaire s'il se porte héritier bénéficiaire (272).

En droit actuel (273), le substituant peut dispenser le grevé de faire inventaire. Ces articles étant d'ordre public, le grevé y est toujours tenu même en substitution *de residuo*, sauf les exceptions mentionnées au premier alinéa. Il est nécessaire, vu les pouvoirs de disposition accrus du grevé et son obligation de remploi (274), de toujours connaître le contenu de la substitution.

### 376

Cet article remplace l'article 947 alinéas 1 et 2 C.C. Il maintient l'obligation du grevé de conserver les biens substitués. Le grevé reste aussi chargé des dettes imputables au revenu. Le deuxième alinéa modifie, toutefois, l'article 947 C.C. en donnant au grevé le droit d'être remboursé pour ce qu'il a payé de dettes échues en son temps, mais qui excèdent la durée de son droit. Cette modification rapproche la situation du grevé de celle de l'usufruitier qui a droit à certains remboursements proportionnels à la durée de son usufruit (275).

### 377

Cet article remplace en partie l'article 947 alinéa 3 C.C. Il maintient le droit du grevé de percevoir les créances de la substitution, mais supprime l'obligation d'obtenir le consentement du curateur pour payer les dettes de la substitution et recevoir les créances.

**378**

Cet article remplace l'article 949a C.C.

**379**

Cet article est nouveau et modifie profondément le droit actuel. Il confère au grevé, agissant seul, tous les pouvoirs d'aliénation à titre onéreux. Le tiers qui contracte avec le grevé a un titre opposable à l'appelé qui ne pourra invoquer le mécanisme de la résolution de plein droit qui existe en droit actuel. L'article a donc l'effet d'abroger les articles 949, 951, 953 et 953a du Code civil.

La modification que le présent article apporte au droit actuel répond à l'objection principale que l'on fait à la substitution et qui est celle de rendre les biens substitués indisponibles. Elle soulève, par ailleurs, le problème de la protection des droits des appelés. Certains mécanismes de protection sont prévus: le droit de regard du Curateur public sur la substitution; l'obligation du grevé de faire emploi du prix de l'aliénation; les recours conservatoires de l'appelé en cas de mauvaise administration ou de dilapidation (276). L'appelé a, par ailleurs, le droit de prendre annuellement connaissance des modifications apportées à l'inventaire des biens de la substitution (277).

Le dernier alinéa de l'article rend la disposition d'ordre public. Le substituant ne peut donc restreindre le pouvoir d'aliéner du grevé, même par le biais d'une prohibition d'aliéner (278).

**380**

Cet article oblige le grevé à faire emploi de tout capital perçu provenant de biens substitués. Cette obligation existe en droit actuel et est établie principalement à l'article 948 alinéa 2 C.C. Elle prend, néanmoins, une importance considérable dans le Projet, vu les pouvoirs d'aliénation reconnus au grevé.

L'article n'exige pas que l'emploi se fasse au nom de la substitution ainsi qu'il est édicté au dernier alinéa de l'article 931 C.C. On n'a pas jugé utile de maintenir cette exigence puisque, d'une part, la mention de la substitution n'empêche pas le grevé d'aliéner l'objet du emploi et, d'autre part, elle ne peut mettre en cause le titre du tiers acquéreur de bonne foi. Le grevé doit, par ailleurs, rendre compte de ses emplois (279). Il n'a pas à obtenir de consentement ou d'autorisation pour les emplois qu'il fait.

**381**

Cet article est nouveau. Il impose au grevé d'administrer avec prudence et judicieusement. Cette obligation découle des dispositions nouvelles permettant au grevé d'aliéner définitivement les biens substitués et, ainsi, de faire disparaître le droit de l'appelé à la chose elle-même venant du substituant.

L'obligation d'agir en bon administrateur force le grevé à obtenir un juste prix pour les aliénations qu'il consent. Le deuxième alinéa de l'article le fait bénéficier de la présomption de bonne administration s'il s'en tient aux placements reconnus.

**382**

Cet article est nouveau. En droit actuel, la donation, comme toute aliénation, faite par le grevé n'est résoluble qu'à l'ouverture, l'appelé ne pouvant opposer la substitution avant cette date (280). L'article enlève tout effet à l'acte d'aliénation à titre gratuit fait par le grevé. Tout intéressé peut invoquer son inefficacité, même avant l'ouverture de la substitution.

**383**

Cet article est nouveau. Comme propriétaire, le grevé n'est pas tenu d'assurer ses immeubles. Il y est tenu en vertu de son obligation de conserver les biens substitués (281).

**384**

Cet article est nouveau. Il établit une présomption de faute chez le grevé quant aux dommages causés aux biens substitués. Cette présomption est un corollaire de l'obligation du grevé de conserver les biens substitués (282).

**385**

Cet article remplace l'article 955 C.C. et regroupe, dans une seule disposition, les diverses sanctions prévues contre le grevé, en donnant au juge le pouvoir de choisir celle qui convient à chaque cas d'espèce. Ainsi, le juge ne prononcera pas la déchéance des droits du grevé dans la substitution s'il n'existe encore aucun appelé, puisque la déchéance se prononce en faveur de celui-ci (283).

Le deuxième alinéa reproduit en substance le second alinéa de l'article 956 C.C.

**386**

Cet article est nouveau. Il énonce le principe, conforme au droit actuel, que les créanciers du grevé peuvent se faire payer à même les droits qu'a leur débiteur dans la substitution (284). L'adjudicataire n'acquiert pas alors plus de droits que le grevé n'en a lui-même.

**387**

Cet article remplace l'article 950 C.C. et modifie le droit actuel. L'article 950 C.C. énonce que la vente en justice des biens substitués est résolue de plein droit, en faveur de l'appelé, à l'ouverture. La vente en justice y est donc soumise au même régime que toute autre aliénation (285). L'article proposé établit le même parallèle, étant donné les pouvoirs étendus d'aliénation accordés au grevé, en reconnaissant le caractère définitif de la vente en justice faite sans opposition (286). Il y a, toutefois, lieu de réserver le droit de l'appelé de s'opposer à la saisie vu que, le grevé ne touchant pas le prix de la vente qui pourra s'ensuivre, il ne peut être ici question de faire emploi.

L'opposition de l'appelé peut prendre l'une des formes prévues au Code de procédure civile de façon à ce que la saisie soit limitée aux seuls droits du grevé (287).

**388**

Cet article reprend en substance le premier alinéa de l'article 956 C.C.

L'article 956 C.C. a été interprété comme ne permettant pas à l'appelé de renoncer purement et simplement à la substitution avant l'ouverture (288); le présent texte ajoute les mots «et y renoncer», afin de contrer cette interprétation.

## Section III

### De la substitution après l'ouverture

**389**

Le premier alinéa de cet article ne modifie l'article 961 C.C. que dans sa forme.

Le deuxième alinéa est nouveau et couvre le cas où le grevé est une personne morale. La durée de la substitution ne peut alors excéder vingt-cinq ans (289).

Le troisième alinéa de l'article a l'effet d'abroger l'article 963 C.C.,



en interdisant de reporter après le décès du grevé l'ouverture de la substitution. L'article 963 C.C. peut avoir l'effet de prolonger indéfiniment la substitution, puisque l'on considère que la transmission qui a alors lieu du grevé à ses héritiers en attendant l'ouverture n'est pas comptée comme un degré de substitution (290).

### 390

Cet article reprend en substance l'article 965 C.C., en y ajoutant qu'à l'ouverture le grevé, ses héritiers ou représentants légaux sont tenus de rendre compte à l'appelé et de lui faire remise.

### 391

Cet article est nouveau. Il précise que les biens acquis avec le produit de l'aliénation des biens substitués font aussi partie de la substitution.

Le deuxième alinéa précise que lorsque la remise du bien est impossible par le fait du grevé, il doit en payer la valeur au jour de l'ouverture.

### 392

Cet article, tiré d'une disposition du mandat, oblige les successeurs ou représentants du grevé à continuer ce qui est la suite nécessaire des actes du grevé ou ce qui ne peut être différé sans risque de dommage (291).

### 393

Cet article reprend en substance l'article 962 C.C.

### 394

Cet article est de droit nouveau. Il a, en effet, paru souhaitable que les cogrevés puissent être chacun tenu pour l'ensemble des obligations de reddition de compte, étant donné leur jouissance commune.

### 395

Cet article remplace l'article 958 C.C. La doctrine est d'avis que le régime actuel des remboursements dus au grevé à l'ouverture n'est pas assez favorable et le dissuade d'améliorer les biens substitués (292). De plus, le renvoi qui est fait aux articles 581 et 582 C.C. n'est pas sans ambiguïté quant aux remboursements dus au grevé pour les réparations, puisque l'emphytéote n'a droit à aucune indemnité pour les réparations grosses ou petites qu'il est tenu de faire (293). On a donc cru devoir assimiler le grevé au possesseur de bonne foi.

**396**

Cet article reprend l'article 947 alinéa 5 C.C. en lui apportant des modifications de forme.

**397**

Cet article reprend en substance l'article 947 alinéa 4 C.C. On y ajoute la mention des grosses réparations afin de permettre un certain remboursement lorsqu'elles ne peuvent être considérées comme une amélioration (294).

Le critère de remboursement équitable permettra de tenir compte de la dépréciation, ainsi que des circonstances personnelles dans lesquelles s'est trouvé le grevé.

**398 et 399**

Ces articles reprennent l'article 966 C.C. en en modifiant la rédaction.

**400**

Cet article reprend l'article 967 C.C., sauf quelques modifications de rédaction. Les mots «non né» sont toutefois omis, puisque le grevé simplement conçu est dans la même situation qu'un mineur.

- 
- (1) H. TURGEON, *La succession légitime dans la province de Québec*, Montréal, Imprimerie Saint-Joseph, 1959, p. 151; C. CARISSE, *La liberté de tester: le point de vue du sociologue*, dans *Le droit dans la vie familiale*, Livre du centenaire du Code civil, t. I, Montréal, P.U.M., 1970, p. 109; L. PRATTE, *L'intervention législative et la liberté de tester: la leçon du droit comparé*, *ibid.*, p. 119; A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, p. 394; A. COSSETTE, *Le droit civil des années 1970*, (1970-71) 73 R. du N. 594, à la p. 607.
- (2) A. MAYRAND, *op. cit.*, p. 394.
- (3) A. MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1960.
- (4) J. TURGEON, *Rétablissement de la légitime sous une forme moderne*, (1955) 15 R. du B. 204; C. CARISSE, *loc. cit.*; L. PRATTE, *loc. cit.*; L.P. PIGEON, *Nécessité de restreindre la liberté de tester*, dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Montréal, Eugène Doucet, 1961, t. XII, 1958, p. 667; T.-L. BERGERON, *De la liberté de tester*, *ibid.*, p. 675; M. LEGARE, *La liberté absolue de tester, un principe à réaliser*, (1975) 78 R. du N. 218.
- (5) Voir *Testators Family Maintenance Act*, dans *Model Acts Recommended*

*from 1918 to 1961*, Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, 1962, p. 314: huit provinces canadiennes ont adopté semblable législation; voir le nouveau projet adopté en 1974, *Dependents' Relief Act*, Proceedings of the Fifty-fifth Annual Meeting of the Conference of Commissioners, 1973, Annexe K, p. 253 et s.; voir, aussi, pour l'Angleterre, *Family Provision Act*, 1966, c. 35 et la première loi du genre passée en Nouvelle-Zélande, *The Testator's Family Maintenance Act*, 1900, 64 Vict., c. 20; J. RENAUD, *Le statut civil du conjoint survivant dans la pratique et en droit comparé*, Bruxelles, Ets Emile Bruylant, 1970, p. 303 et s. et 507 et s.

- (6) Les codes civils ouest-allemand, a. 2303; suisse, a. 471 et italien, a. 542 accordent une réserve au conjoint survivant.
- (7) Voir *Family Law, Second Report on Family Property: Family Provision on Death*, The Law Commission, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1974, nos 16, 28 et 34.
- (8) Voir l'article 15 qui maintient la règle de la saisine de l'héritier; voir, aussi, F.R. SCOTT, *The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes*, dans *Le droit civil français*, Livre-souvenir des journées de droit civil français, Paris-Montréal, 1936, 177, p. 178; L. PRATTE, *loc. cit.*, p. 128.
- (9) Voir H. TURGEON, *op. cit.*, p. 152.
- (10) Voir H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1966, t. 4, vol. 2, no 876 et s.
- (11) Voir A. MOREL, *Un exemple de contact entre deux systèmes juridiques: le droit successoral du Québec*, dans les *Annales de l'Université de Poitiers*, nouvelle série, nos 4-5, 1963-64.
- (12) Voir les articles 336 et s. du Livre *De la famille*.
- (13) Voir le *Dependents' Relief Act*, *loc. cit.*, a. 1 (d) (vi) qui propose une disposition semblable.
- (14) Voir les articles 446 et s.
- (15) Voir la 2e partie, Livre II, Paris, Sirey, 1962.
- (16) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 259.
- (17) Voir l'article 308.
- (18) Voir les articles 29 et 37 du Livre *Des obligations* qui incluent, parmi ces causes, la lésion entre majeurs.
- (19) Voir annexe IX.
- (20) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 367 et s.; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, Cours de Thémis, 4e éd., Montréal, P.U.M., 1972, p. 163 et s.; *l'Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, articles 860 à 863.
- (21) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 371.

- (22) Voir l'annexe à la *Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*, Conférence diplomatique sur les testaments, Washington, D.C., 26 octobre 1973.
- (23) Voir la *Loi abolissant la mort civile*, 6 Ed. VII, S.Q. 1905-06, c. 38, a. 1.
- (24) Voir les articles 68 et 95 du Livre *Des Personnes*.
- (25) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 18; *Montreal Trust & Hickson v. M.N.R.*, [1964] R.C.S. 647; *Allan v. Evans*, (1900) 30 S.C.R. 416; *Dame Dorais v. Viens*, [1970] C.S. 19, p. 21.
- (26) Voir les articles 446 et s. du Livre *Des obligations*.
- (27) Voir R. COMTOIS, *Les présomptions légales de survie*, (1965) 11 McGill L.J. 202, p. 216.
- (28) Voir l'article 29.
- (29) Voir: Code civil italien, a. 4; Code civil suisse, a. 32 al. 2; Code civil éthiopien, a. 6; *Avant-projet de Code civil, op. cit.*, a. 749 al. 1.
- (30) Voir, à ce sujet, A. MAYRAND, *op. cit.*, no 38.
- (31) Voir *Proceedings of the Fifty-third Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, 1971, *Survivorship Act*, Appendix V, p. 412.
- (32) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, Cours de Thémis, 6e éd., Montréal, Revue juridique Thémis, 1975, p. 128.
- (33) Voir les articles 359 et s. du Livre *De la famille*.
- (34) Voir P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théorêt, 1897, t. 3, p. 287 et s.; L. FARIBAULT, dans *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954, t. 4, p. 165.
- (35) Voir, cependant, *Dunbar v. Murray*, (1940) 78 C.S. 458.
- (36) Voir la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.
- (37) Voir les articles 40, 41 et 60; voir, aussi, l'article 264 du Livre *De la famille* qui complète le présent article.
- (38) Voir l'article 163 C.C.
- (39) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 357; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 30 et 31; G. TRUDEL, dans *Traité de droit civil du Québec, op. cit.*, t. 1, p. 465; *Cathcart v. The Union Building Society*, (1864) 15 L.C.R. 467 (C.S.); *Hickman v. Legault*, [1961] C.S. 192; *Stephens v. Falchi*, [1938] R.C.S. 354.
- (40) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 46; J.C. SMYTH, *Seizin in the Quebec Law of Succession*, (1956) 3 McGill L.J. 171.
- (41) Voir A. MOREL, *L'apparition de la succession testamentaire*, (1966) 26 R. du B. 499, à la p. 520; J.C. SMYTH, *loc. cit.*, p. 179 et s.

- (42) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 234.
- (43) Voir l'article 870 C.C.
- (44) Voir l'article 76 du Livre *Des biens*; voir, aussi, l'article 107 C.C. qui est par ailleurs repris par l'article 217 du Livre *Des personnes*.
- (45) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. I, p. 314 et s.
- (46) Voir l'article 787 alinéa 2.
- (47) Voir la *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 122 et 132.
- (48) Voir l'article 36.
- (49) Voir les articles 30 et 31 du Livre *Des personnes*.
- (50) Voir G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 25 et 26.
- (51) Voir l'article 6.
- (52) Voir l'article 12.
- (53) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. I, p. 310 et s.; H. TURGEON, *op. cit.*, p. 28; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 118.
- (54) Voir l'article 111.
- (55) Voir l'article 87 et s.
- (56) Voir l'article 338.
- (57) Voir la *Loi sur le Régime des rentes du Québec*, L.Q. 1965, c. 24, a. 105; *Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1969, c. 63, a. 1d); la *Loi sur les pensions*, S.R.C. 1970, c. P-7, a. 32 (5) et (6); la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-5, a. 63 (1).
- (58) Voir l'article 13.
- (59) Voir l'article 25.
- (60) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 168.
- (61) Voir l'article 35.
- (62) *Ibid.*
- (63) Voir H. TURGEON, *op. cit.*, p. 156.
- (64) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 198 et s.; du même auteur, *Le Souverain est-il héritier?*, (1967) 2 R.J.T. 557.
- (65) Voir l'article 16.
- (66) Voir l'article 831 C.C.
- (67) Voir H. TURGEON, *op. cit.*, p. 151; A. MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire*, *op. cit.*; J. TURGEON, *loc. cit.*; C. CARISSE, *loc. cit.*, p. 109; L. PRATTE, *loc. cit.*, p. 119.

- (68) Voir les articles 5 et s.
- (69) Voir les articles 83 et s.
- (70) Voir l'article 62.
- (71) Voir l'article 78.
- (72) Voir l'article 485 du Livre *Des obligations*, qui ne retient, comme seuls donataires dans un contrat de mariage, que les conjoints et les enfants.
- (73) Voir H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 4, vol. 2, no 927 et s.
- (74) Voir l'article 49 du Livre *De la prescription*.
- (75) Voir l'article 2473 al. 2 C.C.
- (76) Voir les articles 336 et s. du Livre *De la famille*.
- (77) Voir l'article suivant.
- (78) Voir l'article 105.
- (79) Voir l'article 1061 al. 2 C.C. et l'article 59.
- (80) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 795.
- (81) Voir H. TURGEON, *op. cit.*, p. 157; voir A. MAYRAND, *op. cit.*, p. 181; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 390; voir, aussi, l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 793.
- (82) Voir G. BRIERE, *Les successions « ab intestat »*, *op. cit.*, p. 69 et 75.
- (83) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 213.
- (84) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 437.
- (85) Voir l'article 901 C.P.C.; voir, aussi, P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 433; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 50.
- (86) Voir les articles 181 et 182.
- (87) Voir l'article 122.
- (88) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 208; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 372; C. PERRAULT, *De l'acceptation d'une succession*, (1944) 4 R. du B. 163.
- (89) Voir les articles 921 et 922 du Code de procédure civile.
- (90) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 217.
- (91) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 228.
- (92) Voir les articles 158 et 343.
- (93) Voir A. MAYRAND, *op. cit.* no 247 et s.; *Rosenbush v. Rosenbush*, [1971] C.S. 112.
- (94) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 252.

- (95) Voir l'article 87 et s.
- (96) Voir l'article 916 C.P.C.
- (97) Voir l'article 97.
- (98) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 276; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 103.
- (99) Voir les articles 487 et s.
- (100) Voir l'annexe II.
- (101) Voir l'annexe II.
- (102) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 455 et s.; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 283.
- (103) Voir l'article 142.
- (104) Voir l'article 49 du Livre *De la prescription*.
- (105) Voir l'article 2016 C.C.; mais voir aussi l'article 411 et s. du Livre *Des biens*, qui modifie les recours hypothécaires.
- (106) Voir les articles 677 al. 1, par. 2 et 678 C.C. et l'article 139.
- (107) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 289.
- (108) Voir l'article 87.
- (109) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 299.
- (110) Voir l'article 331.
- (111) Voir les articles 487 et s. du Livre *Des biens*.
- (112) Voir les articles 184 et s.
- (113) Voir l'article 916 C.P.C.
- (114) Voir l'article 345.
- (115) Voir les articles 181 et s.
- (116) Voir l'article 201 du Livre *Des biens*.
- (117) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 619 et s.; L. FARIBAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 387 et 573; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 168; A. MAYRAND, *op. cit.*, nos 319 et 425.
- (118) Voir l'article 102 et les commentaires.
- (119) Voir les articles 197, 198 et 200 du Livre *Des biens*.
- (120) Voir, cependant, les articles 123 et 173.
- (121) Voir A. MAYRAND, *op. cit.* no 393 et s.
- (122) Voir l'article 171.

- (123) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 881.
- (124) Voir les articles 162, 166 et 167.
- (125) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 882.
- (126) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 410: la séparation a un effet unilatéral; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 600, est, toutefois, d'avis que la séparation des patrimoines opère aussi en faveur des créanciers de l'héritier.
- (127) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 407.
- (128) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 832.
- (129) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 303; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 139.
- (130) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 490; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 304.
- (131) Remplacé par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, a. 14.
- (132) Voir *Pearson v. Pearson*, (1928) 44 B.R. 338; *Denis v. Denis*, [1957] C.S. 32.
- (133) Voir *Jobin v. Brassard*, (1934) 40 R.J. 451 (C.S.).
- (134) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 837.
- (135) Voir l'article 226.
- (136) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 838.
- (137) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 328.
- (138) Voir les articles 63 et s.
- (139) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 853.
- (140) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 356.
- (141) Voir G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 162; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 366.
- (142) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 363.
- (143) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 366.
- (144) Voir l'article 84 du Livre *Des biens*.
- (145) Voir les articles 314 et 315 du Livre *Des obligations*.
- (146) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 369; G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 165.
- (147) Voir *Hémond v. Ménard*, (1888) 16 R.L. 472 (C.S.); *Latour v. Latour*, (1898) 4 R.L.N.S. 412 (C.S.).



- (148) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 863.
- (149) Voir G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 169 et s.; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 428 et s.
- (150) Voir l'article 731 al. 2 C.C.
- (151) Cette disposition nouvelle confirmerait l'arrêt rendu dans *Perras v. Banque provinciale du Canada*, [1956] B.R. 731, où la Cour a décidé que l'hypothèque constituée par un indivisaire sur un immeuble licite et adjugé à un coïndivisaire est purgée par l'acte de partage, mais que le créancier conserve un droit de préférence sur le prix; voir aussi *Re Quintal et al. v. Banque Jacques-Cartier*, (1901) 10 B.R. 525, qui est au même effet.
- (152) Voir l'article 201.
- (153) Voir les articles 181 et s. du Livre *Des biens*.
- (154) Voir G. BRIERE, *Les successions «ab intestat»*, *op. cit.*, p. 168 et 169; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 425; *Marceau v. Lefavre*, [1955] B.R. 489.
- (155) Voir l'article 360 du Livre *Des obligations*.
- (156) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 630; *MacDougall v. Prentice*, (1885) 8 L.N. 163 (C.J.C.P.).
- (157) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no 433.
- (158) Voir l'article 49 du Livre *De la prescription*.
- (159) Voir aussi le Livre *Des biens*, Introduction: note sur les privilèges.
- (160) Voir les articles 29 et 37 du Livre *Des obligations*.
- (161) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 3, p. 640 et s.; A. MAYRAND, *op. cit.*, no 437.
- (162) Voir les articles 59 et s.
- (163) Voir l'article 246; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 246 et s.; G.S. CHALLIES, *Conditions de validité du testament au Québec et en France*, (1960) 20 R. du B. 373, à la p. 375; *Craig v. Lamoureux*, [1920] A.C. 349; *Thibodeau v. Thibodeau*, [1961] R.C.S. 285; *Protestant Board of School Commissioners of the Village of Ayers' Cliff v. Wilson*, [1954] B.R. 169; *Touchette v. Touchette*, [1974] C.A. 575; *Bedic v. Bozиковic*, [1975] C.A. 484; *Meskinis v. Rabell*, [1975] C.A. 657.
- (164) Voir l'article 487 du Livre *Des obligations*.
- (165) Voir l'article 59.
- (166) Voir *Forsyth v. Williams*, 2 R.J.R.Q. 416 (C.S. 1850).
- (167) Voir la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-5, a. 62; la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-9, a. 13 (2); la *Loi sur le Régime de rentes du Québec*, L.Q. 1965, c. 24, a. 122 et s.

- (168) Voir l'article 113 du Livre *Des personnes*.
- (169) Voir *Rolland v. Rolland*, (1931) 51 B.R. 228, à la p. 242.
- (170) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 140; M. FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, no 164 et s.
- (171) Voir les articles 33 et 35.
- (172) Voir l'article 30 du Livre *Des personnes*.
- (173) Voir la *Loi concernant la réception des actes authentiques dans les Comtés de Bonaventure et de Gaspé*, 2-3 Eliz. II. L.Q. 1953-54, c. 64.
- (174) Voir la loi anglaise, *Wills (Soldiers and Sailors) Act*, 1918, 7 et 8 Geo. V, c. 58, a. 3.
- (175) Voir la loi anglaise, *The Navy and Marines (Wills) Act*, 1953, 1 et 2 Eliz. II, c. 24.
- (176) Voir le *Projet d'articles concernant le testament authentique soumis par la Chambre des Notaires*, le 13 juillet 1973, a. 1; O.R.C.C., BB/C/50.
- (177) Voir les articles 265 et 266.
- (178) Voir le projet de la Chambre des notaires, *op. cit.*, a. 1 al. 2.
- (179) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 144.
- (180) Voir *Roy v. Larue*, (1938) 64 B.R. 522; *contra*: M. FARIBAULT, *op. cit.*, no 199.
- (181) Voir *McLennan v. Dewar*, (1868) 13 L.C.J. 102 (B.R.); G.S. CHALLIES, *loc. cit.*, p. 387; R. COMTOIS, *L'interprète est-il admissible dans les actes notariés?*, (1956) 59 R. du N., p. 99 et 466.
- (182) Voir *Dame Gendron v. Dame Duranleau*, [1942] S.C.R. 321; *Faustin Cie Ltée v. Harrow Homes Inc.*, [1966] C.S. 93.
- (183) *Loc. cit.*, a. 6.
- (184) Voir H. ROCH, dans le *Traité de Droit civil du Québec*, *op. cit.*, t. 5, p. 323; G.S. CHALLIES, *loc. cit.*, p. 391; *In re Aird*, (1905) 28 C.S. 235; *In re Rouleau*, C.S. (Hull, 550-14-00261-75); *contra*: *Desroches v. Viau*, [1971] C.S. 264, p. 275.
- (185) Voir *Larose v. Eidt*, [1945] C.S. 276; *Dame Cunningham*, (1918) 20 R.P. 236 (C.S.).
- (186) Voir *Wynne v. Wynne*, (1921) 62 S.C.R. 74; *Young v. Sutherland*, (1934) 56 B.R. 309; *Hannah v. Brereton*, (1901) 23 C.S. 98; *Audet v. Tremblay*, [1974] C.A. 585.
- (187) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 153.
- (188) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 916.

- (189) Voir l'article 14.
- (190) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 402 et s.; *Langlais v. Langley*, [1952] S.C.R. 28.
- (191) Voir *Bégin v. Bilodeau*, [1951] S.C.R. 699.
- (192) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 402 et s.
- (193) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 197.
- (194) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 936.
- (195) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 192; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 404, note (c).
- (196) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 416; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 195.
- (197) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 166; C. CHARRON, *L'accroissement et le legs universel et à titre universel*, (1975) 35 R. du B. 364; *Valiquette v. Trust général du Canada et al.*, [1970] C.S. 579.
- (198) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 351; H. TURGEON, *Essai sur les legs*, (1952) 55 R. du N. 145, à la p. 150.
- (199) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 354; H. TURGEON, *Essai sur les legs*, *loc. cit.*, à la p. 164; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 167.
- (200) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 353; voir l'article 3 du Livre *Des biens*.
- (201) Voir l'article 254.
- (202) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 435; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 200.
- (203) Cette mention est d'ailleurs conforme au droit actuel: voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 332; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 203; C. CHARRON, *L'accroissement et le legs universel ou à titre universel*, *loc. cit.*, p. 365 et 371; U. JORON, *Substitution, accroissement*, (1937-38) 40 R. du N. 308; H. TURGEON, *Essai sur les legs*, *loc. cit.*, p. 149 et 177.
- (204) Voir les articles 287 et 288.
- (205) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 328 et s.
- (206) Voir A. MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire*, *op. cit.*, no 106; A. MAYRAND, *Conflit de deux libertés: liberté de religion et liberté de tester*, (1963) 65 R. du N. 383; *Klein v. Klein*, [1967] C.S. 300.
- (207) Voir, notamment, l'article 600 du Livre *Des biens*.
- (208) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 15 et s.; A. MOREL, *Limites de la liberté testamentaire*, *op. cit.*, no 121; *Evanturel v. Evanturel*, (1874) 1 Q.L.R. 74 (C.J.C.P.); *McNamee v. Tétrault*, (1893) 4 C.S. 203; voir, cependant, *Leclerc v. Leclerc*, [1975] C.A. 792.

- (209) Voir J.-G. CARDINAL, *Témoin parent avec le légataire universel*, (1957) 59 R. du N. 504; *Dion v. Dion*, [1951] C.S. 416; *Dame Poirier*, [1959] C.S. 644.
- (210) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 289; *Brassard-Barrette*, [1972] R.P. 296 (C.S.); *Denault v. Belouin*, (1933) 55 B.R. 192.
- (211) Voir *Thoreson v. National Trust Co. Ltd.*, [1955] B.R. 298.
- (212) Voir les commentaires de l'article 7.
- (213) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 320.
- (214) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.* t. 4, p. 376 et s.
- (215) *Ibid.*, p. 345.
- (216) Voir l'*Avant-projet de Code civil*, *op. cit.*, a. 968.
- (217) *Ibid.*, a. 969.
- (218) Voir l'article 304 du Livre *Des biens*.
- (219) *Ibid.*, l'article 139.
- (220) Voir les articles 286 et 287.
- (221) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, p. 349; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 390 et s.; *Harrington v. Corse*, (1883) 9 S.C.R. 412; *Pénisson v. Pénisson*, (1883) 9 Q.L.R. 122 (B.R.).
- (222) Voir *Ewing v. Ewing*, [1950] B.R. 511.
- (223) Voir l'introduction du Livre *De la famille*.
- (224) Voir la *Loi des compagnies de fidéicommiss*, S.R.Q. 1964, c. 287, a. 2 par. 7, qui autorise certaines corporations à agir comme exécuteurs.
- (225) Voir l'article 252 du Livre *Des personnes*.
- (226) Voir les articles 574 et s. du Livre *Des biens*.
- (227) Voir G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 183; R. COMTOIS, *L'exécuteur testamentaire*, [1967] R.J.T. 533, p. 540; *Cook v. La Banque de Québec*, (1893) 2 B.R. 172; voir aussi l'article 348.
- (228) Voir les articles 336 et 567 du Livre *Des biens*.
- (229) Voir l'article 916 du Code de procédure civile.
- (230) Voir l'article 121 et s.
- (231) Voir *La Banque Canadienne Nationale v. Coulombe*, [1966] B.R. 780.
- (232) Voir les articles 499 et s. du Livre *Des biens*.
- (233) Voir R. COMTOIS, *L'exécuteur testamentaire*, *loc. cit.*, p. 539; *St-Aubin v. Crevier*, (1905) 28 C.S. 392; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 461.
- (234) Voir l'article 499 du Livre *Des biens*.

- (235) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 4, p. 459; G. BRIERE, *Les libéralités, op. cit.*, p. 189 et s.
- (236) *Ibid.*; voir *Wasserman v. McNeill*, [1957] B.R. 651 (actes de pure administration).
- (237) Voir l'article 339.
- (238) Voir G. BRIERE, *Les libéralités, op. cit.*, p. 182.
- (239) Voir l'article 2216 C.C. (R.F.A.).
- (240) Voir l'article 184 et s.
- (241) Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, no. 302.
- (242) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 8; voir aussi, quant au sens du mot «substitution» employé seul: M. THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, annoté par M. MATHIEU, Montréal, A. Périar, 1889, no 26 et s. et no 219.
- (243) Voir l'article 446 du Livre *Des obligations*, qui propose de faire de la donation un contrat purement consensuel.
- (244) Voir l'article 389.
- (245) Voir les articles 379 et s.
- (246) Voir *Décarie v. Légaré*, [1975] C.A. 805 (notes de M. le juge A. Mayrand); *Cogné v. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591.
- (247) Voir l'article 371 qui remplace l'article 952 C.C.; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 149.
- (248) Voir l'article 277 du Livre *Des biens*.
- (249) Voir le commentaire à l'article 358.
- (250) Voir l'article 30 du Livre *Des personnes*.
- (251) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 24; *Langelier v. Perron*, (1896) 10 C.S. 333.
- (252) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 24; M. THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY, *op. cit.*, nos 348 et 362.
- (253) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 24; M. FARIBAULT, *op. cit.*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, no 174; *Barclay's Bank Ltd v. Paton*, (1934) 56 B.R. 481, (juges dissidents); H. TURGEON, *Jurisprudence*, (1935) 37 R. du N. 324, à la p. 327; *Masson v. Masson*, (1911) 20 B.R. 1.
- (254) *Masson v. Masson*, (1912) 47 S.C.R. 42; *Barclay's Bank Ltd v. Paton, ibid.* (les juges formant la majorité); *Cogné v. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591.
- (255) Voir les articles 181 et s. du Livre *Des biens*.
- (256) Voir les articles 162 et s.

- (257) *Ibid.*, l'article 254.
- (258) Voir, à cet égard, D.N. METTARLIN, *A simple legacy: «To My Children»*, (1966) 12 McGill L.J. 65, à la p. 69 et s.
- (259) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 25; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 235.
- (260) Voir l'article 366.
- (261) Voir l'article 600 du Livre *Des biens*.
- (262) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 2 et s.
- (263) Voir les articles 446 et s. du Livre *Des obligations*.
- (264) Voir, à ce sujet, *Meloche v. Simpson*, (1898) 29 S.C.R. 375.
- (265) Voir l'article 487 du Livre *Des obligations*.
- (266) Voir *McGibbon v. Abbott*, (1885) 8 L.N. 267 (C.J.C.P.); *Lussier v. Tremblay*, (1952) 1 S.C.R. 389, à la p. 406; *Décarie v. Légaré*, [1975] C.A. 805 (notes non publiées de M. le juge A. Mayrand).
- (267) Voir les articles 379 et 380.
- (268) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 91 et s.; *The Minister of National Revenue v. Smith*, [1960] S.C.R. 477.
- (269) Voir *Burdett v. Décarie*, [1963] R.C.S. 35.
- (270) Voir *Fortin v. Robichaud*, [1972] C.A. 140.
- (271) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 59 et s.; J-G. CARDINAL, *Substitutions, Pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, (1959) 61 R. du N. 293; P. PAQUETTE, *De la curatelle à la substitution*, (1949) 52 R. du N. 61.
- (272) Voir, à ce sujet, les articles 87 et 119.
- (273) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 65.
- (274) Voir les articles 379 et 380.
- (275) Voir, à cet égard, l'article 136 du Livre *Des biens*.
- (276) Voir, notamment, les articles 373, 380 et 385.
- (277) Voir l'article 374.
- (278) Voir l'article 361.
- (279) Voir l'article 375.
- (280) Voir l'article 949 C.C.; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 68 et 84; F. LANGELIER, *Cours de droit civil*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, t. 3, p. 287.
- (281) Voir F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 3, p. 282.

- (282) Voir l'article 376.
- (283) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 61.
- (284) Voir *Spain v. Badeau*, [1961] B.R. 825.
- (285) Voir a. 949 C.C.
- (286) Voir l'article 379.
- (287) Voir les a. 596 et s. C.P.C. pour la saisie mobilière et les a. 674 et s. pour la saisie immobilière.
- (288) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 114 et s.
- (289) Voir l'article 143 du Livre *Des biens*.
- (290) Voir, à ce sujet, P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 123; *Barclay's Bank Ltd v. Paton*, (1934) 56 B.R. 481, (MM. les juges Rivard et St-Germain, dissidents); M. THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY, *op. cit.*, no 1118.
- (291) Voir l'article 745 du Livre *Des obligations* et l'article 1709 C.C.
- (292) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 5, p. 70 et s.; F. LANGELIER, *op. cit.*, t. 3, p. 304.
- (293) Voir, à ce sujet, G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 247.
- (294) Voir l'article 76 et s. du Livre *Des biens*.





# **LIVRE QUATRIÈME**

## **DES BIENS**



## INTRODUCTION

Les modifications suggérées dans ce Livre s'inspirent des principes du droit civil, de la doctrine et de la jurisprudence québécoises, des besoins de la pratique, complétés par l'expérience étrangère lorsqu'elle répondait à certains problèmes soulevés au Québec.

Les principales modifications au droit des biens tel qu'il se trouve au Livre Deuxième du Code civil sont les suivantes:

1. l'article 1 offre une définition du mot « bien » qui paraît plus conforme à la logique juridique. On corrige ainsi une erreur de classification qui trouve son origine en droit romain et s'est perpétuée au cours des siècles. Les biens sont les droits personnels et réels d'une personne. Ils constituent l'actif du patrimoine;
2. la distinction entre les immeubles par nature et par destination est supprimée. Cette division des biens alourdit inutilement le régime juridique actuel des biens. Les premiers chapitres visent à simplifier le système en établissant des règles claires;
3. les dispositions ayant trait aux biens de l'Etat, au régime public des eaux, entre autres, sont supprimées. Ces dispositions relèvent, à cause de leur particularité, du droit administratif et non pas du droit civil;
4. le titre deuxième est nouveau en ce qu'il enlève au Livre *De la prescription* les dispositions générales concernant la possession. Il a paru plus logique de les inclure dans le Livre *Des biens*, sans négliger pour autant les références au droit de la prescription. Les articles 29 et suivants réglementent plus particulièrement les effets de la possession;
5. au titre troisième intitulé *Du droit de propriété*, on trouve une définition légèrement modifiée du droit de propriété (a. 34). Le terme « absolue » n'y apparaît pas; on a préféré décrire la propriété comme le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose;
6. les articles 41 et 42, relatifs à l'usage des cours d'eau, se conforment à la pratique juridique et aux tendances sociales actuelles. On y précise les droits du propriétaire riverain, sans pour autant exclure ceux du public en général sur les cours d'eau;
7. la définition du droit de propriété contenue à l'article 34 du chapitre premier du titre troisième indique que ce droit doit être exercé « dans les limites et aux conditions établies par la loi ».

Dans ce chapitre, on trouve un certain nombre de ces limites ou

restrictions; il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, étant donné que d'autres restrictions à l'exercice du droit de propriété peuvent être imposées par des lois particulières.

Dans le Code, un certain nombre de ces restrictions sont désignées sous l'appellation «servitudes naturelles» ou «servitudes établies par la loi»; les dispositions relatives à cette catégorie de restrictions se trouvent contenues au titre quatrième intitulé *Des servitudes réelles*. En réalité, ces prohibitions réglementées, en particulier, par les articles 501 à 544 C.C., ne sont pas de véritables servitudes réelles, mais constituent le droit commun de la propriété, en précisant certaines limites au régime normal et régulier du droit de propriété (1).

On estime donc préférable de ne plus désigner les restrictions ou limitations du nom de servitudes. Ainsi, plusieurs des dispositions qui se trouvent présentement au titre *Des servitudes réelles* sont ramenées dans le chapitre II du titre consacré au droit de propriété;

8. la distinction entre vue droite et vue oblique n'a pas été conservée pour ce qui concerne la distance à respecter pour ces vues (a. 61). Cependant, il paraissait important de défendre le droit à la vie privée et le droit à l'intimité; le Projet protège ces droits fondamentaux (a. 59 et s.). Ces dispositions expriment les distances en mètres plutôt qu'en pieds, conformément à la tendance actuelle;
9. la section VIII du chapitre II du titre troisième, relative à l'accès sur le fonds d'autrui (a. 69 et s.), est de droit nouveau. Elle permet à un voisin d'entrer sur le fonds d'autrui si l'intrusion est indispensable pour faire des réparations sur son propre fonds;
10. le titre quatrième, *Des démembrements et des modifications du droit de propriété* n'apporte pas de changements fondamentaux au droit substantif. Il convient, cependant, de faire état de certaines précisions apportées au chapitre premier traitant de l'usufruit. D'aucuns ont émis l'opinion que l'usufruit des créances devrait faire l'objet de dispositions du Code civil (2). Ce cas est maintenant prévu aux articles 109 et 113 sujet aux dérogations contractuelles qui pourront être stipulées. L'article 114 traite du droit d'augmenter le capital sujet à usufruit, droit qui appartient exclusivement au nu-propriétaire;
11. les articles 127, 128 et 129 obligent l'usufruitier à faire assurer la chose qu'il possède en usufruit contre l'incendie et autres risques, à moins que le nu-propriétaire ne l'en ait dispensé. S'il y a perte partielle de la chose, il doit réparer celle-ci à même l'indemnité reçue de l'assureur. Si la perte est totale, il peut jouir de l'indemnité jusqu'à

l'expiration de l'usufruit, jour où il doit en remettre le capital au nu-propriétaire. En cas de dispense, l'usufruitier peut assurer la chose pour son compte, et le nu-propriétaire peut faire de même;

12. le chapitre III du titre quatrième, portant sur les servitudes réelles, modifie la définition de la servitude et la rend plus explicite que celle du présent Code. L'article 158 précise que la servitude est une charge grevant un immeuble et non pas imposée à une personne.

L'article 163 énumère les divers modes d'établissement du droit de servitude en y ajoutant la prescription;

13. le Projet contient un chapitre sur l'indivision, divisé en trois sections: une première traitant des principes généraux, une seconde sur la copropriété des navires et une troisième sur la copropriété des immeubles établie par déclaration, que l'on appelle «condominium».

Le principe, depuis toujours reconnu, à l'effet que nul n'est tenu de rester dans l'indivision est conservé dans son essence. Toutefois, le Code ne prévoit aucunement le cas où des individus désirent demeurer copropriétaires, non plus que les règles qui s'appliquent tant que dure une indivision forcée. Ces lacunes sont donc comblées.

Les dispositions du Code civil qui traitent de la copropriété des immeubles demeurent inchangées si ce n'est le vocabulaire que l'on a adapté au reste du Projet.

Le titre de la section devient «Du condominium» pour préciser le sens de l'institution et bien marquer sa spécificité;

14. quant à l'emphytéose, on ne modifie guère le droit actuel si ce n'est à l'article 250 qui précise les droits du preneur. En effet, on a voulu mettre fin aux discussions d'école suscitées par l'expression «l'emphytéose emporte aliénation». Pour ce faire, on reconnaît à l'emphytéote, durant le bail, un droit de propriété complet, mais «temporaire», sur la chose. Ce droit reste cependant conditionnel en ce qu'il ne lie aucunement le propriétaire qui reprend, à la fin de l'emphytéose, son immeuble libre de toute charge ou droit qui a pu être créé par l'emphytéote;
15. enfin, le dernier chapitre du titre quatrième introduit des dispositions nouvelles sur le droit de superficie. Une première section tente de préciser la notion du droit de superficie. La deuxième section traite du bail à construction qui constitue le mode utilisé le plus fréquemment pour établir un droit de superficie. Il a paru utile de prévoir certaines règles particulières régissant le bail à construction vu l'intérêt pratique qu'il présente et la nécessité de le distinguer de l'emphytéose (3).

Certains jugeaient inutile de prévoir des dispositions spéciales sur la superficie. D'autres voyaient dans le droit de superficie une situation particulière qu'il était essentiel de réglementer dans le Code civil. Les articles proposés constituent une ébauche de solution aux problèmes que peut soulever le droit de superficie.

Le titre cinquième est consacré aux sûretés réelles.

Le droit des sûretés réelles se présente, à l'heure de la révision du Code civil, comme un ensemble de règles généralement simples, mais incomplètes.

Jusqu'à maintenant, les techniques de crédit ont évolué en s'accommodant du régime des sûretés du Code civil; on a dû, cependant, y incorporer, entre autres, les nantissements agricole, forestier et commercial et le nantissement d'universalités de créances. Néanmoins, si on le compare aux législations équivalentes des pays environnants, on ne peut que constater la nécessité d'une sérieuse réforme.

Deux aspects du droit actuel portent souvent à critique: l'absence de sûretés mobilières sans dépossession, qui soient d'application générale et le manque de souplesse dans les recours ouverts au créancier privilégié ou hypothécaire. L'action hypothécaire est encore le seul recours reconnu au créancier hypothécaire. Les créanciers ont bien tenté de remédier à cette lacune au moyen de différentes conventions: clause de dation en paiement, clauses de transport des loyers, de transport d'assurance, de prise de possession, entre autres. Certaines de ces conventions ont conduit à des abus maintenant réprimés en partie par les articles 1040a et suivants C.C. Toutes sont exorbitantes des règles propres aux privilèges et hypothèques et ne sont pas suffisantes pour résoudre toutes les difficultés et offrir au créancier dont le débiteur est en défaut un choix de recours appropriés aux circonstances.

L'on a entrepris la réforme du droit des sûretés réelles en posant comme base un certain nombre de principes généraux:

1. la nécessité d'une réforme du droit des sûretés mobilières dans le Code civil comme suite naturelle des modifications se rapportant aux nantissements agricole, forestier et commercial;
2. le besoin d'étendre le champ d'application des sûretés réelles mobilières, tant dans le domaine commercial que dans celui de la consommation, devait s'accompagner de mesures qui tiendraient compte de la situation des économiquement faibles et réduiraient les abus tout en assurant une certaine protection aux créanciers chirographaires; la *Loi de la protection du consommateur* (4) a cependant été adoptée

avant la fin des travaux de l'Office de révision du Code civil, de telle sorte que cet objectif s'est largement réalisé en dehors des cadres du Code civil;

3. la remise en question de la notion et de la mise en oeuvre des privilèges;
4. la nécessité de réformer le système d'enregistrement des droits réels, particulièrement pour l'adapter au projet d'hypothèque mobilière (5);
5. le besoin d'une révision du droit des hypothèques immobilières, eu égard surtout au nombre et à l'exercice des recours hypothécaires par le créancier;
6. le fait que la réforme du droit des sûretés réelles mobilières devait tenir compte de l'Article 9 du *Uniform Commercial Code* des Etats américains et aussi du *Uniform Personal Property Security Act* (6) des provinces canadiennes, pour que le nouveau régime des sûretés réelles mobilières puisse s'harmoniser avec le système nord-américain et la pratique commerciale;
7. le désir de conserver le droit des sûretés réelles aussi près que possible des institutions et des principes du droit civil et de rédiger le Projet en des termes qui reflètent l'esprit de ce système, quelles que soient les innovations à apporter et malgré les diverses sources d'inspiration étrangère.

On s'est efforcé de repenser le système des sûretés réelles dans une perspective d'ensemble et non pas simplement de modifier ou d'augmenter les dispositions actuelles afin d'y faire entrer des mécanismes nouveaux. Les dispositions jugées désuètes ou inadaptées ont été modifiées ou tout simplement abandonnées.

Dans la mesure du possible, on a tenté de conserver l'ordre et le texte même des dispositions actuelles du Code civil, afin de respecter l'interprétation jurisprudentielle de certaines expressions et de certaines notions. On espère que ceci favorisera la continuité entre le droit actuel et le régime proposé.

Les principales modifications au Code civil résultant du présent Projet se divisent en deux catégories: les modifications fondamentales et certaines autres modifications jugées importantes.

Les modifications fondamentales apportées par ce Projet au régime des sûretés réelles sont au nombre de quatre:

1. la première concerne le regroupement de toutes les formes de sûretés

réelles. Ce regroupement réalise une intégration, tant horizontale que verticale, de toutes les sûretés réelles (gage, hypothèque, privilège) et des autres techniques contractuelles poursuivant des buts semblables (vente conditionnelle, vente à réméré et autres) qui se trouvent toutes absorbées dans un seul et simple concept: celui de l'hypothèque. L'intégration horizontale s'entend de l'extension de l'hypothèque aux biens meubles autant qu'aux biens immeubles. L'intégration verticale s'entend de la réduction à une seule sûreté, l'hypothèque, des effets des diverses techniques servant à créer des sûretés réelles. Le Projet régit donc, sous un même titre, tous les moyens prévus par la loi ou utilisés en pratique pour créer des sûretés réelles; il propose aussi l'uniformisation des effets de ces techniques et des recours qui en résultent. Toutes les formes de sûretés que nous connaissons dans les lois actuelles du Québec seraient remplacées pour ne plus être désignées que sous un seul vocable: l'hypothèque.

Le principal résultat de cette uniformisation est de conférer, à tous les titulaires de sûretés réelles, des droits et des recours semblables, quelle que soit la source ou la cause de leur droit. Ce Projet s'inscrit dans le mouvement de réforme qui a balayé les Etats-Unis et qui s'étend maintenant au Canada; il n'est d'ailleurs pas étranger à la tradition civiliste.

Trois espèces d'hypothèques sont conservées: les conventionnelles, les judiciaires et les testamentaires. Par ailleurs, on recommande l'abolition des hypothèques légales et des privilèges;

2. comme seconde modification fondamentale, le Projet propose que certaines dispositions soient d'ordre public et qu'elles ne puissent pas faire l'objet de dérogations. Il a semblé, en effet, qu'en certains domaines, il n'est pas logique de tolérer des dérogations contractuelles dont l'effet serait de mettre en péril les droits que la loi entend protéger. Quelle que soit la forme du contrat, quelles que soient les stipulations des parties et quel que soit le nombre des actes utilisés, toute stipulation ayant pour but d'accorder ou de réserver à un créancier des droits pour assurer le paiement d'une obligation ou de lui conserver des droits à cet effet serait réputée être une stipulation d'hypothèque. Les articles 281 à 285 établissent cette présomption qui s'impose dans un régime juridique où l'on veut avant tout assurer une protection certaine aux débiteurs tout en permettant aux créanciers de connaître exactement quels sont leurs droits. Les tiers y trouveront également leur profit;
3. la troisième modification fondamentale consiste dans l'implantation



d'un régime universel de sûretés réelles mobilières. Le Projet recommande en effet l'abrogation de l'article 2022 C.C. qui prohibe l'hypothèque mobilière. Les principales autres dispositions du Code civil qui sont affectées sont celles du titre *Du contrat de nantissement*, y compris les nantissements agricole, forestier et commercial, de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (7) ainsi que de la *Loi des connaissances* (8). Ce régime des sûretés réelles mobilières, bien qu'intégré dans le titre *Des sûretés réelles* du nouveau Code, ne s'en rapproche pas moins de certaines règles connues tant aux Etats-Unis (*Uniform Commercial Code*) que dans les autres provinces du Canada (*Uniform Personal Property Security Act*). L'hypothèque se prête d'ailleurs très bien à ce rapprochement, puisqu'elle ne consiste qu'en une «charge» sur les biens affectés, donnant droit de suite et de préférence à son titulaire, tout comme le font les divers *Security Act* dans les pays voisins; en fait, c'est l'abandon du *chattel mortgage* (qui conférait un *title* dans les biens affectés) qui a rapproché le système anglo-américain des sûretés réelles de l'hypothèque du droit civil.

Il est vrai que la présence de nombreuses hypothèques mobilières risque de ralentir ou de rendre plus difficile la libre circulation des biens, mais ce problème est intimement lié à l'efficacité du système de publicité qu'il faudra mettre sur pied. Or, la technique moderne rend possible un tel système. L'achat de biens meubles exigera, dans l'avenir, une consultation des ordinateurs-registres pour s'enquérir de l'existence possible d'hypothèques. Cependant, cette recherche ne serait pas requise dans les cas où l'on transigerait avec un commerçant en semblables matières: l'article 479 prévoit que, dans les cas où un tel commerçant dispose d'un bien hypothéqué en faveur d'un tiers de bonne foi, l'hypothèque s'éteint même si l'acquéreur connaissait l'existence de cette hypothèque. Cette large exception au droit de suite et l'efficacité attribuée au système mécanisé de publicité qui devra être créé paraissent fournir une solution satisfaisante à cette première difficulté.

L'accès aux hypothèques mobilières peut présenter des dangers pour le consommateur. Tenté de s'endetter au-delà de ses moyens, il pourra se trouver encouragé à utiliser cette nouvelle sûreté. Son créancier, encouragé par la sûreté additionnelle, tolérera plus fortement son endettement. Cependant, le régime proposé ne devrait pas ajouter aux difficultés actuellement causées par l'utilisation généralisée de diverses techniques de financement (e.g. la vente conditionnelle). La *Loi de la protection du consommateur* (9) devra demeurer, ajustée aux sûretés nouvelles, la principale source de protection des consommateurs. Cependant, les limites et restrictions apportées aux recours du créancier hypothécaire permettront

aux débiteurs de jouir, aux termes du Code, d'une meilleure protection qu'auparavant.

Le système de publicité qui rendra possible cette hypothèque mobilière ne sera guère complexe dans ses principes. Grâce aux ordinateurs, le volume de l'information publiée et son accessibilité de tous les points de la province devraient écarter les problèmes majeurs. Il s'agira d'un enregistrement axé sur la personne. On ne cherchera pas à savoir, comme dans le cas d'immeubles, si tel meuble est hypothéqué: on demandera plutôt si tel débiteur a consenti des hypothèques mobilières et, le cas échéant, si l'hypothèque a été consentie sur le meuble en question. Sans le nom du débiteur il n'y aura pas de recherche possible: on ne peut en effet identifier tous les meubles situés au Québec en leur donnant un numéro individuel qui permettrait la consultation. Il s'agira d'un système de publicité dont le nom du débiteur est la clef de voûte. On devra donc exiger que la vente d'un meuble hypothéqué soit elle-même enregistrée afin que le tiers qui transigera éventuellement avec l'acquéreur puisse effectuer la recherche au nom. Cette exigence est formulée à l'article 382. La non-observance de cet article entraînerait pour le débiteur la perte du bénéfice du terme et pour le tiers l'éviction possible de son bien.

L'utilisation des nouveaux moyens mécanographiques apporterait une solution satisfaisante au problème, jusqu'à nos jours jugé insoluble, de l'enregistrement mobilier; les avantages qu'un régime universel d'hypothèques mobilières permet valent bien qu'on supporte les quelques faiblesses qu'il comporte (10);

4. la quatrième modification fondamentale a trait aux recours du créancier hypothécaire. Le créancier ne jouit présentement que d'un seul recours fondamental, celui de l'action hypothécaire. Lorsqu'il les a prévus, il peut aussi se prévaloir de certains autres droits, comme ceux découlant d'une clause de dation en paiement. Le Projet augmente à quatre le nombre des recours hypothécaires et fait en sorte que tous les créanciers hypothécaires puissent s'en prévaloir, pourvu qu'ils obéissent aux conditions prescrites. Ces quatre recours hypothécaires sont: la prise de possession, la vente autrement qu'en justice, la prise en paiement et l'action hypothécaire suivie de vente en justice. Le titre *Des sûretés réelles* incorpore ainsi la majeure partie des articles 1040a et suivants du Code civil. Le créancier pourra, à son choix, se prévaloir de l'un ou l'autre de ces recours, même successivement.

Le Projet contient certaines autres modifications jugées importantes. Seules les principales seront ici mentionnées.

Tous les privilèges, tant ceux créés dans le Code civil qu'ailleurs,

seraient abrogés. Les motifs de cette abrogation sont énoncés plus loin dans une note à cet effet.

La classification des hypothèques a été reprise: l'hypothèque sera générale ou spéciale, elle pourra être flottante, et elle pourra grever des biens, soit présents, soit futurs. Cette classification, que l'on retrouvait en partie dans la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (11), n'était pas clairement exprimée dans les dispositions du Code civil; elle sera surtout utile dans les affaires commerciales (voir les a. 293 et 294, ainsi que les a. 326 et 334).

Les règles actuelles concernant l'indivisibilité et l'extinction des hypothèques présentent souvent des inconvénients en matière de financements successifs ou d'ouvertures de crédit. En effet, la loi actuelle permet difficilement de consentir une hypothèque pour assurer le paiement de montants qui peuvent fluctuer. Le Projet remédie à cette situation (voir les a. 300 et 335 à 337). Ces dispositions précisent également que l'hypothèque peut être valable même si, au moment de sa création, le créancier n'a pas encore versé la somme qu'il s'est obligé d'avancer au débiteur.

La prohibition d'hypothéquer la chose d'autrui, même en matière mobilière, serait maintenue, sauf dans le cas où le constituant en devient subséquent propriétaire (a. 309).

Sont incorporées dans le Projet des dispositions concernant l'hypothèque grevant les actions du capital-action d'une corporation (voir les a. 311, 400 et 401).

L'article 316 prévoit que l'hypothèque d'un immeuble entraîne automatiquement hypothèque des loyers et des assurances qui le couvrent, en faveur du créancier.

L'hypothèque des gages, salaires, honoraires ou autres rémunérations, ainsi que l'hypothèque des biens insaisissables, serait prohibée (voir a. 319).

De toutes les dispositions, les plus complexes et les plus nouvelles sont sans doute celles qui ont trait à l'hypothèque des créances, des droits et des biens incorporels. Étant donné le caractère spécial de ces biens, ces hypothèques font l'objet d'une série de dispositions particulières, principalement en ce qui a trait à la publication. Ces dispositions détaillées rendent le régime québécois des hypothèques de biens incorporels comparable au régime canado-américain sur les mêmes sujets (voir les a. 338 à 345 et 389 à 399). Les règles des articles 1570 et 1571 C.C. y sont reprises en partie.

Le Projet contient, en outre, des dispositions permettant le transport

de créances hypothécaires au moyen de la négociation d'un titre hypothécaire (nommé la grosse hypothécaire), pourvu que les formalités prescrites par les articles 346 à 352 soient respectées. Ce régime permet au titulaire d'une créance hypothécaire de pouvoir, par exception aux articles 1571 et 2127 C.C., la transporter à un tiers sans avoir à suivre les formalités du transport de créance, de l'enregistrement et de la signification.

L'hypothèque pourrait être publiée de deux façons: l'enregistrement ou, dans le cas de certains biens meubles, la mise en possession du créancier. Dans certains cas, la mise en possession du créancier serait requise pour que l'hypothèque soit publiée (comme dans le cas de titres négociables). Dans le cas des immeubles, l'enregistrement constitue la seule méthode valable de publication. Les dispositions concernant la publication et, en particulier, l'enregistrement des hypothèques sont assez complexes étant donné la grande diversité des situations. Les diverses modalités de l'hypothèque et les moments auxquels les parties peuvent effectuer des changements au contrat hypothécaire requièrent des dispositions sur l'enregistrement particulièrement souples. Les articles 375 à 384 répondent à ces besoins. On notera que l'hypothèque aurait son effet entre les parties, même sans publication. Cependant, pour être opposable aux tiers, l'hypothèque devrait être publiée.

D'autres dispositions régissent les cas où le créancier, étant en possession du bien ou de la créance hypothéquée, en perçoit les fruits et produits. Les articles 384 à 388 et les articles 406 à 410 prévoient les droits des parties en ces cas. Ces dispositions ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui régissent le contrat de gage, mais elles apportent certaines précisions quant aux «transports de créances en garantie».

Au niveau des recours hypothécaires, le chapitre VII prévoit que la plupart des dispositions applicables aux recours hypothécaires sont d'ordre public. Les parties ne pourront donc y déroger par convention (a. 458).

Parmi les recours hypothécaires accordés au créancier, l'on remarque celui de la «prise en paiement» par le créancier. Ce recours de prise en paiement est l'équivalent de la «dation en paiement» que l'on connaît actuellement (le mot «prise» a paru plus exact que le mot «dation», étant donné que le droit du créancier est désormais légal et ne dépend pas de la volonté du débiteur). Une modalité importante accompagne cependant cette prise en paiement. En effet, l'article 441 prévoit que le créancier qui reçoit le bien en paiement le prend libre des hypothèques enregistrées après celles du créancier qui exerce le recours, sauf cependant le droit des

créanciers subséquents ou du débiteur d'exiger qu'il y ait vente en justice. C'est donc dire que la dation en paiement avec effet rétroactif est maintenue sujette à cette importante restriction.

Les articles 1202a à 1202l C.C. ont été incorporés dans le titre *Des sûretés réelles*. Ces dispositions reçoivent application lorsqu'il y a vente en justice du bien à la suite d'une action hypothécaire; il a semblé plus approprié de les rapprocher de l'exercice de ce recours par le créancier. Ces dispositions, qui apparaissent aux articles 446 à 457, ont été simplifiées.

Les dispositions applicables au rang des hypothèques n'ont guère été modifiées. Le rang des hypothèques est généralement déterminé par la priorité de publication, soit par l'enregistrement, soit par la possession du créancier. S'il y avait conflit entre deux sûretés mobilières, dont l'une est publiée par enregistrement et l'autre par la possession du créancier, ce serait alors au créancier qui prétend avoir priorité de faire la preuve de son droit et du moment où il l'a publié; le Projet reprend en cela les solutions nord-américaines et confirme le droit québécois actuel.

Au chapitre de l'extinction des hypothèques, le Projet innove très peu. Il propose, cependant, l'abrogation des dispositions d'exception contenues dans l'article 2081a du Code civil concernant la période de validité de l'enregistrement de certaines hypothèques immobilières.

Par ailleurs, conformément aux dispositions du Projet relatives à la prescription, la période de validité de l'enregistrement d'une hypothèque immobilière est réduite à vingt-cinq ans. Celle concernant la publicité d'une hypothèque mobilière est fixée à cinq ans (voir les a. 472 à 486).

On a déjà souligné la règle proposée dans l'article 479; elle prévoit qu'une hypothèque mobilière s'éteint lorsque le bien qu'elle grève est acquis de bonne foi d'un commerçant en semblables matières dans le cours ordinaire des affaires. Peu importe que cette acquisition se fasse par vente en gros ou au détail, que l'hypothèque ait été publiée à ce moment-là, ou que l'acheteur en ait connaissance. Cette disposition permet de protéger celui qui achète d'un commerçant en le dispensant de consulter les registres de publicité des hypothèques.

Les paragraphes qui précèdent ne soulignent que certaines des modifications importantes apportées au régime des sûretés réelles par le Projet. Quant au reste, on trouvera des commentaires additionnels en marge de chacun des articles proposés.

Une note complète cette introduction: elle porte sur la question des privilèges en droit québécois.

## Note sur l'abolition des privilèges

Le législateur québécois a fait abus de l'utilisation du privilège au cours des cent dernières années. En effet, non content des privilèges énumérés dans le Code civil, principalement aux articles 1994 et 2009 C.C., il a adopté, par lois spéciales, quelque deux cents autres privilèges spéciaux, dont la plupart se rattachent aux droits de la Couronne ou aux droits de certaines corporations particulières, notamment les municipalités.

Pendant ce temps, certains privilèges expressément prévus dans le Code civil tombaient presque en désuétude, le privilège de la dîme, par exemple, alors que certains autres faisaient l'objet d'une activité jurisprudentielle débordante; ce fut le cas particulièrement du privilège ouvrier. Ce dernier a d'ailleurs subi des modifications législatives répétées, chacune paraissant créer à son tour plus de problèmes qu'elle n'en résolvait.

Le régime actuel des privilèges suscite beaucoup plus de critiques que de louanges. Etant donné la multiplicité des privilèges actuels, beaucoup de personnes et d'organismes réclament pour eux-mêmes ou pour leurs membres la création de nouveaux privilèges qui leur permettraient de faire concurrence aux privilèges existants et même de s'assurer un meilleur rang.

On pourrait être tenté de répondre favorablement à ces demandes qui, pour la plupart, semblent tout à fait justifiées; on a, cependant, préféré analyser globalement la situation et tenté de déterminer quelles étaient la justification et la raison d'être des privilèges dans notre droit.

Ce fut une fois de plus le droit romain et l'Ancien droit qui fournirent la réponse la plus éloquente et la plus juste: les motifs du privilège sont des motifs d'équité et d'intérêt commun. Toutes autres raisons ne tiennent qu'à des motifs arbitraires et à des jugements de valeur.

Mais quels sont ces motifs qui pourraient justifier l'existence de privilèges dans la société contemporaine? Nous n'en sommes plus à une époque où les dimensions sociales étaient restreintes, où les capitaux étaient peu abondants, où les techniques et mécanismes juridiques et politiques étaient relativement limités. La production, la circulation et la distribution des biens et des services se fait selon des méthodes et à un rythme bien différents de ceux de l'époque de la codification de 1866. Les méthodes de crédit et de publicité se sont aussi développées; celles qui autrefois étaient restreintes aux commerçants sont maintenant accessibles à tous ou à presque tous les citoyens.

Ne serait-il pas vrai de dire que presque tous les créanciers méritent un privilège? Du point de vue de l'équité, il est en effet assez difficile de les départager: pourquoi donc préférer le vendeur d'un appareil domestique à celui qui fournit les denrées alimentaires ou les vêtements à l'individu? Comment distinguer les divers fournisseurs de biens ou de services et comment préférer ces derniers à ceux qui ne fournissent qu'un crédit ou qu'un prêt d'argent pour se procurer ces biens ou ces services? Les catégories de privilèges que nous connaissons dans le Code civil ne semblent plus correspondre aux exigences de la vie économique actuelle.

Dans ce contexte, il eût été facile de simplement ajouter (et quelquefois retrancher) à la liste des créanciers privilégiés. Cependant, un nouveau problème se serait posé, celui de la détermination du rang de ces personnes. De plus, à moins de faire l'inventaire de toutes les espèces de créances et, à la suite d'une analyse, de leur accorder un rang dans l'ordre de préférence, il ne paraîtrait ni juste ni logique de se contenter d'accorder une préférence à certaines et de la nier à d'autres. Il eût été également injuste de ne considérer que certaines créances pour n'attribuer un privilège qu'à un petit nombre d'entre elles et déclarer chirographaires le résidu. Le seul fait de la mise en rang des créanciers constitue une forme de discrimination qui n'est pas admissible au-delà du premier ou du second rang.

On tend aujourd'hui à l'égalité, au contraire de ce qui prévalait au dix-neuvième siècle. On s'attend à ce que tous les créanciers soient égaux et qu'ils se partagent les biens de leur débiteur en proportion de leur créance. Cette affirmation n'élimine pas nécessairement toute idée de préférence entre créanciers. Les sûretés conventionnelles doivent conserver leur place dans l'activité économique moderne. Ce sont les préférences légales, attribuables à la seule qualité ou cause de la créance, qui semblent être arbitraires.

Il n'y a pas lieu de retenir la notion de privilège en tant que droit réel légal et on en recommande l'abrogation pure et simple.

Il semblait plutôt préférable de valoriser la notion de patrimoine selon laquelle les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, comme l'énonce l'article 1981 C.C. L'avantage des sûretés conventionnelles sur les sûretés légales, e.g. privilèges, est de les soumettre à des règles formelles de publicité, sans leur donner, rétroactivement, un rang préférentiel.

Au surplus, on n'a pu s'empêcher de penser qu'un certain nombre de

privilèges existent du fait que les sûretés réelles mobilières sans dépossession par le débiteur sont prohibées (a. 2022 C.C.). Or, on recommande l'adoption d'un régime général d'hypothèques mobilières.

Un autre aspect fort discutable du droit des privilèges consiste dans leur priorité sur les hypothèques, ainsi que dans l'ordre qui est fixé pour déterminer leur rang entre eux. Ce rang est fixé de façon arbitraire par la loi, avec le résultat qu'un créancier qui a satisfait à toutes les exigences requises pour la publication de son droit peut toujours se voir soumis aux droits d'un tiers à qui la loi accorde un meilleur rang, quelle que soit la date, même postérieure, de la naissance de ce droit.

Le privilège est source d'incertitude. Pour le bon équilibre de l'activité économique, il semble préférable qu'une personne puisse savoir, au moment où elle devient créancière, quels sont les droits qui lui sont attribués et quel est son rang parmi les autres créanciers.

Un compromis possible serait de maintenir certains privilèges comme «hypothèques légales», mais de les soumettre tous à l'exigence de la publicité, de telle sorte que ces hypothèques légales ne prennent rang à l'égard des tiers qu'à compter du moment de leur publication. Cette règle est celle qui a été adoptée en 1964 à l'égard des privilèges immobiliers de la Couronne (a. 1989 alinéa 2 C.C.). L'avantage de cette solution consiste en ce que certains créanciers pourraient acquérir préférence sans avoir à la stipuler, sous réserve cependant des règles de publication. Cette solution ne répond pas, toutefois, aux objections formulées plus haut: dresser une liste de créanciers privilégiés constitue une opération discriminatoire.

Passons en revue les principaux privilèges que prévoit le Code civil, d'abord en matière immobilière, puis mobilière.

## **Matières immobilières**

1. Frais de justice: les frais de justice peuvent être divisés en deux catégories: ceux qui sont payés à l'administration de la justice et ceux qui sont payés aux créanciers (ou à leurs avocats) relativement aux différents frais énumérés à l'article 714 C.P.C. Quant aux premiers, il ne semble pas qu'il soit de saine politique que l'Etat se fasse payer avant les autres créanciers. Cette idée n'est pas nouvelle et a déjà été proposée par la Commission d'étude sur la faillite et l'insolvabilité (12). La justice ne devrait pas tirer profit lorsque des créanciers (qui n'ont pas d'autre moyen d'être payés que par exécution sur les biens de leur débiteur) restent impayés. L'Etat, lui, peut s'appuyer sur



d'autres remèdes. On rejette le fondement d'un tel privilège et on en recommande l'abrogation.

Quant aux frais qui sont payés à une partie ou à son avocat, on y voit une forme de discrimination en faveur de ce créancier et on n'en recommande pas le maintien. En effet, pourquoi ces frais seraient-ils privilégiés alors que les frais de bien d'autres créanciers ne le seraient pas? Le coût de la saisie et de l'exécution est pour le créancier une dépense assimilable à toutes autres qu'il encourt à l'occasion de sa créance et il n'y a pas de raison de lui donner à l'égard des frais une préférence qu'il n'a pas à l'égard du capital et des intérêts de sa créance. De plus, en matière hypothécaire, le Code civil (a. 2016 C.C.) prévoit que les frais sont couverts par l'hypothèque.

Quant à l'avocat, qui jouit bien plus de ce privilège que son client, on ne croit pas qu'il y ait lieu de le protéger plus que d'autres professionnels qui peuvent tout aussi bien encourir des frais pour leurs clients. L'avocat qui utilise le privilège pour le paiement de ses frais se place dans une situation analogue à celle du fournisseur de crédit. Pourquoi bénéficierait-il d'un privilège, alors que le prêteur n'en jouit pas? L'avocat peut ne pas travailler à crédit et réclamer une avance de fonds de son client, s'il choisit de le faire.

On recommande donc l'abolition de ce privilège.

2. Frais encourus dans l'intérêt commun: les commentaires ci-dessus peuvent également s'appliquer aux frais encourus dans l'intérêt commun. De plus, étant donné l'interprétation restrictive que les tribunaux ont apportée à ce privilège (13), on ne croit pas devoir y accorder une importance particulière. On en recommande donc l'abrogation, ajoutant que le droit de rétention pourra toujours être exercé par le créancier, le cas échéant.
3. Frais de dernière maladie et frais funéraires: on recommande l'abolition de ces deux privilèges, sans plus de commentaires.
4. Frais de labours et de semences: la question du salaire des ouvriers manuels sera reprise en détail lors de l'analyse du privilège de la construction. On ne croit pas qu'il y ait lieu de conserver le privilège pour les frais de labours et de semences étant donné, d'une part, leur utilisation peu fréquente et, d'autre part, la limite apportée par l'article 2010 C.C. (plus-value). De plus, eu égard aux autres recommandations, spécialement celles ayant trait à l'hypothèque conventionnelle des récoltes, il n'y a pas lieu de maintenir un tel privilège.
5. Cotisations et répartitions: le privilège pour taxes, cotisations et

répartitions ne semble pas non plus justifié, eu égard aux autres remèdes prévus par la loi pour ces créances. Ainsi, les lois applicables prévoient le recours dit de «vente pour taxes» des immeubles, recours qui nous semble de beaucoup supérieur au privilège en efficacité. Qu'il s'agisse d'une vente au plus offrant ou en moins prenant, la vente pour taxe est un remède qui est exercé et qui est généralement entré dans les coutumes locales (14). On recommande donc ce qui suit:

- a) que le privilège pour cotisations d'églises, presbytères et cimetières soit aboli;
  - b) que le privilège pour taxes scolaires, taxes et cotisations municipales soit aboli, pourvu toutefois que subsiste le droit de ces organismes de faire vendre pour taxes;
  - c) que le Code de procédure civile soit modifié de telle sorte que le décret (et les ventes forcées) ne purge pas les taxes municipales et scolaires. L'article 696, alinéa 4 C.P.C. devrait donc référer, plutôt qu'au privilège et aux taxes et cotisations y mentionnées, au «droit de vendre pour taxes à l'égard de toutes taxes et cotisations scolaires et municipales, quelles qu'elles soient»;
  - d) que la *Loi des cités et villes* (15) et le *Code municipal* (16) soient modifiés pour faire en sorte que les ventes pour taxes ne purgent pas les hypothèques dont sont grevés les immeubles vendus. L'acquéreur prendra le bien sujet aux hypothèques.
6. Compagnies d'assurance mutuelle contre le feu (17): on recommande l'abolition pure et simple de ce privilège dont l'existence est peu justifiée et l'exercice peu fréquent (18).
  7. Droits seigneuriaux: on recommande l'abolition pure et simple de ce privilège.
  8. Privilège relatif à la participation aux charges d'une copropriété (19): on recommande l'abolition de ce privilège dont l'existence est discriminatoire et dont l'effet pourrait tout aussi bien être atteint au moyen de l'hypothèque conventionnelle stipulée dans la déclaration de condominium, quitte à bonifier cette hypothèque de temps à autre par l'enregistrement d'un avis à cet effet (20).
  9. Privilèges de construction: les privilèges de la construction sont sans conteste ceux qui ont donné lieu au plus grand nombre de difficultés dans le droit québécois. Le texte original des articles 2013 et 2103 C.C. a été modifié à plusieurs reprises (21). La jurisprudence sur ces articles est très nombreuse. On peut même aller jusqu'à dire que les

privilèges de construction constituent maintenant davantage une source de conflits et de litiges qu'une sûreté véritable pour ceux qui y ont droit (22). La critique qu'en faisait Me Giroux, dès 1933, était déjà sévère:

«Le prêt hypothécaire sur propriété en construction est rendu impraticable... La bonne foi du prêteur n'est pas protégée, toute négligence ou toute erreur de jugement met en péril ses droits... Avec un tel régime légal, est-il surprenant qu'il n'y ait plus de prêts sur propriétés en construction?... Le législateur, par sa loi sur le privilège, a tué, pendant la période de construction, le crédit du propriétaire.» (23)

On peut comparer l'histoire des privilèges de construction dans le droit québécois à une souque à la corde perpétuelle entre créanciers privilégiés et créanciers hypothécaires. A la suite des inconvénients subis par les prêteurs hypothécaires et décrits par Giroux, ces derniers ont plus tard trouvé le moyen de la dation en paiement conditionnelle (rétroactive) pour neutraliser l'effet des privilèges créés subséquemment à leur hypothèque.

Le privilège naît au début des travaux (sujet à l'enregistrement éventuel); en situant le «début des travaux» au premier moment où le candidat au privilège commence à exécuter l'une des obligations qu'il a contractées, la jurisprudence a contrecarré bien des expectatives de bailleurs de fonds, y compris la foi mise dans la clause de dation en paiement conditionnelle (24). Le résultat en est qu'aujourd'hui, tout comme Giroux (25) le faisait remarquer il y a plus de quarante ans, le privilège constitue plus un empêchement au cours normal des affaires qu'un remède efficace à un besoin qui, pour être certain, n'est pas aussi essentiel que l'on voudrait parfois le laisser croire.

D'ailleurs, depuis que l'on a reconnu l'effet rétroactif - au jour de l'enregistrement - de la dation en paiement, le privilège peut être bien illusoire, si les travaux ont commencé après cet enregistrement. A la suite de ces décisions, les créanciers hypothécaires et les bailleurs de fonds se sont repliés vers de nouvelles techniques et de nouveaux stratagèmes afin d'obtenir une sûreté qui soit à l'épreuve des privilèges de la construction. Est ainsi apparue une nouvelle espèce de bailleurs de fonds, le prêteur temporaire, qui assure, pour un coût cependant plus élevé que le bailleur régulier, la construction de l'immeuble au prix d'une surveillance étroite et quotidienne, de peur que les entrepreneurs, les sous-entrepreneurs et les fournisseurs de matériaux ne réussissent à tromper sa vigilance et l'obliger

à supporter le poids d'une mauvaise utilisation des fonds prêtés pour la construction.

Le cas suivant est typique: l'entrepreneur général, fort de son contrat, reçoit l'argent, soit du propriétaire, soit du bailleur de fonds; il conclut des contrats avec des sous-entrepreneurs et avec des fournisseurs de matériaux, et il lui arrive de ne pas acquitter pleinement leurs créances, ce dont il n'avertit pas toujours le propriétaire ni le bailleur de fonds. Les sous-traitants, n'étant pas payés, n'ont d'autre recours que d'enregistrer un privilège sur l'immeuble en construction, ce qui a pour résultat immédiat de faire cesser toutes nouvelles avances de fonds ou de bloquer l'ouverture de crédit; le chantier est alors paralysé au complet. La reprise des travaux suppose alors le paiement des créanciers restés impayés, ce qui exige souvent de déboursier à nouveau des sommes en plus de celles qui avaient déjà été avancées aux mêmes fins à l'entrepreneur général, le tout aux frais du propriétaire ou du bailleur de fonds.

Etant donné le repos que lui procure le privilège, le sous-traitant, sous-entrepreneur ou fournisseur de matériaux, n'hésite pas à consentir un crédit assorti d'un terme assez long à l'entrepreneur général ou à son cocontractant. Ce dernier se finance alors aux frais du bailleur de fonds en acceptant ce crédit. Celui qui, au bout de la chaîne, supporte ultimement le privilège n'a alors aucun contrôle sur l'opération de crédit. Les termes de crédit qui ont été consentis durant les dernières années ont atteint des proportions qui semblent déraisonnables.

Giroux avait déjà énuméré les inconvénients du privilège accordé aux fournisseurs de matériaux et aux sous-entrepreneurs (26). Ces inconvénients n'ont pas laissé de se multiplier.

Les privilèges de construction ont perdu leur but et leur utilité fondamentale et sont souvent devenus l'outil d'une négociation financière qui n'aide en rien leurs bénéficiaires; il ne semble pas raisonnable d'en suggérer le maintien. De plus, la pratique la plus courante des bailleurs de fonds qui ont conservé une certaine autorité comme les institutions étatiques, e.g. la Société centrale d'hypothèques et de logements, est maintenant d'exiger, à l'avance, soit une renonciation au privilège, soit une cession de priorité.

Les privilèges de construction contribuent souvent à imposer au propriétaire ou au bailleur de fonds l'insolvabilité ou l'irresponsabilité des entrepreneurs généraux; les privilèges peuvent, actuellement, favoriser la fraude et les manoeuvres irrégulières au détriment de ceux dont la

fonction essentielle est de fournir des fonds pour la construction immobilière. Dans bien des cas, les personnes qui jouissent de ces privilèges pourraient autrement se protéger (27).

- a) Le privilège de l'ouvrier: le privilège de l'ouvrier est certainement le plus justifiable et celui qui a le moins donné lieu à des abus. Cependant, son champ d'application est limité à vingt jours. Etant donné les décrets de la construction, les dispositions législatives relatives au salaire minimum, l'action des syndicats ouvriers en ce domaine et la fréquence hebdomadaire du paiement des salaires dans ces cas, le maintien de ce privilège ne nous semble pas justifié.

Il semble par contre que c'est à d'autres niveaux que doit s'exercer le recours de l'ouvrier; à celui du contrat de travail, par exemple. Ainsi, en outre des lois et règlements régissant les chantiers et travaux de construction, il y aurait peut-être lieu de prescrire, aux chapitres du contrat d'entreprise, de services ou de travail, que la créance de l'ouvrier puisse s'exercer non seulement contre son cocontractant, mais aussi contre la personne qui bénéficie de son travail; il pourrait donc avoir recours contre l'entrepreneur général ou le propriétaire de l'immeuble, le cas échéant (28).

De plus, à l'exemple de l'article 107 de la *Loi sur la faillite* (29), le Code de procédure civile pourrait déclarer préférentielles, en cas de collocation, certaines créances comme celle des ouvriers de la construction. Il s'agirait là d'une préférence «personnelle» plutôt que d'un droit réel sur les biens, mais qui atteindrait un résultat analogue. La période de salaires à couvrir pourrait être maintenue à vingt (20) jours. L'endroit tout indiqué pour ces modifications serait aux articles 578 et 715 C.P.C. A l'instar de la *Loi sur la faillite* (a. 107 (1)), le paiement de ces créanciers «préférés» serait par ailleurs soumis aux droits de ceux qui ont une créance «garantie» par hypothèque. Dans ces circonstances, le privilège de l'ouvrier n'aurait plus sa raison d'être.

- b) Le privilège du fournisseur de matériaux: le privilège du fournisseur de matériaux donne lieu à plusieurs difficultés (30).

Ces difficultés résultent souvent de ce que les fournisseurs, forts du privilège que leur accorde la loi, consentent des délais de crédit excessifs et inusités eu égard au cours normal de leurs affaires. Ce sont les entrepreneurs qui en profitent et qui jouissent du crédit qui leur est accordé aux dépens et aux frais du propriétaire ou du bailleur de fonds. Comme l'affirmait Giroux: «le crédit n'est pas de l'essence de la vente et l'emploi des matériaux achetés n'est pas un élément du

contrat de vente, c'est seulement un motif pour l'acheteur de contracter. Les fournisseurs réclament donc des sûretés pour le crédit qu'ils ont volontairement accordé à leurs acheteurs; ils veulent se faire protéger contre l'insolvabilité des clients qu'ils ont cru solvables.» (31). Et ce, répétons-le, aux dépens du tiers propriétaire ou bailleur de fonds.

La disparition du privilège des fournisseurs de matériaux n'éliminera pas les problèmes relatifs à la concurrence ni le besoin de crédit. On pourrait cependant compter que la concurrence et le crédit joueraient dans le cours ordinaire des affaires et non pas en fonction de l'existence du privilège en question, ni de la naïveté, de la tolérance ou de la négligence du propriétaire ou du bailleur de fonds. L'entrepreneur ne devrait pas pouvoir financer exclusivement son travail à même les avances du propriétaire en s'appuyant sur le crédit provoqué par le privilège du fournisseur de matériaux. Le jeu des escomptes bancaires le lui permet ordinairement. De plus, on trouve regrettable la pratique de certains bailleurs de fonds qui défendent à l'entrepreneur de céder à des tiers, e.g. une banque, sa créance pour le paiement des avances.

On recommande enfin que le droit de revendication du fournisseur sur les biens vendus, mais non incorporés à la construction, soit maintenu (a. 2013e C.C.; voir l'article 288).

- c) Le privilège de l'entrepreneur et sous-entrepreneur: le privilège des entrepreneurs et sous-entrepreneurs peut sembler plus important que les autres, à cause du temps requis pour l'exécution de tous les travaux et des sommes impliquées. Par contre, ces personnes sont en bien meilleure position pour assurer leur protection. En effet, l'entrepreneur peut aisément stipuler hypothèque conventionnelle dans son contrat d'entreprise avec le propriétaire. Il en va de même du sous-entrepreneur qui fait affaires avec le propriétaire; s'il traite avec l'entrepreneur général, il peut exiger, soit d'être payé périodiquement, soit d'être subrogé ou de jouir d'une cession des droits de l'entrepreneur (y compris son hypothèque conventionnelle) contre le propriétaire.

La pratique a d'ailleurs démontré que les efforts déployés par les parties pour échapper aux privilèges étaient souvent plus coûteux et ennuyeux que l'avantage qui pouvait en résulter, sans compter que la procédure requise, les états de compte, les certificats, l'examen des lieux et la surveillance n'emportent aucune garantie que les créances sont bien établies ni que le créancier n'aura pas à payer deux fois. Ces

inconvénients pourraient trouver solution au niveau contractuel. On recommande donc que ces privilèges soient abolis.

- d) Le privilège de l'architecte: le privilège de l'architecte est discriminatoire: les autres professionnels qui contribuent aux travaux de construction ne jouissent d'aucun privilège dans le droit actuel. Les ingénieurs, à qui l'on ne reconnaît généralement pas le privilège de la construction, en sont un exemple. Par ailleurs, étendre le privilège à tous ceux qui apporteraient une contribution aux travaux ne ferait qu'augmenter l'insatisfaction actuelle.
- e) Autres recours dans le domaine de la construction: sans nécessairement résoudre toutes les difficultés, l'abolition des privilèges de construction constituerait une amélioration permettant à la libre concurrence de jouer un plus grand rôle, sans pour autant causer préjudice à ceux qui, sous le droit actuel, ont un privilège.

Au surplus, la convention pourra, à l'occasion, y suppléer.

Si l'on veut créer un régime d'exception ou instaurer une protection du «petit» fournisseur ou sous-entrepreneur, il y a d'autres moyens que l'utilisation du droit de propriété ou du droit des sûretés réelles, qui n'ont pas donné des résultats particulièrement heureux. Ces autres moyens pourraient se trouver au niveau du Code de procédure civile ou de lois spéciales, comme la *Loi des dépôts et consignations* (32).

- f) Solution de rechange: les commentaires reçus par l'Office, à la suite de la publication du *Rapport sur les sûretés réelles* ont permis une discussion ouverte et franche des problèmes du financement de la construction immobilière et des difficultés éprouvées. En réalité les commentaires reçus et le fruit de ces discussions n'ont pas convaincu l'Office du besoin de faire exception aux règles proposées sur les sûretés réelles: la recommandation est donc maintenue d'éliminer toutes formes de privilèges et si besoin était de régler autrement que par l'utilisation de sûretés légales les problèmes de financement de la construction.

Toutefois, on estime que si une exception devait être faite, ce que l'on ne souhaite pas, les articles qui suivent permettraient d'apporter une solution mitigée à un problème qui, nous l'avons dit plus haut, ne paraît pas devoir être réglé dans le Code civil au niveau des sûretés réelles. Ces articles sont donc proposés comme une solution de compromis qui permettrait d'harmoniser ce secteur avec le reste du Projet.

S'ils devaient trouver leur place au titre des sûretés, ce serait après l'article 461. Ainsi les a-t-on numérotés 461a à 461h.

461a Cependant, l'hypothèque des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 314 prend rang avant toute autre hypothèque, pourvu que les conditions prévues aux articles 461b à 461g soient remplies.

## Commentaires

Cet article est nouveau. Cette disposition fait exception à la règle de l'article 461 selon laquelle les hypothèques immobilières prennent rang entre elles selon la date de leur enregistrement. Dans le cas de l'hypothèque créée en faveur d'un architecte, d'un ingénieur, d'un entrepreneur, d'un fournisseur de matériaux, d'un ouvrier ou d'un sous-entrepreneur sur un immeuble qui fait l'objet, de leur part, de travaux de construction, de démolition, de réparation ou de transformation, cette hypothèque prend rang avant tout autre hypothèque, même publiée avant qu'elle ne le soit. Cependant la préférence prévue par cet article est limitée au montant de la valeur marchande des travaux faits et des matériaux fournis et n'a lieu que si le bénéficiaire de la préférence remplit les autres conditions prévues par les articles 461c à 461g.

La préférence créée par ces articles remplace ainsi le privilège de la construction des articles 2013 et suivants C.C. Il s'agit ici d'une exception - unique - au principe de la priorité des hypothèques fondée sur leur publication et de l'égalité des créanciers hypothécaires.

461b La préférence n'a lieu que jusqu'à concurrence de la valeur marchande, au moment où ils ont été fournis, des travaux ou des matériaux qui sont fournis ou utilisés dans l'immeuble ou qui servent à sa construction.

## Commentaires

La notion de valeur marchande des travaux et des matériaux qui sert à mesurer le montant de la préférence a paru préférable à la notion de plus-value qui est utilisée en matière de privilèges de construction par les articles 2013 et suivants C.C. Il serait plus facile et plus équitable de déterminer la valeur marchande des travaux et des matériaux que de référer à la «plus-value donnée à l'immeuble». La valeur marchande, qui est une notion courante aujourd'hui dans le commerce (ne fût-ce que pour des raisons fiscales) serait déterminée en prenant en considération le



moment où les travaux ou les matériaux sont fournis et non pas le moment de la fin des travaux ou de la ventilation. Le créancier qui jouit de la préférence ne peut donc réclamer que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qu'il a fourni.

461c Les hypothèques qui jouissent de la préférence visée à l'article 461b viennent ensemble par concurrence, au prorata, sans égard entre elles à la date de leur publication.

Pour le surplus, elles prennent rang selon les dispositions de l'article 461.

## Commentaires

Cet article précise le rang des hypothèques en faveur des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 314, lorsqu'il en existe plus d'une qui jouit de la préférence visée à l'article 461a. Le présent article précise que ces hypothèques viennent ensemble par concurrence sans égard entre elles à la date de leur publication.

Si le montant de l'hypothèque excède le montant de la valeur marchande des travaux et des matériaux, l'hypothèque prend rang selon la date de sa publication pour ce qui est de l'excédent.

On n'a donc pas retenu le principe actuel de la classification des créanciers, comme le font les articles 2013 et suivants C.C. (e.g. ouvriers, fournisseurs, entrepreneurs et architectes). La construction étant une oeuvre commune, il n'a pas paru utile de faire une distinction entre ceux qui y contribuent.

461d La préférence n'a lieu, à l'égard du créancier dont l'hypothèque a déjà été publiée, que si l'hypothèque qui jouit de la préférence est publiée dans les quatre-vingt-dix jours de la date à laquelle le contrat de fourniture des travaux ou des matériaux a été conclu.

## Commentaires

Cet article est nouveau. Il fait exception au principe général selon lequel il n'existe aucun délai pour l'enregistrement d'un droit réel. Comme les articles 461a et suivants établissent une préférence en faveur des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 314, il a paru nécessaire d'exiger que les hypothèques qui jouissent de cette préférence soient enregistrées dans un délai assez court afin de permettre aux bailleurs de fonds d'être au courant aussi exactement que possible de la

situation hypothécaire de l'immeuble. L'hypothèque qui n'est pas enregistrée dans le délai prévu à l'article 461e ne jouit pas de la préférence visée à l'article 461a et prend rang suivant la date de sa publication selon la règle ordinaire de l'article 461.

461e La préférence n'a lieu, à l'égard du créancier dont l'hypothèque a déjà été publiée, que pour le prix des travaux et des matériaux fournis après qu'un avis écrit ait été signifié à ce créancier ou lui ait été donné par courrier recommandé ou certifié. L'avis mentionne la nature des travaux ou des matériaux à fournir, ainsi qu'un montant estimatif, fondé sur les plans et devis ou sur le contrat en vertu duquel la personne fournit les travaux ou les matériaux, le fait que ce montant est révisable, le cas échéant, la date de ce contrat, et le nom des parties.

Un seul avis peut être donné pour le compte de tous les intéressés.

## Commentaires

Cet article s'inspire des articles 2013e et 2013f C.C. Bien qu'il ne soit plus ici question de privilège (i.e. préférence constituée par le seul effet de la loi), mais plutôt de préférence de rang accordée à une hypothèque conventionnelle, les modalités de la préférence doivent être réglementées strictement.

Les difficultés rencontrées en matière de construction tiennent souvent au fait que les fonds prévus pour défrayer le coût des travaux ne parviennent pas toujours à ceux qui ont participé à la construction. Les dispositions des articles 461a à 461h tendent à faciliter le rapprochement entre les diverses parties concernées et à faire en sorte que toutes auront un moyen de protéger leur intérêt. L'avis formel par le créancier au bailleur de fonds qui a une hypothèque sur l'immeuble demeure le moyen le plus direct d'établir cette communication.

Le présent article va, cependant, plus loin que le Code civil, en obligeant la personne qui veut se prévaloir de la préférence à donner un avis du montant estimatif du coût des travaux, fondé sur les plans et devis ou sur son contrat (e.g. avec l'entrepreneur général).

461f Le créancier qui a reçu l'avis visé à l'article 461e peut retenir les montants nécessaires à même les sommes qu'il doit avancer, pour acquitter les créances des personnes desquelles il a reçu l'avis, ou faire le dépôt visé à l'article 310 et obtenir la radiation de l'hypothèque de ces personnes.

## Commentaires

Cet article s'inspire en partie des articles 2013e et 2013f C.C. Cette disposition permet au bailleur de fonds de se libérer de la préférence accordée à l'article 461a en acquittant lui-même la dette du bénéficiaire de cette préférence. Elle innove également en rappelant la possibilité qu'a le créancier de faire le dépôt visé à l'article 310 et d'obtenir aussi la radiation de l'hypothèque de l'autre partie.

461g La stipulation par laquelle le titulaire d'une hypothèque renonce à la préférence de rang prévue par l'article 461a, ainsi que celle visant à empêcher la création d'une telle hypothèque, de même que toute clause pénale les assortissant, sont sans effet.

## Commentaires

Cet article est nouveau. Il paraît souhaitable de priver de tout effet juridique la stipulation par laquelle on tenterait de renoncer à la préférence de l'article 461a ou de forcer le titulaire à y renoncer.

Cette disposition paraît nécessaire étant donné la pratique actuelle d'exiger à l'avance soit une renonciation aux privilèges de construction soit une cession de priorité. En effet, les dispositions exorbitantes des articles 461a à 461h ne trouvent justification que dans l'impasse qui résulte des situations d'inégalité entre les personnes qui se trouvent mêlées au financement ou à la réalisation d'une construction. Ces dispositions auraient beaucoup moins d'utilité si elles n'étaient pas impératives.

461h Les règles du présent titre s'appliquent en outre aux hypothèques des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 314 dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec celles des articles 461a à 461g.

## Commentaires

Cet article est nouveau. Comme les articles 461a à 461g établissent un régime exceptionnel pour les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 314 qui sont titulaires d'une hypothèque, il paraît nécessaire de préciser que, hors les cas prévus aux articles 461a à 461g, les règles générales applicables à toutes les hypothèques leur sont applicables.

g) Le privilège du vendeur: le privilège du vendeur est souvent considéré comme le prototype des privilèges. On prétend que la sécurité qu'apporte au vendeur le privilège facilite la circulation des biens

meubles ou immobiliers. Ce raisonnement paraît exagéré.

D'une part, les créanciers d'une personne seraient beaucoup plus «sécurisés» s'ils jouissaient tous d'un privilège. Citons le cas du prêteur. Celui qui prête \$20 000 à un débiteur encourt un risque aussi grand que celui qui lui vend une maison de \$20 000, puisqu'il y a risque que l'emprunteur gaspille l'argent et qu'il ne soit pas en mesure de rembourser son créancier à l'échéance. Pourtant, la loi ne donne aucun privilège au prêteur. Le vendeur, lui, a un privilège. Pourquoi?

D'autre part, il n'est pas nécessairement vrai de dire que le vendeur contribue plus que les autres créanciers à l'enrichissement du patrimoine du débiteur. L'achat d'une maison de \$20 000 pour un prix impayé de \$20 000 augmente l'actif de l'acquéreur d'un montant de \$20 000, mais aussi son passif d'un montant égal. Il n'en résulte aucune augmentation de la valeur du patrimoine. Un prêt de \$20 000 donnerait le même résultat. Il est par ailleurs exact d'affirmer que la vente peut procurer au débiteur des biens qui lui sont nécessaires, utiles ou agréables et qu'en ce sens le vendeur contribue à son bien-être, mais ceci est souvent tout aussi vrai du prêteur. Il n'en résulte pas pour autant que le vendeur doive être privilégié, puisqu'il n'est pas le seul à augmenter le bien-être du débiteur. Maints autres créanciers, dont le prêteur, y contribuent aussi, sans toutefois se voir attribuer un privilège.

On croit que le privilège du vendeur est injustifié. En réalité, il se peut que l'on ait conservé au vendeur une certaine faveur par rapport au prêteur en raison des anciennes règles et coutumes qui bannissaient le prêt à intérêt. L'hypothèque conventionnelle, qui pourrait dans tous les cas être stipulée par le vendeur, servirait les mêmes fins que le privilège et pourrait s'ajuster aux besoins particuliers des parties.

On n'est pas favorable à la règle de l'article 2100 C.C. qui accorde un effet rétroactif au privilège du vendeur enregistré dans les trente (30) jours de la vente; ce délai paraît être une source de difficultés et de confusion et favoriser la négligence des vendeurs. Plusieurs parties ont l'habitude d'enregistrer leurs contrats avant de débours les argents dus; cette pratique semble avoir les avantages de l'effet rétroactif sans en avoir les inconvénients.

On recommande donc l'abolition du privilège du vendeur ainsi que la règle de rétroactivité des trente jours de l'article 2100 C.C. (33).

Pour éviter les doutes qu'on pourrait avoir quant à la validité de

l'hypothèque conventionnelle du vendeur lorsque les biens de l'acheteur sont grevés d'une hypothèque générale, on recommande l'adoption de l'article 463.

Les dispositions de l'article 2050 C.C., devenues désuètes, seraient donc abandonnées.

La recommandation concernant le vendeur s'applique tout aussi bien aux donateurs, copartageants, cohéritiers et colégataires, visés à l'article 2014 C.C.

- h) Créances pour améliorations: droit de rétention: le droit de rétention est plus fréquent en matière mobilière qu'en matière immobilière; quelques cas de rétention immobilière sont cependant prévus au Code civil (34). Le privilège immobilier est parfois substitué au droit immobilier de rétention (35).

On croit que la règle prévue à l'article 419 C.C. est encore plus simple que le privilège, puisqu'elle permet la rétention pure et simple du bien qui a fait l'objet des améliorations. Le droit de rétention du créancier vigilant n'est pas affecté par une vente en justice; en ce sens, il est un remède encore plus puissant que le privilège. On a cru bon et pratique de retenir l'existence de ce droit. L'article 286 prévoit donc une règle consacrant ce droit de rétention.

- i) Domestiques et employés de compagnies de chemins de fer: le privilège des domestiques et des employés manuels peut assez facilement être assimilé à celui des ouvriers de la construction (36). Le privilège lui-même n'est pas d'une grande assistance à ces personnes. On croit que, dans ces cas, le jeu du paiement préférentiel sur la masse des biens du débiteur en cas de déconfiture, pour une période donnée de jours de travail, e.g. vingt jours ou une période de paie, selon le plus long des deux délais, constitue un remède simple. Si ces droits préférentiels sont limités aux créances des employés manuels et aux créances alimentaires, il n'y a pas de risque de voir se créer un sous-ordre de privilèges généraux.

L'interprétation restrictive donnée au Code emporte discrimination à l'égard des employés et des domestiques. Il y aurait lieu d'étendre la préférence, en cas de déconfiture, à tous les employés manuels du débiteur, quel que soit le type de leur emploi (voir aussi *infra*, sur le privilège mobilier des employés).

- j) Mineurs et interdits: les hypothèques légales des mineurs et interdits sont à toutes fins utiles désuètes et on recommande de les abolir.

L'obtention d'une garantie, par le moyen d'une caution ou d'une

assurance-responsabilité paraît plus indiquée que le mécanisme de l'hypothèque légale ou du privilège.

- k) Autres privilèges et sûretés légales: il existe d'autres privilèges, la plupart résultant de lois spéciales, assurant diverses dettes, comme le paiement de taxes et impositions spéciales. Les commentaires ci-dessus quant au paiement des taxes s'appliquent à la majorité de ces privilèges.

Les privilèges résultant de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (37) devraient également être abolis; des dispositions équivalentes se retrouvent dans le Projet, spécialement aux sections des hypothèques générales et flottantes.

On recommande fortement l'abolition de toutes formes de privilèges. Les recours personnels, la vente pour taxe et les autres droits prévus par la loi nous semblent bien suffisants pour remplir ce rôle.

## Matières mobilières

Etant donné la recommandation d'introduire l'hypothèque mobilière conventionnelle dans le Code civil, les privilèges mobiliers, même s'ils devaient subsister, perdraient leur importance. Revoyons-les un à un.

1. Frais de justice: les remarques sur le privilège immobilier pour frais de justice s'appliquent ici. Les problèmes sont, cependant, plus aigus en matière mobilière; très nombreuses sont les saisies et ventes mobilières qui produisent à peine ce qu'il faut pour payer les seuls frais de saisie et de vente (38).
2. Dépenses faites dans l'intérêt commun: les remarques sur le privilège immobilier pour ces dépenses s'appliquent ici.
3. Taxes municipales: il s'agit ici du privilège mobilier pour certaines taxes municipales. Ce recours ne semble aucunement justifié.
4. Salaires des serviteurs et employés de compagnies de chemins de fer: la politique législative définie relativement aux serviteurs et employés ne repose pas sur le privilège, mais sur une préférence à leur accorder sur la masse générale des biens du débiteur au cas de déconfiture. On propose de permettre d'abord aux créanciers «garantis», c'est-à-dire ceux qui ont hypothèque sur les biens du débiteur, de pouvoir réaliser leur créance en premier lieu, puis, lors de la distribution de la masse des autres biens du débiteur, de permettre à certains créanciers, comme les domestiques et ouvriers manuels, d'être payés par préférence aux autres (39).

On croit que tous les employés manuels devraient pouvoir bénéficier de cette préférence, quel que soit le genre de leur emploi, pour le plus court des deux délais suivants: une période de paie ou vingt jours de salaire.

N'ont guère plus raison d'être les privilèges des personnes engagées pour la pêche, l'agriculture (frais de labours et semences), la coupe du bois, les exhibitions (sic) théâtrales et les cirques. Etant donné la force des interventions syndicales dans la plupart des corps de métiers, le privilège de ces créanciers n'apparaît plus être un remède approprié.

5. Vendeur: la situation du vendeur a déjà été analysée sous le titre des privilèges immobiliers. Ces commentaires s'appliquent également au privilège du vendeur de meubles.

Selon les articles 281 et 282, tout droit et toute sûreté stipulés par un vendeur pour assurer le paiement du prix deviennent une hypothèque. Il s'ensuit que la résolution ou rescision contractuelle actuellement prévue au Code civil ne profiterait plus au vendeur qui devrait désormais recourir aux droits et recours accordés au créancier hypothécaire. Le droit du vendeur impayé de retenir le bien vendu est cependant conservé pour être soumis aux règles régissant le droit de rétention.

Quant au droit de revendication du vendeur, référence y est faite au commentaire sous les articles 288 et 289.

6. Donateurs, copartageants, cohéritiers et coéchangistes: ce privilège participe de la philosophie de celui du vendeur et on fait à son égard les mêmes recommandations que pour l'autre.
7. Droit de rétention: le Code civil place sur un pied d'égalité les créances de ceux qui ont un droit de gage ou de rétention (a. 1994, par. 4 C.C.) pour ensuite les départager entre eux (a. 2001 C.C.).

Le droit de gage étant remplacé, dans le Projet, par l'hypothèque mobilière, le privilège du gagiste disparaîtrait donc.

On recommande aussi que soit aboli le privilège accordé à celui qui a un droit de rétention; ce droit, tel que réaménagé dans les articles 286 et 287, semble suffisant pour assurer la protection du créancier (40).

Enfin, le créancier qui a un droit de rétention pourrait toujours obtenir une hypothèque conventionnelle de son débiteur, qui lui permettrait de provoquer lui-même la vente en justice pour être payé à son rang. Dans la plupart des cas, la création d'une hypothèque mobilière sera d'autant plus facile que le créancier est mis en possession du bien. Cette possession vaudra tant pour la validité du droit de rétention que pour la

validité de l'hypothèque mobilière conventionnelle qu'il aurait pu stipuler. Le peu de formalisme de l'hypothèque mobilière favorise cette solution.

8. Locateur: le privilège du locateur est aujourd'hui dépassé comme remède légal et devrait être aboli. D'une part, on a signalé que la saisie de meubles de ménage rapporte fort peu (41). D'autre part, les meubles servant à l'usage personnel et domestique d'une personne ou d'une famille ne devraient pas normalement être saisissables dans leur totalité. Les exemptions actuellement prévues au Code de procédure civile devraient être étendues (42).

Quant aux baux commerciaux, l'hypothèque conventionnelle peut avantageusement être stipulée et ainsi remplacer le privilège.

9. Couronne: les remarques quant au privilège immobilier de la Couronne s'appliquent à son privilège mobilier dont on recommande l'abolition.
10. Propriétaire d'un bien prêté, loué, donné en gage ou volé: le privilège de l'article 2005a C.C. est assez inusité. Il n'a lieu qu'en matière de meubles, puisqu'en matière immobilière, le propriétaire d'un bien saisi *super non domino* peut toujours faire valoir son droit en temps utile. Ce privilège est pour le moins curieux, puisque si l'on reconnaît au propriétaire le droit d'établir son droit de propriété, l'on reconnaît implicitement qu'il est toujours propriétaire du bien. Il semble donc préférable de reconnaître un simple droit de revendication, si tel est le cas, ou de lui permettre de recouvrer tout le produit de la vente si l'on juge que l'adjudication donne propriété à l'enchérisseur. Les règles du droit de propriété devraient jouer ici, même en matière mobilière.

En réalité, l'article 2005a C.C. ne crée pas vraiment un privilège. Il vise plutôt à bonifier le privilège du locateur sur les biens trouvés dans les lieux loués.

11. Propriétaire de droits d'auteur, artiste et autres: on a proposé à l'Office de révision d'accorder un privilège à certaines personnes qui détiennent des droits d'auteurs dans un bien ou qui ont droit à une rémunération par rapport à l'utilisation d'un bien, ou qui ont droit à des royautés ou redevances eu égard à leur qualité d'artiste, participant ou figurant dans une oeuvre musicale, littéraire, cinématographique ou autre.

Puisque la plupart de ces droits relèvent de la convention, on ne croit pas qu'il y ait lieu de créer un privilège spécial pour assurer le paiement des droits et créances de telles personnes. Il s'agira souvent d'obligations



personnelles assumées par le propriétaire du bien et il n'est pas certain que ces obligations doivent passer nécessairement à l'acquéreur subséquent du bien en l'absence de stipulation expresse. On croit qu'il y a plutôt ici lieu de s'en rapporter à l'hypothèque mobilière conventionnelle dont la publicité assurera autant de protection à ces créanciers qu'un privilège légal.

12. Créanciers alimentaires: y a-t-il lieu de créer un privilège pour les créances alimentaires? On recommande que ces créances jouissent, au même titre que la créance des employés manuels, d'une préférence patrimoniale sur la masse des biens du débiteur en cas de déconfiture.

On croit que les créances alimentaires, en cas de déconfiture du débiteur, devraient être subordonnées à celles des employés et ouvriers que nous avons décrites plus haut. En effet, étant donné la similarité de ces deux créances et la situation de l'employé manuel (dont le salaire sert d'abord à lui fournir les aliments et le logement), on croit qu'en équité ce dernier doit être préféré aux créanciers chirographaires; à cause du caractère de nécessité de leur créance, les employés manuels devraient donc être préférés aux créanciers alimentaires du débiteur (43).

Les créanciers alimentaires pourraient encore jouir de l'hypothèque judiciaire, le cas échéant, ou même de l'hypothèque conventionnelle qui pourrait leur être consentie pour assurer le paiement des aliments. La stipulation d'hypothèque conventionnelle pourrait se faire aisément dans la rédaction des ententes ou partages suivant une séparation ou un divorce.

13. Dîme: le privilège pour le paiement de la dîme n'a plus sa raison d'être et on en recommande l'abolition.
14. Frais funéraires: quelles que soient les raisons historiques de ce privilège, on ne croit pas, pour les raisons exprimées ci-dessus, qu'il doive être maintenu, non plus que celui pour le «deuil de la veuve» (sic: a. 2002 C.C.).
15. Frais de dernière maladie: le contexte de l'assurance-santé et de l'assurance-hospitalisation permet de recommander l'abolition pure et simple de ce privilège, y compris les frais de médecin, apothicaires (sic) et garde-malades.
16. Fournisseurs de provisions: les fournisseurs de provisions sont présentement inclus sous la définition de «domestiques» (a. 2006 C.C.) et jouissent d'un privilège pour leurs fournitures des douze derniers mois. Étant donné la recommandation d'abolir tant le privilège des domestiques que celui du vendeur, on croit que ce privilège devrait, lui aussi, être éliminé.

17. Bâtiment marchand, cargaison et fret: le privilège maritime sur les bâtiments marchands, leur cargaison et le fret serait également abrogé, sous réserve, en certains cas, des dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (44).
18. Autres privilèges: les lois du Québec contiennent des douzaines d'autres privilèges qui, on l'a déjà relevé, visent principalement à assurer l'exécution de créances appartenant à la Couronne ou aux corporations municipales et scolaires. On en recommande l'abolition totale. Les motifs ci-dessus indiqués justifient cette recommandation, d'autant plus que, dans la majorité des cas, la vente pour taxes constitue un remède énergique et adéquat à ces besoins. Enfin, plusieurs de ces créances se rapportent à des permis, licences et autres «privilèges» dont la suspension ou l'annulation constitue un remède certain.

Les privilèges résultant de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (45) dont il a été traité plus haut seraient abolis et remplacés par des dispositions spécifiques du Projet sur les hypothèques (46).

Le titre suivant, intitulé *De l'administration du bien d'autrui*, contient les dispositions communes à toutes les formes d'administration et reproduit des règles qui se trouvent actuellement aux chapitres *Du mandat*, *Du dépôt*, *De l'exécution testamentaire*, *De l'administration des successions*, *Des corporations* et au titre *De la fiducie* (y compris certaines dispositions générales de la *Loi des compagnies* (47)).

Le but principal du Projet est de regrouper ces règles dans un seul titre, afin d'éviter de les répéter sous chaque titre ou chapitre particulier ou d'avoir à considérer le mandat comme le contrat type d'administration du bien d'autrui. Les dispositions particulières à un contrat ou à une situation sont énoncées sous son propre titre. De plus, le Projet codifie des règles reconnues par la pratique, mais qui ne sont pas énoncées au Code civil.

Etant donné que le Projet vise à réglementer l'administration proprement dite, il ne contient pas de règles consacrées aux droits et recours du bénéficiaire de l'administration. Il contient, néanmoins, certaines dispositions relatives aux recours généraux du bénéficiaire. On retrouvera, par ailleurs, dans les dispositions relatives au mandat, au dépôt, à la fiducie, aux successions, aux personnes protégées et dans la *Loi sur les corporations*, entre autres, les droits et recours que les intéressés pourront exercer, soit contre l'administrateur, soit en son lieu et place.

Le titre *De l'administration du bien d'autrui* vise à déterminer les obligations de l'administrateur encore qu'il énumère certains de ses

droits. Par ailleurs, si tous les administrateurs sont soumis aux mêmes obligations générales et aux mêmes règles de conduite, ils n'ont pas tous les mêmes pouvoirs. Ainsi, dans le cas du mandat, il faut nécessairement s'en remettre au contrat pour déterminer l'étendue des pouvoirs. Mais les obligations fondamentales du mandataire demeurent les mêmes indépendamment de ses pouvoirs. Les règles applicables à chaque situation préciseront les exceptions à ces normes, ainsi que les droits et pouvoirs des intéressés.

La classification des obligations et des pouvoirs en trois catégories: (a) garde, (b) simple administration, (c) pleine administration, (a. 487) correspond à la division classique des genres d'administration. Cette division servirait de référence de base pour les contrats et les autres cas d'administration créés par la loi. Les pouvoirs de l'administrateur pourront varier selon les circonstances: ainsi, l'administrateur qui n'a qu'un acte à faire n'aura pas les mêmes pouvoirs que celui qui a une fonction à remplir.

Le titre *De l'administration du bien d'autrui* constitue donc le dénominateur commun de toutes ces situations en énonçant les obligations que l'administrateur doit respecter.

La codification proposée se fonde sur les dispositions du Code civil, auxquelles on a ajouté des règles utilisées en pratique ou appliquées par la jurisprudence. Plusieurs de ces règles s'inspirent également de la législation récente concernant certains types d'administrateurs particuliers, notamment les fiduciaires et les administrateurs de corporations. On n'a pas hésité alors à faire appel aux lois étrangères pour en extraire les principes fondamentaux qui sont ensuite formulés dans le contexte du Code civil.

On distingue dans le droit actuel trois relations principales à l'égard du bien d'autrui:

1. la garde ou détention: le dépôt (a. 1795 C.C.); le gage (a. 1968 C.C.); le voiturier (a. 1672 C.C.); l'aubergiste (a. 1814 C.C.);
2. la possession accompagnée de l'usage:
  - a) le simple usage: le prêt à usage (a. 1762 C.C.); le louage de choses (a. 1605 C.C.); l'usufruit (a. 443 C.C.); l'usage et l'habitation (a. 487 C.C.);
  - b) l'usage accompagné d'aliénation: l'emphytéose (a. 567 C.C.); chose consommable: le prêt de consommation (a. 1778 C.C.); le quasi-usufruit (a. 452 C.C.);

3. la possession accompagnée d'usage des droits d'autrui pour le compte d'autrui: le séquestre (judiciaire et conventionnel) (a. 1818 C.C.); le mandat (a. 1701 C.C.); l'exécution testamentaire (a. 905 C.C.); la tutelle (a. 249 C.C.); la curatelle (a. 337 C.C.); le conseil judiciaire (a. 349 C.C.); la fiducie (a. 981a C.C.).

Le Projet trouve donc sa première justification dans l'élimination de dispositions semblables ou parallèles. Cette méthode a paru préférable à celle qui utiliserait un contrat type auquel les dispositions visant les contrats particuliers feraient renvoi. Le dépôt et le mandat sont évidemment de caractère général, mais ils ne peuvent pas s'adapter à toutes les situations. Les multiples renvois du Code civil en donnent une idée:

1. a. 290: le tuteur administre; voir la relation entre l'article 290 et les articles 1484 et 1706 C.C.;
2. a. 441q et suivants: l'administrateur d'une copropriété agit «comme administrateur» et l'on répète une série d'articles semblables à ceux du mandat et de la fiducie;
3. a. 918: l'exécuteur testamentaire est «saisi comme dépositaire légal», avec pouvoirs semblables à ceux du mandataire;
4. a. 981b: le fiduciaire est «saisi comme dépositaire et administrateur», avec pleins pouvoirs;
5. a. 1851: les associés ont un «pouvoir d'administrer»;
6. a. 1972: le créancier gagiste possède la chose «comme un dépôt»;
7. les dispositions sur le dépôt et le mandat se recoupent, elles aussi.

On voit, à la lumière de ces dispositions, que le Code civil traite de l'«administration» du bien d'autrui sans, toutefois, définir cette expression. Faute de mieux et selon les principes d'interprétation, on s'en remet généralement aux dispositions du chapitre *Du mandat*, à celles de l'article 1064 C.C. et aux autres règles générales dans la mesure où elles sont applicables.

Dans certains cas, comme celui de l'interprétation de l'article 80 de la *Loi des compagnies*: «Les affaires de la compagnie sont administrées par un conseil d'administration...», l'absence de dispositions spéciales applicables à ces situations et d'un titre général sur l'administration du bien d'autrui a créé de sérieux problèmes d'interprétation et d'application des lois existantes.

A l'appui de la nécessité de règles générales sur l'administration du bien d'autrui, se présente le besoin de simplifier les diverses dispositions existantes et d'unifier les concepts et le vocabulaire utilisés. Citons comme

exemple le cas de l'obligation d'agir «en bon père de famille» (l'obligation de prudence et de diligence du Projet). Au-delà du principe énoncé à l'article 1064 C.C. sur la conservation d'un bien en bon père de famille, cette notion se retrouve dans presque toutes les parties du Code civil: a. 290 (tuteur), 339-343 (curateur), 441r (administrateur de copropriété), 464 (usufruitier), 490 (usage), 581 (emphytéose), 919 (exécuteur testamentaire), 949-955 (grevé de substitution), 981b (fiduciaire), 1617 (louage), 1710 (mandat), 1766 (prêt à usage), 1802 (dépôt), 1814 (aubergiste), 1819 (séquestre), 1972-1973 (gage).

On pourrait de même citer l'exemple de l'obligation de rendre compte, qui est prévue dans la plupart des cas ci-dessus énumérés, de l'obligation résultant de la détérioration, de l'usage abusif, de l'obligation de remettre le bien, de l'obligation de faire fructifier le bien, du droit de rétention, du contrôle judiciaire, de la solidarité ou de la règle de la majorité.

On n'a pas la prétention de trancher tous les problèmes d'administration soulevés en jurisprudence sous le Code civil. En fait, les difficultés rencontrées dans le passé tenaient souvent à l'imprécision du Code et à la confusion engendrée par le terme même «administration» qui était utilisé dans divers sens. On peut cependant croire que l'emploi des trois catégories: «garde», «simple administration» et «pleine administration» avec une définition globale du but poursuivi et des pouvoirs incidents de l'administrateur élimineraient la plupart des difficultés jusqu'à maintenant encourues.

Le titre *De la fiducie* modifie le droit actuel en élargissant considérablement le champ d'application de la fiducie. L'usage limité que l'on peut faire, à l'heure actuelle, du mécanisme de la fiducie est, en effet, source de frustrations nombreuses particulièrement dans le monde des affaires.

Vouloir admettre dans un contexte de droit civil une institution aussi intimement liée à l'évolution même du droit anglais n'est pas sans présenter de nombreuses difficultés dont le noeud réside dans la notion même que chaque système juridique se fait du droit de propriété. Il est, en effet, difficile de concilier la notion de propriété du droit civil avec le trust du droit anglais qui procède essentiellement de la distinction faite entre *Law* et *Equity* (48). L'introduction, par des lois spéciales (49), des dispositions actuelles concernant certaines formes de fiducies a, d'ailleurs, suscité les interprétations les plus variées (50).

Si l'on analyse la fiducie dans un contexte de droit civil, il est immédiatement apparent que les droits que le fiduciaire exerce sur les biens qui lui sont transportés en fiducie ne sont pas ceux d'un propriétaire,

au sens classique du terme, encore qu'il ait tous les pouvoirs d'administration et d'aliénation. La propriété ne peut non plus reposer sur le bénéficiaire qui est dans la situation d'un créancier à l'égard de la fiducie. Quant au constituant, il est essentiel qu'il se départisse des biens qu'il met en fiducie. En proposant de considérer que les biens mis en fiducie constituent un patrimoine distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, on veut assurer l'autonomie du patrimoine fiduciaire et en assurer la permanence, quelle que soit l'identité du fiduciaire (51).

L'élargissement proposé du droit de la fiducie se limite aux fiducies constituées de manière explicite (*Express Trusts*). Il n'introduit pas, dans notre droit, la théorie du droit anglais de la fiducie découlant de l'opération de la loi (*Resulting Trusts* et *Constructive Trusts*) (52). Le droit civil possède, en effet, les mécanismes appropriés pour régir la plupart des situations qui y ont suscité son élaboration: on peut mentionner le mandat, la gestion d'affaires, la copropriété, les règles relatives au transfert de propriété et celles de la preuve, sans compter les recommandations sur l'administration du bien d'autrui.

On croit généralement en droit existant que la fiducie doit être constatée par un écrit (53). Il n'est, toutefois, pas recommandé de faire de l'écrit une condition de validité de la fiducie. L'écrit pourra néanmoins être requis par les règles propres au contrat qui la constitue. La fiducie testamentaire doit, par ailleurs, revêtir l'une des formes exigées pour le testament. De plus, les règles de la preuve pourront en pratique rendre l'écrit nécessaire.

Le droit actuel reconnaît que l'on puisse conférer une faculté d'élire illimitée au fiduciaire chargé d'utiliser les biens qui lui sont légués pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises (article 869 C.C.). Cette règle exceptionnelle est étendue à la fiducie constituée pour les mêmes fins, par donation entre vifs. On ne propose pas, cependant, de l'introduire dans les fiducies constituées à titre gratuit pour une fin d'intérêt privé. Quant à la fiducie constituée pour le bénéfice d'un donataire ou d'un légataire, on propose une disposition reconnaissant au constituant, au fiduciaire et même à un tiers le droit d'exercer la faculté de déterminer la part des bénéficiaires lorsque l'acte le prévoit expressément.

Les règles relatives au fiduciaire et à son administration seraient les mêmes pour toutes les formes de fiducies. Ces règles sont, dans l'ensemble, conformes au droit actuel ou à la pratique et sont principalement énoncées dans le titre *De l'administration du bien d'autrui* auquel on a fait renvoi.

Du point de vue de la durée de la fiducie, le Projet considère la fiducie selon qu'elle est constituée pour le bénéfice d'un donataire ou d'un

légataire, ou selon qu'elle l'est pour la poursuite d'un but d'intérêt public ou privé. A l'égard de la première, on appliquerait, comme en droit actuel, la même règle qu'en substitution. A l'égard des dernières, on propose qu'elles puissent être perpétuelles. La fiducie pour une fin d'intérêt public ou privé serait par ailleurs soumise à la surveillance du Curateur public. Cette règle ne s'appliquerait, toutefois, pas aux fiducies constituées à titre onéreux.

Parmi les dispositions nouvelles dont le titre *De la fiducie* recommande l'adoption, on remarque la mention expresse que le donateur peut se réserver le droit de recevoir tout ou partie des revenus de la fiducie ou du capital, l'acceptation présumée du bénéficiaire, les règles supplétives de dévolution de l'intérêt d'un bénéficiaire en cas de caducité, ou des biens de la fiducie lorsqu'elle se termine et la possibilité de s'adresser au tribunal pour modifier les dispositions de l'acte constitutif ou mettre fin à la fiducie.

On applique, quant au reste, les dispositions du droit commun concernant la capacité, le droit des obligations, la preuve et la publication des droits réels.





## TITRE PREMIER

# DE LA NATURE ET DE LA DISTINCTION DES BIENS

### 1

Cet article est nouveau. L'insertion d'une définition du mot «biens» dans le Code civil a pour but de corriger une erreur de classification qui s'est perpétuée au cours des siècles. On a coutume, en effet, d'utiliser le mot «biens» pour désigner les choses et les droits, les premiers étant qualifiés de «biens corporels» et les seconds, de «biens incorporels». Cette manière de procéder présente les droits et les choses comme deux subdivisions d'un même tout; mais, en fait, ce sont deux concepts absolument distincts qui, logiquement, ne devraient pas être réunis sous un même terme générique.

Cette terminologie défectueuse résulte de la confusion que faisait l'ancien droit romain entre le droit de propriété et la chose qui en est l'objet. En réalité, le droit de propriété est incorporel comme les autres droits réels qui ont pour objet des choses. Mais, d'autre part, les choses font l'objet non seulement du droit de propriété mais aussi des autres droits réels.

R. von Jhering explique bien l'origine de cette erreur de classification (54):

«Un vestige de cette conception ancienne... existe encore dans la classification des choses en «res corporales» et en «res incorporales»... La propriété y figure comme «res corporalis», alors que tous les autres droits se trouvent rangés dans la seconde catégorie. On ne peut, à mon avis, contester la fausseté de cette assimilation de la propriété avec son objet. La propriété est une «res incorporalis» au même titre que les autres droits réels, et, en droit, lorsqu'on la transfère, ce n'est pas la «res corporalis» qui est transmise c'est le droit, la «res incorporalis». Néanmoins cette erreur de classification a une base historique: elle est l'expression très adéquate de la conception du droit ancien... qui, dans la propriété, confondait la chose et le droit.»

La même idée est exprimée par René Savatier (55):

«Nous avons quelque scrupule à parler encore de biens corporels. Depuis Jhering, les juristes savent pertinemment qu'en réalité, tous les biens s'analysent, pour eux, en des droits, donc en une notion incorporelle. C'est par un raccourci, par une éლისion, que, dans un patrimoine, on compte comme des biens une maison ou un bijou, car le patrimoine ne comprend à l'analyse, que des biens incorporels, des droits. Ce qu'il faut

seulement noter, c'est que ces droits s'exercent tantôt sur des objets concrets: des choses corporelles, tantôt sur des objets abstraits: une créance, un monopole d'exploitation, une part sociale.»

L'article donne une définition du mot «bien» qui paraît plus conforme à la logique juridique: les biens sont les droits personnels et réels; ils constituent l'actif du patrimoine.

## 2

Cet article complète et explicite la définition donnée à l'article précédent (56).

# CHAPITRE PREMIER

## DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES

### 3

Cet article reprend l'article 374 C.C. en le modifiant pour tenir compte des remarques faites à l'article premier.

### 4

Cet article contient une disposition résiduaire créant une présomption qui sera renversée par les dispositions expresses du Code civil. Cette présomption évite ainsi les doutes qui pourraient se soulever dans la classification des biens et des choses.

### 5

Les articles 5 à 9 énumèrent les cas dans lesquels la loi dispose que les choses et les biens ont un caractère immobilier.

Il est d'abord question des choses immobilières et, ensuite, des droits immobiliers.

L'article 375 C.C. et les quatre catégories d'immeubles qu'il définit seraient supprimées. On peut noter, en particulier, dans le cas des choses, la disparition de la catégorie des immeubles par destination.

L'article 376 C.C. a été légèrement modifié: le mot «bâtiments» a été remplacé par les mots «constructions et ouvrages»; ces derniers semblent avoir une portée plus extensive que le premier. Le mot «bâtiments» a été interprété largement par la jurisprudence qui a considéré comme «bâtiments» des ouvrages tels les ponts, canalisations, réseaux téléphoniques et

réseaux de distribution électrique (57). Les mots «constructions et ouvrages» désignent de façon beaucoup plus claire ces différentes structures adhérentes au sol.

L'article 376 C.C. est également modifié par la suppression des mots «par leur nature». En effet, on a fait disparaître les différentes catégories d'immeubles énumérées à l'article 375 C.C.; il n'y a plus qu'une sorte d'immeuble d'où l'inutilité de la qualification «par leur nature».

L'article 377 C.C. serait abrogé; les ouvrages qui y sont énumérés entrent dans la définition de cet article.

## 6

Le premier alinéa de cet article reproduit en substance l'article 378 C.C.

Le deuxième alinéa est nouveau. Il s'inspire du projet de la Commission de réforme du Code civil français (a. 5) et du Code civil éthiopien (a. 1133).

Les mots eux-mêmes «minéraux», «végétaux», entre autres, reçoivent ici leur sens ordinaire, puisqu'ils ne sont pas qualifiés.

## 7

Le premier alinéa de cet article reproduit le droit existant selon lequel les choses mobilières incorporées à un immeuble perdent leur individualité et se confondent avec l'immeuble par nature auquel elles sont incorporées.

Le second alinéa et certaines des dispositions qui suivent visent à remanier la théorie des immeubles par destination contenue aux articles 379 et 380 C.C. Certains des éléments de cette théorie ont été retenus. Dans l'état actuel du droit, on considère comme immeubles par destination non seulement les choses mobilières qui, sans perdre leur individualité, ont été attachées à un immeuble par nature, mais également les choses qui ont été simplement placées sur un immeuble par nature. La jurisprudence a interprété très largement la théorie de l'immobilisation par destination, si bien que l'on en est venu à considérer, à l'occasion, comme immeubles, les wagons de chemin de fer et les camions d'entreprises industrielles ou commerciales (58). Tout en faisant disparaître l'appellation «immeuble par destination», le Projet traite les choses qui sont matériellement attachées à un fonds de terre, une construction ou un ouvrage quelconque comme parties intégrantes de l'immeuble. Les choses qui sont simplement placées sur un immeuble conservent leur caractère

mobilier. On n'a ainsi que des meubles et des immeubles, sans l'intermédiaire «immeubles par destination».

Dans l'état actuel du droit, pour que la chose mobilière devienne un immeuble par destination, il faut qu'elle ait été attachée à l'immeuble par nature ou encore placée sur l'immeuble par nature par une personne qui soit, en même temps, propriétaire et de l'immeuble par nature et de la chose mobilière. De plus, ce propriétaire doit avoir attaché ou placé la chose de façon permanente ou, comme dit le Code, «à perpétuelle demeure». Il s'ensuit que le locataire d'un immeuble ne peut pas faire un immeuble par destination d'une chose mobilière qui lui appartient; de même, le propriétaire d'un immeuble ne peut pas transformer en immeuble par destination une chose mobilière appartenant à un tiers. Dans chacun de ces deux cas, cependant, la chose mobilière devient immeuble par nature si elle est incorporée et si elle perd son individualité, peu importe que l'auteur de l'incorporation, dans le premier cas, se trouve à être locataire et que, dans le deuxième cas, il ne soit pas propriétaire de la chose incorporée.

Le texte nouveau édicte que les choses doivent être matériellement attachées à demeure à un immeuble. Si une chose a été attachée à un immeuble par une personne qui n'était pas propriétaire de cet immeuble, il sera, généralement, difficile de soutenir que cette chose a été attachée à demeure; elle ne deviendra pas alors partie intégrante de l'immeuble. D'autre part, on voit à protéger les droits que des tiers pourraient avoir dans les choses qui sont attachées à un immeuble («sans préjudice des droits alors existants sur ces choses au profit des tiers»). Grâce à cette disposition, le propriétaire dont la chose a été matériellement attachée à l'immeuble d'une autre personne pourra, le plus souvent, faire reconnaître son droit de propriété et empêcher ainsi que sa chose ne devienne partie intégrante de l'immeuble.

## 8

Cet article reproduit, avec de légères modifications de rédaction, le deuxième alinéa de l'article 386 C.C. Le premier alinéa de l'article 386 C.C. n'a pas été retenu.

## 9

Cet article régit les droits immobiliers. Il s'agit de ce que l'article 375 C.C., de même que l'article 381 C.C., appellent les immeubles par l'objet auquel ils s'attachent.

L'article contient une formulation générale qui remplace avantageusement les énumérations contenues dans l'article 381 C.C. La disposition

nouvelle s'inspire, en partie, de l'article 9 du projet de la Commission de réforme du Code civil français (59).

On ne retient pas la catégorie des immeubles par la détermination de la loi: l'article 382 C.C. serait abrogé.

## 10

Les choses mentionnées dans cet article sont, de façon générale, des immeubles par destination dans le droit actuel (a. 379 et 380 C.C.).

Comme on n'utilise plus l'appellation «immeubles par destination» et qu'on ne retient que l'attache matérielle comme critère servant à déterminer quelles sont les choses qui font partie intégrante d'un immeuble, il paraît nécessaire d'adopter la disposition ci-dessus pour préciser qu'on ne retient pas le critère d'attache morale ou intellectuelle présentement reconnu par l'article 379 C.C.

## 11

Cet article est nouveau; il est inspiré de l'article 7 du projet de la Commission de réforme du Code civil français et par l'article 1128 du Code civil d'Ethiopie.

Cette solution est également reconnue par la doctrine qui considère le droit de créance comme incorporé au titre qui le constate. Le droit de créance se transmet par la remise du titre; on confond, en quelque sorte, le droit de créance et le document qui le constate, le document étant une chose mobilière (60).

## 12

Cet article est nouveau; il s'inspire de l'article 7 du projet de la Commission de réforme du Code civil français (61) et de l'article 1129 du Code civil d'Ethiopie. Cette disposition a pour but d'éviter tout doute du fait que ces diverses formes d'énergie, comme l'électricité, le gaz ou la chaleur, n'ont pas de consistance matérielle aussi caractérisée que les choses qui peuvent être vues ou touchées.

Le chapitre II du Livre deuxième du Code civil se termine par les articles 395 à 398 qui donnent la définition de certaines expressions: «meubles», «meubles meublants», «biens meubles», «mobilier», «effet mobilier», notamment, paraissent inutiles (62) et, à l'exemple du Code d'Ethiopie et du projet de la Commission de réforme du Code civil français, le Projet en propose la suppression puisque ces expressions ne lient pas les juges qui, en face de semblables expressions, cherchent toujours la véritable intention des parties (63).

## CHAPITRE II

### DES CHOSES DANS LEURS RAPPORTS AVEC CEUX QUI Y ONT DES DROITS OU QUI LES POSSEDENT

#### 13

Cet article reproduit en substance l'article 585 C.C. et constitue la première d'une série de dispositions consacrées aux choses envisagées quant à leur appropriation: choses non susceptibles d'appropriation; choses susceptibles d'appropriation, mais non appropriées, soit qu'elles ne l'aient jamais été, soit qu'elles aient cessé de l'être. Dans ce dernier cas, il s'agit des choses qui ont été abandonnées par leur ancien propriétaire.

Quant aux choses communes, auxquelles cet article fait allusion, il est coutume de mentionner à titre d'exemples l'air, la mer et l'eau. Il n'est pas utile de donner de semblables exemples dans une disposition législative; par ailleurs, la réglementation de ces choses communes relève des lois d'ordre public et de caractère administratif.

Cependant, l'expression «lois d'ordre public» qu'on trouve dans l'article 585 C.C. n'est pas retenue dans le texte de l'article à cause de la signification très précise qu'elle a en droit civil.

#### 14

Cet article sert de lien entre l'article précédent et les articles 15 et 16.

#### 15

Cet article réunit dans un seul texte les règles énoncées aux articles 588, 589, 590, 591, 592, 593 et 594 C.C. Ces dispositions sont incomplètes et renvoient, pour la plupart, à des lois diverses.

Le nouveau texte résume en une formule simple le principe qui se dégage des diverses dispositions contenues aux articles 588 C.C. et suivants et laisse, en même temps, la porte ouverte à l'application des lois particulières.

#### 16

Cet article complète le précédent. Il codifie le droit existant. Le propriétaire qui n'a pas volontairement abandonné la chose qui lui appartient, mais qui l'a, au contraire, involontairement perdue, continue, en principe, d'avoir la propriété dans cette chose. Sa propriété cessera lorsque la prescription sera accomplie. Certaines lois particulières déterminent la façon de disposer des effets qui n'ont pas été réclamés par leur propriétaire, comme les lois sur les postes et la douane (64).

**17**

Cet article reprend en substance l'article 586 C.C.

**18**

Cet article réunit dans un seul article les propositions contenues aux articles 401 et 584 C.C. Il est conforme à la doctrine actuelle selon laquelle les immeubles ne peuvent être sans maître; seules les choses mobilières qui ont été abandonnées par le propriétaire peuvent se trouver sans propriétaire (65).

**19**

Le premier alinéa de cet article reprend en substance l'article 405 C.C. Le deuxième alinéa y ajoute la mention de la possession.





## TITRE DEUXIEME

### DE LA POSSESSION

#### CHAPITRE PREMIER

##### DE LA NATURE DE LA POSSESSION

###### 20

Le premier alinéa de cet article modifie l'article 2192 C.C. en tenant compte du sens strict que l'on donne aux mots « possession » et « détention ». Il s'inspire de l'article 20 du projet de réforme du Code civil français (66).

Le deuxième alinéa reprend en substance l'article 2194 C.C.

On utilise, dans le langage courant, le mot « possession » pour désigner tantôt la possession juridique qui, comme telle, produit des effets et tantôt la simple détention. Dans les dispositions de ce chapitre - et il en est de même dans tout le Projet de Code civil - le mot « possession » désigne exclusivement la possession juridique et il n'est jamais employé pour désigner la possession qualifiée de précaire ou de naturelle; dans ce dernier cas, on emploie exclusivement le terme « détention ».

###### 21

Le premier alinéa de cet article reprend en substance l'article 2195 C.C. Le deuxième alinéa est nouveau quoique conforme au droit actuel (67).

###### 22

Cet article reprend en substance l'article 2196 C.C.

###### 23

Cet article reproduit, avec de légères modifications de forme, l'article 2193 C.C.

###### 24

Cet article reprend en substance l'article 2199 C.C.

###### 25 et 26

Ces articles reprennent en substance l'article 2198 C.C., en le modifiant pour éliminer la distinction entre les successeurs à titre particulier et

à titre universel du possesseur et en précisant les règles applicables à tous les vices de la possession.

## 27

Cet article formule différemment la définition de la possession de bonne foi que l'on trouve à l'article 412 C.C. La définition nouvelle, qui est inspirée du projet de réforme du Code civil français (68), est préférable à celle de l'article 412 C.C. Puisque la bonne foi se présume, on n'a pas besoin d'une définition aussi descriptive que celle de l'article 412 C.C.

## 28

Cet article est tiré de l'article 2202 C.C. Cependant le deuxième alinéa de cet article est omis puisqu'il énonce une règle ordinaire de preuve (a. 2 du Livre *De la preuve*). De plus, s'il y a des effets qui sont attachés à toute possession et si des effets additionnels sont attachés à la possession de bonne foi, il va de soi qu'une possession peut être de mauvaise foi.

La présomption peut donc être repoussée par la preuve contraire sans qu'il soit nécessaire de le dire expressément.

## CHAPITRE II

### DES EFFETS DE LA POSSESSION

## 29

Cet article énonce une règle qui est une application des principes généraux de la preuve (69). Cette disposition s'inspire de l'article 25 du projet de réforme du Code civil français.

Les articles de ce chapitre indiquent quels sont les effets de la possession. Certains de ces effets ne font pas l'objet d'une réglementation développée et se trouvent traités complètement et exclusivement dans le présent chapitre. D'autres effets de la possession font l'objet d'une réglementation détaillée qui se trouve contenue, soit dans d'autres parties du Code civil, soit dans d'autres textes législatifs; c'est le cas de la théorie de la prescription et de celle des actions possessoires. Quant aux effets de cette deuxième espèce, le présent chapitre ne fait que les annoncer et renvoyer aux autres dispositions législatives qui en traitent.

**30**

Cet article rappelle l'un des effets de la possession.

**31**

Cet article indique l'un des effets attaché à toute possession et renvoie, quant à la réglementation détaillée de cet effet, aux Livres *De la prescription* et *De la publication des droits* (70).

**32**

Cet article renvoie aux recours du possesseur relativement aux améliorations faites.

**33**

Cet article énonce des effets propres à la possession de bonne foi. L'article 411 alinéa 2 C.C. serait supprimé en raison de ce que le possesseur devient bien propriétaire des fruits. On ne tient pas compte des fruits dans le calcul du montant représentant les améliorations auxquelles le possesseur a droit.



## TITRE TROISIEME

### DU DROIT DE PROPRIETE

#### CHAPITRE PREMIER

#### DE LA NATURE ET DE L'ETENDUE DU DROIT DE PROPRIETE

##### 34

Cet article reprend la définition de l'article 406 C.C. avec quelques modifications inspirées de l'article 832 du Code civil italien et de l'article 641 du Code civil suisse.

Le mot «absolue» est remplacé par «de la manière la plus complète»; la propriété se trouve ainsi définie comme étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, sous réserve des dispositions de la loi.

##### 35

Cet article reproduit substantiellement l'article 408 du Code actuel. Ce dernier sert d'introduction à deux chapitres consacrés, successivement, à l'accession sur ce qui est produit par la chose et à l'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. Les dispositions contenues dans le deuxième chapitre réglementent un des modes d'acquisition du droit de propriété. On propose de réserver le terme «accession» au seul cas où le propriétaire d'une chose devient propriétaire de la chose d'autrui qui vient s'unir ou s'incorporer à sa propre chose. Les cas visés par le premier chapitre relèvent plutôt de la question de l'étendue du droit de propriété.

Etant donné la généralité de la formulation de l'article 408 du Code actuel et du présent article, il ne semble pas utile de conserver l'article 409 C.C. qui fait allusion à la propriété des fruits produits par la chose.

Quant aux frais de production, l'article reprend substantiellement l'article 410 C.C.

##### 36

Cet article pose la règle générale: les risques de la chose sont liés au droit de propriété - *res perit domino*. Le possesseur, de bonne foi ou de mauvaise foi, n'est tenu des pertes et des détériorations subies par la chose que si elles ont été causées par sa faute.

**37**

Cet article reprend en substance l'article 414 C.C. qui consacre l'application de la maxime médiévale *cujus est solum ejus debet esse usque ad coelum et usque ad inferos* (71).

Ce principe doit cependant tenir compte du fait qu'il peut effectivement être limité par des lois spéciales ou l'ordre public. Le deuxième paragraphe apporte ce tempérament.

**38**

Cet article reconnaît le principe qu'à côté des dérogations légales à la règle de l'accession, il puisse y avoir également dérogations conventionnelles. Ces dérogations résultent d'une déclaration de condominium ou de la constitution d'un droit de superficie, lesquels sont régis par des dispositions expresses (72). L'article reconnaît aussi la possibilité que ce soit un certain espace déterminé qui fasse l'objet d'une alinéation. On introduit ainsi la notion de propriété d'un cube d'espace et le cadastre vertical (73).

**39**

Cet article remplace les articles 528 et 529 C.C. Il complète l'article 37 et détermine les droits du propriétaire. On signale que des exceptions peuvent exister pour permettre, par exemple, la navigation aérienne, de même que l'installation d'ouvrages requis par les services d'utilité publique.

Il n'a pas paru utile de conserver l'article 529 C.C. qui fait suite à une disposition dans laquelle il est dit qu'un propriétaire ne peut maintenir des arbres qu'à une certaine distance de la ligne de division des propriétés.

**40**

Cet article reprend, en substance, l'article 502 C.C. Il précise davantage que la source est une partie intégrante du fonds et qu'elle est soumise à l'exercice normal du droit de propriété.

**41**

Cet article précise le droit d'usage des propriétaires riverains, mais indique que ce droit peut être soumis à des conditions particulières déterminées par les lois spéciales.

Cet article modifie l'article 503 C.C. et consacre un principe reconnu jusqu'ici dans la pratique.

**42**

Cet article est nouveau. Il n'est pas inutile d'indiquer que le public a un droit d'usage général sur les cours d'eau; encore faut-il pouvoir légalement accéder à ce cours d'eau, soit par la voie publique, soit en vertu d'un droit de passage consenti par le propriétaire riverain. Il y a également le cas du propriétaire riverain qui veut circuler sur des parties du cours d'eau situées ailleurs qu'en face de son fonds. Ceux qui exercent ce droit d'usage général ne doivent pas entraver l'exercice du droit d'usage particulier reconnu aux propriétaires riverains; ils ne doivent pas non plus, à la faveur de ce droit d'usage, prendre pied et s'installer sur les propriétés riveraines.

## CHAPITRE II

### DES LIMITES DU DROIT DE PROPRIETE ET DES RESTRICTIONS A CE DROIT

#### Section I

##### De l'expropriation

**43**

Cet article reprend l'article 407 C.C. en y ajoutant la mention de l'expropriation.

#### Section II

##### Du bornage

**44**

Cet article reprend l'article 504 C.C. en remplaçant la mention selon laquelle le bornage peut être fait à l'amiable ou au moyen de l'intervention de l'autorité judiciaire par un simple renvoi au Code de procédure civile (74).

## Section III

### De l'écoulement des eaux

**45**

Cet article modifie l'article 501 C.C. quant à la forme seulement.

**46**

Cet article reprend en substance l'article 539 C.C.

## Section IV

### Des clôtures

**47**

Cet article remplace les articles 505 et 520 C.C. Il établit qu'un propriétaire a droit de construire, à ses frais, un mur ou autre clôture; ce principe n'est pas énoncé dans le Code actuel. Il faut, cependant, mentionner que cette règle est susceptible de subir des exceptions; en effet, il est normal que les municipalités, pour des considérations d'urbanisme ou d'esthétique, adoptent des règlements sur cette question. La possibilité pour le propriétaire de contraindre son voisin à contribuer aux frais d'un ouvrage mitoyen est conforme aux dispositions actuelles.

**48**

Cet article reprend, en la généralisant, la règle énoncée à l'article 527 C.C. On a jugé qu'il était préférable, contrairement à l'article 527 C.C., de faire jouer la présomption de copropriété même dans le cas où il y a un seul des terrains qui se trouve, selon l'expression de l'article 527 C.C., «en état de clôture». La présomption pourra être repoussée et le voisin pourra alors acquérir la mitoyenneté du mur qui était la propriété exclusive de son voisin.

**49**

Cet article reprend les articles 523, 524 et 525 C.C. avec des modifications de forme. Voir le commentaire sous l'article 48.



## Section V

### De la mitoyenneté

#### 50 et 51

Ces articles sont de droit nouveau.

Il est possible pour des propriétaires contigus de s'entendre pour édifier à frais communs un mur qui sera alors mitoyen; l'empiétement est alors volontaire et non pas un droit légal.

Cependant, dans le cas où un seul des propriétaires construit, les semelles ne sont pas comprises dans la description du mur et peuvent empiéter sur le terrain voisin; la raison motivant cette permission tient à ce que les semelles sont enfouies dans la terre et ne sauraient normalement nuire à la propriété voisine.

#### 52

Cet article modifie l'article 518 C.C. qui permet d'acquérir la mitoyenneté, non seulement d'un mur de construction, mais aussi d'un mur de clôture (75). L'article limite cette possibilité aux seuls cas de construction.

#### 53

La précision apportée à cet article résulte du fait que le terme «mur» est souvent désigné comme étant un ouvrage de brique, de pierre ou de maçonnerie; or, il n'y a aucune raison pour refuser la faculté d'acquérir la mitoyenneté lorsque la construction existante est un édifice de bois.

#### 54

Cet article remplace l'article 510 C.C. Il maintient la présomption de mitoyenneté à l'égard seulement du mur qui sert à appuyer des bâtiments. L'article 511 C.C., énumérant des marques de non-mitoyenneté, n'est pas repris.

#### 55

Cet article reprend en substance les articles 514 et 519 C.C. On omet, toutefois, les précisions de l'article 514 C.C. quant à la profondeur à laquelle on peut placer les poutres ou solives.

#### 56

Cet article réunit dans une même disposition les solutions énoncées aux articles 512 et 513 C.C.; seule la formulation est modifiée.

**57**

Cet article réunit les articles 515 et 516 C.C. Les solutions existantes sont maintenues, sauf quant à l'allusion au dernier alinéa de l'article 515 C.C. aux droits de vue. Il ne semble pas nécessaire de maintenir cette dernière limitation.

**58**

Cet article reprend l'article 517 C.C. avec de légères modifications.

## Section VI

### Du droit de vue

**59**

Seule la formulation de l'article 533 C.C. est modifiée par cet article.

**60**

Cet article modifie les articles 534 et 535 C.C. Il supprime les restrictions quant à la hauteur à laquelle les jours sont permis, vu la règle nouvelle à l'effet qu'ils ne peuvent être transparents.

**61**

Le premier alinéa de cet article reprend l'article 536 C.C. Le dernier alinéa codifie les solutions proposées par la doctrine dans le cas des portes pleines et des perrons (76).

**62**

Cet article est nouveau. Dans l'hypothèse où un mur ou une clôture sont assez élevés pour empêcher un propriétaire de voir chez son voisin, il n'y a aucune raison de prohiber les vues à une distance moindre de deux mètres. Si, toutefois, cet obstacle vient à être démoli, la prohibition reprend son effet, sans toutefois que le propriétaire qui a maintenu, pendant de nombreuses années, des vues à une distance moindre de deux mètres parce qu'un obstacle l'empêchait de voir chez son voisin, puisse invoquer la prescription une fois que cet obstacle est enlevé (77).

**63**

Cet article reproduit l'article 538 C.C.

## Section VII

### Du droit de passage

**64**

Cet article reprend l'article 540 C.C.

Bien que l'article 540 C.C. ne permette le droit de passage qu'au propriétaire d'un fonds enclavé qui n'a aucune issue sur la voie publique, la jurisprudence a admis que l'insuffisance de l'issue pour l'exploitation du fonds crée l'état d'enclave, de même qu'une sortie difficile et impraticable (78).

**65**

Cet article reprend les solutions énoncées aux articles 541 et 542 C.C. La formulation nouvelle s'inspire de l'article 694 du Code civil suisse, de l'article 682 du Code civil français et des articles 1221 et 1222 du Code civil éthiopien.

**66**

Cet article reprend l'article 543 C.C. en en modifiant la rédaction.

**67**

Cet article est nouveau. Il est inspiré de l'article 1224 du Code civil éthiopien.

**68**

Cet article reprend l'article 544 C.C., sauf quant au remboursement de l'indemnité qui n'est plus exigé.

## Section VIII

### De l'accès sur le fonds d'autrui

**69**

Cet article est nouveau. Il s'inspire des articles 1216 et 1218 du Code civil éthiopien.

70

Cet article remplace l'article 428 C.C. Il s'inspire de l'article 1219 du Code civil éthiopien et de l'article 700 du Code civil suisse.

## CHAPITRE III

### DE L'ACQUISITION DU DROIT DE PROPRIETE

71

Cet article reprend en substance l'article 583 C.C. Il s'agit de la nomenclature des modes d'acquisition du droit de propriété; les derniers mots de l'article laissent entendre que la liste n'est pas limitative, mais que des lois particulières pourraient prévoir que le transfert de propriété s'effectue autrement que par l'un des modes expressément prévus par l'article 583 C.C.

On supprime de l'article 583 C.C. l'allusion qui est faite à l'acquisition du droit de propriété par l'effet des obligations; en effet, l'obligation n'est pas translatrice de propriété; c'est le contrat qui transporte le droit de propriété et crée, en outre, diverses obligations comme, par exemple, l'obligation de livrer.

Le Livre *Des biens* ne traite que de l'acquisition de propriété par occupation ou par accession.

72

Cet article reprend les articles 408 et 413 C.C. en modifiant la formulation de l'article 413 C.C. de façon à faire ressortir plus clairement que l'accession est un mode d'acquisition du droit de propriété.

## Section I

### De l'accession immobilière

73

Cet article est nouveau; il annonce les divisions qui vont suivre.

#### § - 1 De l'accession artificielle

74

La règle de l'article 415 C.C. est maintenue; sa formulation est nouvelle et s'inspire des commentaires de MM. Mazeaud (79).

L'article contient trois présomptions:

1. les ouvrages situés sur ou à l'intérieur d'un terrain sont présumés avoir été effectués avec des matériaux qui, alors, appartenaient au propriétaire du terrain;
2. ces ouvrages sont présumés avoir été faits par le propriétaire du terrain lui-même;
3. les ouvrages qui se trouvent sur ou à l'intérieur d'un terrain sont présumés appartenir au propriétaire du terrain. Cette présomption reçoit application même dans l'hypothèse où l'une ou l'autre des deux premières présomptions aurait été repoussée. Le propriétaire du fonds qui a fait des travaux avec des matériaux qui, alors, ne lui appartenaient pas est propriétaire de ces ouvrages, ce qui implique qu'il est devenu propriétaire des matériaux utilisés. Le propriétaire du terrain sur lequel un tiers a effectué des travaux est propriétaire de ces ouvrages. Dans ces cas, la troisième présomption joue même si l'une ou l'autre des deux premières a été repoussée.

Les deux premières présomptions peuvent être repoussées par la preuve contraire. C'est ce que prévoient les articles 416 et 417 C.C. L'article 416 suppose que le propriétaire du terrain a fait des travaux avec des matériaux qui, alors, ne lui appartenaient pas. L'article 417 suppose que des travaux ont été effectués par une personne autre que le propriétaire. Dans ces cas, la troisième présomption joue même si l'une ou l'autre des deux premières a été repoussée.

La troisième présomption constitue une application de la règle de l'article 413 C.C.; le propriétaire d'une chose devient, par voie d'accession, propriétaire de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose. Cette présomption pourra elle-même être repoussée si l'on démontre que l'on a voulu empêcher l'accession de se produire. Ainsi, les parties à un contrat s'entendent pour exclure l'application des règles d'accession et notamment l'application de celle qui est prévue à l'article 413 C.C.

## 75

Cet article modifie la formulation de l'article 416 C.C. de façon à faire ressortir davantage qu'il s'agit de l'application de la théorie de l'accession, telle que définie par l'article 72.

## 76

Les diverses solutions proposées par l'article 417 C.C. feront l'objet, dans le Projet, de plusieurs dispositions. L'article proposé énonce, à

nouveau, le principe de l'accession et contient une précision relativement au sens du mot «améliorations».

Les dépenses somptuaires ou voluptuaires ne sont pas, par définition, comprises dans le sens du mot «améliorations», puisqu'elles n'ajoutent aucune valeur au fonds (80). Il en va de même des dépenses d'entretien.

**77**

Cet article est tiré de l'article 417 alinéas 2 et 3 C.C.

**78**

Cet article reprend, en partie, l'article 417 alinéas 2 et 3 C.C.

**79 et 80**

Ces articles conservent, en substance, les solutions prévues à l'article 417 C.C.

**81**

Cet article est nouveau. La doctrine reconnaît, à côté des impenses nécessaires et des impenses utiles, une troisième catégorie qu'elle désigne sous le nom d'impenses voluptuaires; il s'agit de travaux qui n'apportent aucune valeur additionnelle au fonds et qui n'offrent d'intérêt que pour leur auteur (81).

**82**

Cet article est nouveau. Lorsque l'auteur des améliorations est un détenteur et occupe l'immeuble avec l'autorisation du propriétaire, il est possible que les deux parties aient, à l'avance, déterminé le sort des améliorations que pourrait effectuer le détenteur; il peut aussi arriver - c'est le cas du contrat de louage de choses - que les dispositions du Code régissant le contrat créateur de la détention déterminent le sort des améliorations. Dans les autres cas, dans l'état actuel du droit, on applique, par analogie, les dispositions de l'article 417 C.C. Il est souhaitable d'insérer une disposition qui consacre les solutions de la doctrine (82). Comme le détenteur sait qu'il n'a pu devenir propriétaire, il est normal de l'assimiler à un possesseur de mauvaise foi.

**83**

Cet article reprend en substance l'article 418 C.C., compte tenu des dispositions des articles précédents (83).

**84**

Le droit de rétention du possesseur est reconnu, sous une forme différente, par la disposition proposée. Dans le texte ci-dessus, il est exclusivement question des rapports entre le propriétaire et le possesseur (ou détenteur) auteur des améliorations. Cette formulation permet d'omettre l'allusion que l'article 419 C.C. fait au cas du délaissement sur poursuite hypothécaire. Cette question est d'ailleurs reprise dans le titre *Des sûretés réelles* (84).

**§ - 2 De l'accession naturelle****85**

Cet article reprend en substance l'article 420 C.C. Les articles 420 à 427 C.C. prévoient un certain nombre de phénomènes naturels qui peuvent, à l'occasion, se présenter le long des cours d'eau. La distinction entre rivières navigables ou flottables et celles qui ne le sont pas n'est pas retenue. Tous les cours d'eau sont donc soumis au même régime.

**86**

Cet article reproduit le premier alinéa de l'article 421 C.C. Le deuxième alinéa de cet article est omis.

**87**

Cet article reprend l'article 423 C.C. sauf quant aux mots «un fleuve ou une rivière, navigable ou non», qui sont remplacés par les mots «cours d'eau».

**88**

Cet article remplace l'article 424 C.C. La règle de cet article est généralisée à tout propriétaire du lit. Il est, en effet, possible que le lit d'une rivière appartienne à un particulier, comme dans le cas d'une concession faite avant 1918.

Cet article tient aussi compte de la suppression de la distinction entre rivières navigables et non navigables.

**89**

Cet article reprend en substance l'article 426 C.C.

**90**

Cet article modifie l'article 427 C.C. La solution proposée n'est reconnue dans le droit actuel que dans le cas où il s'agit d'un cours d'eau ne faisant pas partie du domaine public. Dans le cas contraire, l'ancien lit

appartient à l'Etat. L'article proposé semble plus équitable pour les propriétaires riverains.

## Section II

### De l'accession mobilière

#### 91 et 92

Ces articles s'inspirent des articles 429 à 441a C.C.

#### 93

Cet article reprend une partie de l'article 441 C.C.

Cette disposition est complétée par une réglementation du droit de rétention contenue dans le titre *Des sûretés réelles* (85).



## TITRE QUATRIEME

# DES DEMEMBREMENTS ET DES MODIFICATIONS DU DROIT DE PROPRIETE

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'USUFRUIT

#### Section I

#### Dispositions générales

##### 94

Cet article réunit dans une seule disposition les articles 443 et 446 C.C. La définition du droit d'usufruit de l'article 443 est conservée avec quelques modifications inspirées de l'article 1309 du Code civil d'Ethiopie et de l'article 745 du Code civil suisse.

La définition proposée tient compte du fait que le droit d'usufruit peut porter non seulement sur des choses corporelles, mais également sur les choses incorporelles, notamment les droits de créance.

Le Projet ne reprend pas une distinction qu'on aurait voulu tirer du Code civil relativement à la classification illimitée des droits réels (86). Les droits de chasse, de pêche ou autres bénéfiques devront s'entendre soit comme des usufruits (e.g. un droit réel conférant un bénéfice personnel et, donc, viager ou temporaire), soit comme des servitudes (droit réel grevant un fonds au profit d'un autre fonds), sans qu'il soit question de nouvelles classifications (87).

##### 95

Cet article reprend l'article 444 C.C. Il est, toutefois, plus explicite dans l'énumération des modes de création du droit d'usufruit. Il paraît préférable d'indiquer que ce droit peut résulter d'un contrat ou d'un testament plutôt que de dire, comme le fait le texte actuel, que ce droit découle de la volonté de l'homme. De la même façon, il semble préférable de mentionner la prescription comme mode d'établissement de ce droit.

##### 96

Cet article est nouveau. Il mentionne un élément essentiel de l'usufruit.

**97**

Cet article s'inspire de l'article 547 du Code civil de la Louisiane (88).

**98**

Cet article s'inspire de l'article 548 du Code civil de la Louisiane.

## Section II

### Des droits et obligations du nu-propiétaire

**99**

Cet article, qui précise l'obligation du nu-propiétaire, reprend en substance l'article 462 alinéa 1 C.C.

**100**

Cet article reprend en partie l'article 463 C.C. L'obligation de faire inventaire est imposée à l'article 123.

**101**

Cet article reprend l'article 483 C.C. Il généralise la solution actuelle à tout transfert par le nu-propiétaire du droit dont il est titulaire.

L'article 484 C.C. est omis. Il ne fait qu'appliquer les règles de l'action paulienne à un cas particulier.

## Section III

### Des droits de l'usufruitier

**102**

Cet article est nouveau. Il donne une description générale des droits de l'usufruitier qui est inspirée de l'article 1311 du Code civil d'Ethiopie et de l'article 755 du Code civil suisse.

**103**

Cet article décrit, de façon générale, le droit d'user de la chose.

**104**

L'article 452 C.C. ayant donné lieu à des difficultés d'interprétation (89), on a jugé bon de clarifier la règle en s'inspirant de l'article 1327 du Code civil d'Ethiopie.

**105**

Cet article est de droit nouveau. Il s'inspire de l'article 568 (nouveau) du Code civil de la Louisiane. Le droit de l'usufruitier de disposer des choses qui se détériorent graduellement n'est pas un droit absolu. Son exercice suppose que l'usufruitier a agi en administrateur prudent.

**106**

Cet article est plus précis que l'article 447 C.C. qui ne va pas jusqu'à affirmer que l'usufruitier acquiert la propriété des fruits qu'il perçoit (90).

**107**

Cet article modifie l'article 448 C.C. dont il ne reprend pas la distinction entre fruits naturels et fruits industriels. Cette distinction est inutile puisqu'ils sont soumis aux mêmes règles. On les considère donc tous comme étant des fruits naturels par opposition aux fruits civils.

**108**

Cet article ajoute à l'article 449 C.C. une définition générale des fruits civils.

**109**

Cet article vise les profits exceptionnels, telles les primes attribuées à l'occasion du rachat d'une action privilégiée ou d'une obligation (91). Ces profits ne peuvent être considérés comme des fruits en l'absence du caractère de périodicité. Le paiement de ces sommes est plutôt assimilé à des versements de capital et cette situation peut être comparée à celle du remboursement d'une dette par le débiteur.

L'article est tiré de l'article 1348 du Code civil d'Ethiopie.

**110**

Cet article reprend en substance l'article 450 C.C.

**111**

Cet article s'inspire de l'article 450 alinéa 2 C.C.

**112**

Cet article maintient la règle du premier alinéa de l'article 451 C.C. dont il modifie la formulation.

On ne reprend pas le deuxième alinéa de l'article 451 C.C. qui est inutile, les loyers étant couverts par l'appellation générale de «fruits civils».

L'article 453 C.C. serait supprimé.

**113**

Cet article est nouveau. Il fournit une règle expresse relativement à l'usufruit des créances (92).

Il s'agit, notamment, du cas d'un usufruit portant sur l'ensemble du patrimoine d'une personne, patrimoine dans lequel on pourra trouver des créances qui ne sont pas encore exigibles.

Cette situation doit être traitée de la même façon que celle de l'usufruit portant sur une universalité dans laquelle on trouve des choses consommables, particulièrement des sommes d'argent. De même que l'usufruitier peut utiliser ces sommes, quitte à les rembourser à l'expiration de l'usufruit, ainsi devrait-il être appelé à percevoir le capital de la créance, dont il sera comptable à l'expiration de son droit.

**114**

Cet article est nouveau. Il s'inspire, notamment, de l'article 1349 du Code civil d'Ethiopie.

**115**

Cet article est nouveau. Il vise à éviter les manoeuvres du nu-proprétaire qui pourrait, par exemple, refuser systématiquement de déclarer des dividendes dont bénéficierait l'usufruitier.

Le deuxième alinéa prévoit une réserve: le nu-proprétaire aura le droit de vote lorsque la mesure a pour effet de modifier la structure du capital, puisqu'une telle mesure affecte son droit.

**116 et 117**

Ces articles reprennent, en les simplifiant, les règles des articles 455 et 456 C.C.

**118**

Cet article reprend, en substance, l'article 460 C.C.

**119**

Cet article reprend, en substance, l'article 461 C.C.

**120**

Cet article reprend, dans une proposition plus générale, les règles des articles 458 et 459 C.C.

**121**

Cet article reprend, en substance, l'article 457 C.C.

**122**

Le premier alinéa de cet article correspond au deuxième alinéa de l'article 462 C.C.

Le deuxième alinéa généralise la règle du troisième alinéa de l'article 462 C.C., pour permettre à l'usufruitier d'enlever ou de détruire les améliorations et les constructions qu'il a pu effectuer sur la chose soumise à son droit d'usufruit, à moins que le nu-proprétaire ne désire les conserver en payant une indemnité dont ils conviennent.

## Section IV

### Des obligations de l'usufruitier

**123**

Cet article maintient l'obligation de faire inventaire qui est imposée par l'article 463 C.C., à moins que l'acte constitutif ou tout autre acte subséquent en ait dispensé l'usufruitier. Des précisions sont, toutefois, apportées relativement aux sanctions qu'entraîne le défaut ou le retard de l'usufruitier à se conformer à cette obligation.

**124**

Le premier alinéa de cet article reprend l'article 464 C.C. en remplaçant le mot «caution» par «sûretés», afin de permettre diverses espèces de sûretés. Le deuxième alinéa est nouveau.

**125**

Cet article reprend les articles 465 et 467 C.C. en les modifiant légèrement; les solutions demeurent cependant identiques.

**126**

Cet article reprend la règle des articles 466 C.C. et 747 C.P.C.

**127**

Cet article est nouveau. Des dispositions analogues à celles-ci et aux suivantes se retrouvent dans le Code civil allemand, aux articles 1045 et 1046, et au Code civil suisse, à l'article 767. Cette règle confirme la pratique courante en matière d'assurance; elle est cependant assez souple

pour laisser une certaine liberté d'action au nu-propriétaire et à l'usufruitier. En conséquence, l'usufruit ne s'éteindra pas nécessairement par la perte totale de la chose, puisque l'usufruitier pourra alors jouir de l'indemnité reçue.

### 128

Cet article est nouveau. Il complète le précédent en opérant une subrogation du bien assuré par le montant de l'assurance et en précisant les obligations de l'usufruitier au cas de destruction totale ou partielle de la chose.

### 129 et 130

Ces articles sont nouveaux. Ils fournissent le droit supplétif applicable au cas où l'usufruitier est dispensé d'assurer la chose soumise à l'usufruit. Voir aussi les commentaires sous les articles 127 et 128.

### 131 et 132

Ces articles sont tirés de l'article 468 C.C. auquel on ajoute la mention des frais d'entretien.

### 133

Cet article reprend l'article 469 C.C. en l'adaptant aux circonstances actuelles. Le deuxième alinéa de ce dernier article est omis.

### 134

Cet article est nouveau et il s'inspire de l'article 1338 du Code civil d'Ethiopie.

### 135

Les deux premiers alinéas s'inspirent de l'article 1339 du Code civil d'Ethiopie et de l'article 579 du Code civil de la Louisiane.

Le troisième alinéa est nouveau et s'inspire également du Code civil de la Louisiane, article 579 (nouveau). Il comble une lacune.

L'article 470 C.C. serait supprimé.

### 136

Cet article reprend l'article 471 C.C. en le modifiant. Le deuxième alinéa de l'article 471 C.C. distingue les charges extraordinaires qui existaient au début de l'usufruit de celles qui ont été imposées depuis. L'usufruitier n'est tenu de payer des versements périodiques qu'à l'égard des contributions imposées depuis l'ouverture de l'usufruit. Il semble plus équitable d'obliger l'usufruitier à payer les versements qui viennent à

échéance pendant la durée de son droit, peu importe que la charge ait été imposée avant ou pendant l'usufruit.

**137**

Le premier alinéa est nouveau; il s'inspire de l'article 1340 du Code civil d'Ethiopie.

Les deuxième et troisième alinéas reprennent les règles de l'article 473 C.C. en tenant compte des précisions apportées par la doctrine relativement au moment où l'usufruitier à titre particulier peut exiger le remboursement d'une dette qu'il a payée (93).

**138**

Cet article modifie l'article 472 C.C. de façon à incorporer la règle générale voulant que l'usufruitier qui retire la totalité ou une partie des revenus actifs de la succession soit tenu de supporter, proportionnellement à ce qu'il reçoit, les «revenus passifs» de cette succession. L'article 472 C.C. donne deux exemples de «revenus passifs»: les rentes viagères et les pensions alimentaires. On doit y ajouter, conformément au principe général, les intérêts sur les dettes de la succession qui ne sont pas immédiatement exigibles (94).

**139**

Cet article reprend l'article 474 C.C. dont la formulation est légèrement modifiée, notamment pour tenir compte de la définition que le Livre *Des successions* donne du legs d'usufruit (95).

**140**

Le premier alinéa de cet article reprend en substance l'article 475 C.C. Le deuxième alinéa complète cet article en prévoyant les cas où les procès intéressent à la fois l'usufruitier et le nu-propriétaire.

**141**

Cet article reprend l'article 476 C.C., sauf quelques modifications de forme.

**142**

Cet article est nouveau. Il s'inspire cependant de l'article 454 C.C.

**Section V****De l'extinction de l'usufruit****143**

Cet article remplace les articles 479 et 481 C.C. Il modifie le premier alinéa de l'article 479 C.C. qui prévoit que l'usufruit est naturellement viager; par conséquent, un usufruit qui aurait été constitué pour un nombre d'années déterminé prendrait fin si l'usufruitier décédait avant l'expiration du terme. Toutefois, comme ce caractère est de la nature et non pas de l'essence du droit d'usufruit, selon le Code de 1866, on pourrait au moyen d'une clause explicite dans l'acte constitutif prévoir que, dans une telle hypothèse, l'usufruit pourrait continuer jusqu'à l'expiration du terme convenu, au bénéfice des héritiers de l'usufruitier. En droit français, il en va autrement: le droit d'usufruit est essentiellement viager. Le premier alinéa de l'article proposé retient la solution du droit français, que l'on retrouve également au Code civil d'Ethiopie et au Code civil suisse (96).

Le deuxième alinéa ramène à vingt-cinq ans le délai que l'article 481 C.C. fixe à trente ans (97).

**144**

Cet article est nouveau. Il a paru logique de ne pas faire présumer de l'extinction partielle d'un usufruit conjoint, au décès de l'un des usufruitiers (98).

**145**

Cet article reprend les articles 479 et 482 C.C.; ces deux dispositions se rapportaient à une même question et sont réunies dans un seul article.

**146**

Cet article reprend en substance les troisième et quatrième alinéas de l'article 479 C.C.

**147**

Cet article reprend le dernier alinéa de l'article 479 C.C. et l'article 485 C.C.



**148**

Cet article reprend en substance l'article 486 C.C.

**149 et 150**

Ces articles reprennent les articles 477 et 478 C.C. Ces dispositions se rapportent au problème de la perte de l'objet de l'usufruit et sont, en conséquence, insérées dans la section relative à l'extinction du droit d'usufruit.

**151**

Cet article reprend, avec quelques modifications de forme, l'article 480 C.C.

## CHAPITRE II

### DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

**152**

Cet article reproduit l'article 487 C.C.

**153**

Cet article est nouveau. Il paraît souhaitable d'intercaler ici une proposition générale à l'effet que les règles du droit d'usufruit s'appliquent à ces cas d'usufruit «à échelle réduite» que sont l'usage et l'habitation.

Cette disposition permet de supprimer les articles 488, 489 et 490 C.C. qui répètent des règles relatives à l'usufruit. Les articles 491 et 492 C.C. sont également supprimés: la première disposition va de soi; la deuxième constitue tout simplement un texte de transition.

**154**

Cet article reprend les articles 494 et 497 C.C.

**155**

Cet article reprend en substance les articles 493 et 495 C.C.

**156**

Cet article est nouveau. Il est inspiré de l'article 1355 du Code civil d'Ethiopie et de l'article 777 du Code civil suisse; il apporte une précision de nature à prévenir certains litiges qui pourraient naître à l'occasion des rapports entre le nu-propriétaire et le titulaire du droit d'habitation.

157

Cet article reprend l'article 498 C.C., sauf quelques changements de rédaction.

## CHAPITRE III

### DES SERVITUDES REELLES

#### Section I

##### Dispositions générales

158

Le premier alinéa de cet article reprend de façon plus explicite la définition de l'article 499 C.C. Le deuxième alinéa est nouveau. Il décrit la nature de la charge imposée au propriétaire du fonds servant. Le texte de l'article est inspiré de l'article 1359 du Code civil d'Ethiopie et de l'article 730 du Code civil suisse.

L'article 546 C.C. serait supprimé.

On a déjà exposé au chapitre consacré aux limites et restrictions du droit de propriété que le Projet réserve l'appellation «servitudes réelles» aux seules servitudes que l'article 500 C.C. désigne sous le nom de «(servitude) établie par le fait de l'homme».

Les servitudes réelles peuvent, en réalité, être établies par l'homme ou par la loi. Ces dernières que l'on appellera servitudes légales constituent des exceptions au régime normal du droit de propriété; ainsi, les charges créées par voie de règlements de zonage, et les limitations qui affectent les immeubles situés à proximité d'un aéroport (99).

Comme ces servitudes légales sont créées par d'innombrables textes de loi, il suffira, dans le présent chapitre, d'insérer une disposition générale faisant tout simplement allusion à l'existence de cette législation.

159

Cet article est nouveau; il s'inspire de l'article 1360 du Code civil d'Ethiopie.

160

Cet article est nouveau; il est tiré de l'article 1361 du Code civil d'Ethiopie. Il précise encore la définition de la servitude réelle.

Comme pour tout droit réel, l'opposabilité de la servitude réelle dépend des règles de publicité.

**161**

Cet article reprend l'article 547 C.C. en n'en modifiant que la formulation.

**162**

Cet article modifie la formulation de l'article 548 C.C. dans le but d'alléger le texte. La définition de ces deux espèces de servitudes semble suffisamment claire, sans qu'il soit nécessaire de l'illustrer par des exemples comme le fait l'article 548 C.C.

## Section II

### De la constitution des servitudes

**163**

Cet article est nouveau. Le Code actuel ne contient pas de disposition énumérant les divers modes d'établissement du droit de servitude. Le texte proposé sert d'introduction aux diverses dispositions qui vont suivre.

Tous les droits réels, y compris les servitudes réelles, s'acquièrent par l'effet de la prescription, ce qui a pour effet de modifier la règle de l'article 549 C.C.

**164**

Cet article reprend l'article 551 C.C. La formulation de la disposition qui y est consacrée est modifiée de façon à donner une description plus complète de ce mode d'acquisition. Le Livre *De la publication des droits* réglemente la publication de cette servitude ( 100 ).

**165**

Cet article est nouveau.

### Section III

#### **Des droits et obligations du propriétaire du fonds dominant**

**166**

Cet article reprend en substance l'article 545 alinéa 2 C.C.

**167**

Cet article reprend en substance l'article 552 alinéa 1 C.C. Il omet l'exemple du deuxième alinéa.

**168**

Cet article reprend les dispositions des articles 553 et 554 C.C. Leur formulation est légèrement modifiée.

**169**

Cet article reprend l'article 555 C.C. en en modifiant la formulation. Il y ajoute aussi la possibilité pour le propriétaire des fonds servants de n'abandonner que la partie du fonds sur laquelle s'exerce la servitude.

**170**

Cet article reprend l'article 556 C.C. dont il clarifie la rédaction. En effet, le premier alinéa de l'article 556 C.C. prévoit l'hypothèse d'une division matérielle du fonds dominant. Le deuxième alinéa paraît être une illustration de la solution du premier alinéa. En fait, il traite d'une situation différente: celle où le fonds dominant devient l'objet d'un droit de copropriété.

**171**

Cet article est le corollaire de l'article précédent.

**172**

Cet article reprend l'article 558 C.C., dont la formulation est légèrement modifiée.

## Section IV

### Des droits et obligations du propriétaire du fonds servant

**173**

Cet article reprend en substance l'article 557 C.C.

**174**

Cet article est nouveau. Cette disposition semble utile pour décrire de façon plus complète la situation du propriétaire du fonds servant.

## Section V

### De l'extinction des servitudes réelles

**175**

Cet article reprend la règle de l'article 561 C.C. en en modifiant la formulation.

**176**

Cet article est nouveau. Il complète la réglementation des servitudes réelles.

**177**

Cet article remplace l'article 562 C.C. Il renvoie à l'article 48 du Livre *De la prescription* qui fixe à dix ans le délai de prescription extinctive des droits réels autres que le droit de propriété.

**178**

Cet article reprend l'article 563 C.C. en en modifiant la formulation.

**179**

Cet article reproduit l'article 564 C.C.

**180**

Cet article modifie les articles 559 et 560 C.C. qui prévoient que la prescription ne court pas lorsque l'exercice de la servitude est impossible. Il a paru plus logique d'adopter la solution proposée, étant donné la possibilité d'une interruption prolongée ou d'une durée indéfinie en raison de l'état de la chose. La règle actuelle maintient un élément d'incertitude dans les titres.

## CHAPITRE IV

### DE L'INDIVISION

#### Section I

##### Dispositions générales

###### 181

Cet article est nouveau. Il introduit cette section nouvelle sur l'indivision.

###### 182

Cet article est nouveau. Il contient une règle supplétive qu'il a paru utile d'énoncer.

###### 183

Cet article est nouveau. Il est utile de préciser que le copropriétaire possède des droits plus limités qu'un propriétaire ordinaire, en ce sens qu'il doit tenir compte, dans l'usage qu'il fait de son droit, des droits concurrents des autres copropriétaires.

###### 184

Cet article est nouveau. Il énonce des règles de nature à faciliter l'administration de la chose indivise.

###### 185

Cet article est nouveau.

###### 186 et 187

Ces articles sont nouveaux.

Il est nécessaire de prévoir une forme de délégation pour l'administration des biens indivis. Si tous les copropriétaires s'entendent, la délégation est possible sans autre difficulté. Mais il peut être souhaitable qu'un administrateur puisse être nommé en cas d'éloignement (entre autres) d'un copropriétaire; d'où la procédure devant le tribunal.

###### 188

Cet article est nouveau; il fournit les règles de révocation de l'administrateur.

**189**

Cet article est nouveau.

Le gérant nommé par les copropriétaires peut faire des actes d'administration, sans toutefois changer la destination des biens indivis.

Les actes qui débordent son mandat doivent recevoir une autorisation préalable.

**190**

Cet article est nouveau.

**191**

Cet article est nouveau.

**192, 193 et 194**

Ces articles remplacent l'article 710 C.C. relatif au retrait successoral et se retrouvent aussi en matière de corporations.

L'article 192 permet de protéger les indivisaires contre les aliénations que pourrait faire l'un d'eux à un tiers.

Le droit de préemption permet de conserver les portions indivises à l'intérieur d'un groupe donné d'indivisaires. Il permet aussi d'éviter, à long terme, les litiges inutiles et les actions en partage, sans compter les pressions que pourraient exercer les tiers acquéreurs de parts indivises sur les indivisaires initiaux.

La forte sanction de l'article 194 veut assurer l'efficacité de la disposition.

**195**

Cet article est nouveau.

Les deux premiers alinéas sont conformes à la pratique actuelle; le dernier alinéa précise que le droit de préemption prévu aux articles précédents s'applique à la vente en justice.

**196**

Cet article est nouveau.

**197 et 198**

Ces articles reprennent la règle de l'article 689 C.C. en élargissant toutefois la faculté de maintenir l'indivision dont les indivisaires peuvent toujours se prévaloir.

La mention du droit imprescriptible au partage remplace l'article 690 C.C.

La publication de cette convention est requise expressément, puisqu'il ne s'agit pas ici d'un droit réel sur l'immeuble.

### 199

Cet article rend impératives les règles des articles 197 et 198 sur le droit au partage.

La règle de l'article 689 C.C. a déjà été étendue par les dispositions des articles 197 et 198; il était souhaitable de restreindre les exceptions à ce droit fondamental.

### 200

Cet article reprend en partie l'article 689 alinéa 2 C.C. Si le tribunal vient à la conclusion qu'une demande de partage est inopportune, il pourra toujours y surseoir et imposer certaines mesures temporaires aux parties.

### 201

Le premier alinéa de cet article est nouveau; il est tiré de l'article 651 du Code civil suisse. Le deuxième alinéa reprend en substance l'article 747 C.C. Le troisième alinéa renvoie au Livre *Des successions* où sont conservées les règles relatives au partage.

## Section II

### Dispositions particulières à la copropriété des navires

#### 202, 203 et 204

Ces articles consacrent l'usage bien connu en faveur de l'utilisation du navire, dans les cas de copropriété, tout en protégeant, cependant, les intérêts de la minorité.

#### 205

Cet article confirme le principe que plusieurs personnes peuvent être copropriétaires d'un navire et, à défaut d'entente entre ces derniers, la licitation aura lieu.



## Section III

### Du condominium

#### Dispositions générales

##### 206 à 247

Les dispositions actuelles des articles 441b à 442p C.C., insérées en 1969 (L.Q. 1969, c. 76) sont reprises avec quelques légères modifications rendues nécessaires pour adapter ces articles à l'ensemble du Projet. L'Office avait préparé un projet d'articles sur le condominium qui modifiait considérablement le Code, mais n'a pu le mener à terme dans les délais fixés.

Il demeure néanmoins souhaitable que les articles du Code qui traitent de la copropriété soient éventuellement modifiés pour tenir compte de l'évolution de l'institution.

## CHAPITRE V

### DE L'EMPHYTEOSE

#### Section I

##### Dispositions générales

##### 248

Cet article reprend en substance l'article 567 C.C.

On a préféré ne pas utiliser le terme «bail» qui réfère à des droits personnels, alors que l'emphytéose est un droit réel.

L'article tente de donner une définition claire de l'emphytéose; il regroupe les éléments essentiels du contrat emphytéotique qui le distinguent des autres contrats auxquels il est apparenté, tels le droit de superficie et le louage.

Les mots «moyennant les autres charges dont on peut convenir» de l'article 567 C.C. ont été supprimés, puisqu'ils relèvent de la convention. On pourra toujours stipuler des charges additionnelles.

**249**

Cet article conserve la règle énoncée à l'article 568 C.C.; il précise, cependant, que la stipulation d'une durée supérieure à neuf ans constitue un élément essentiel du contrat emphytéotique.

**250**

Cet article reprend, en substance, les articles 569 et 570 C.C. en précisant que l'emphytéote a un droit de propriété temporaire. L'emphytéote ayant les droits d'un propriétaire, il peut faire tout acte relativement à l'immeuble; il n'est pas nécessaire d'énumérer ces actes.

**251**

Le premier alinéa reprend en substance l'article 571 C.C. Les deuxième et troisième alinéas sont nouveaux. Ils découlent du régime de l'emphytéose.

## Section II

### **Des droits et obligations respectifs du propriétaire et de l'emphytéote**

**252**

Cet article ne crée pas de droit nouveau; il reproduit en substance le premier alinéa de l'article 573 C.C.

**253 et 254**

Ces articles reprennent en substance l'article 574 C.C.

L'obligation de payer une redevance annuelle est un des éléments essentiels du contrat d'emphytéose. Bien qu'annuelle en principe, les parties peuvent stipuler qu'elle sera payable par versements. Il n'est pas nécessaire que la redevance soit payée en argent.

Si l'emphytéote fait défaut de payer la redevance pendant trois ans, le propriétaire peut demander la résiliation du contrat. La résiliation n'a pas lieu de plein droit: le propriétaire devra la demander en justice. Pour empêcher la résiliation d'avoir lieu, l'emphytéote pourra payer la redevance due et les frais de l'action en tout temps avant jugement.

**255**

Cet article reprend en termes plus généraux l'article 575 C.C. afin de tenir compte de l'emphytéose en milieu urbain. L'emphytéote doit subir la perte partielle de la chose alors que la perte totale met fin au contrat (101).

**256**

Cet article modifie l'article 576 C.C. afin de tenir compte des critiques formulées contre sa rédaction ( 102 ).

L'emphytéote n'est pas tenu des hypothèques dont l'immeuble est grevé alors que l'article 576 C.C. peut être interprété comme l'y obligeant.

**257**

Cet article reprend en substance l'article 577 C.C., en ce qui concerne les améliorations, l'obligation quant aux réparations étant prévue à l'article 259.

**258**

Cet article reprend en substance l'article 578 C.C. L'emphytéote a l'obligation de ne pas détériorer l'immeuble; il doit en user avec prudence et diligence.

**259**

Cet article est tiré de l'article 577 C.C. Il précise l'obligation de l'emphytéote de maintenir non seulement l'immeuble, mais aussi les améliorations, en bon état de réparation.

**260**

Cet article est nouveau.

## Section III

### De la fin de l'emphytéose

**261**

Cet article reprend en substance l'article 579 C.C. paragraphes 1, 2 et 3.

Le quatrième paragraphe de cet article est nouveau; on a cru bon de l'ajouter dans le but de préciser que ce moyen d'extinction des obligations n'affecte pas les droits des tiers dans le cas de confusion des qualités de propriétaire et d'emphytéote.

L'article 579 paragraphe 4 n'est pas repris. On supprime donc le déguerpissement comme cause d'extinction de l'emphytéose. L'article 580 C.C. est aussi supprimé.

**262**

Cet article reprend en substance l'article 581 C.C. Les mots « bon état » supposent que l'emphytéote a veillé à l'entretien normal de la chose, mais supposent également que l'usure normale de la chose puisse en avoir diminué la valeur initiale.

**263**

Cet article reprend l'essentiel de l'article 582 C.C. Il renvoie simplement aux dispositions des articles 76 et suivants plutôt que de décrire la situation de l'emphytéote, comme le fait l'article actuel.

On précise qu'il s'agit des améliorations utiles parce que les améliorations nécessaires sont toujours à la charge de l'emphytéote qui s'est engagé à faire des réparations.

## CHAPITRE VI

### DU DROIT DE SUPERFICIE

#### Section I

##### Dispositions générales

**264**

Cet article et les suivants proposent des dispositions nouvelles régissant le droit de superficie. Ces dispositions consacrent les solutions élaborées par la doctrine et la jurisprudence (103). Le droit de superficie s'acquiert, en principe, comme le droit de propriété, c'est-à-dire par contrat, par succession ou par prescription (104). Le Code civil ne traite que sommairement du droit de superficie à l'article 415 (105).

Cet article reconnaît le droit de propriété effectif du superficiaire, lorsque des constructions ou des plantations existent au moment de la constitution du droit de superficie, ou son droit éventuel de propriété dans le cas d'un terrain nu. Ce droit de propriété existe concurremment avec celui du tréfoncier. Chacun doit en user selon les règles du droit commun et de façon à ne pas entraver l'exercice du droit de l'autre. Ainsi, les dispositions relatives aux limites et restrictions du droit de propriété s'appliquent, dans la mesure du possible, entre le tréfoncier et le superficiaire qui peuvent être considérés comme voisins.

**265**

Cet article reconnaît que l'immeuble du tréfoncier se trouve, dans une certaine mesure, asservi à l'immeuble du superficiaire (106). L'étendue de cet asservissement est susceptible de varier selon l'espèce. Par tréfoncier, on entend celui qui concède un droit de superficie que ce soit sur le sol, le sous-sol ou un bâtiment.

**266**

Cet article énumère les causes que l'on reconnaît comme pouvant mettre fin au droit de superficie (107).

**267**

Il a paru souhaitable, à titre de régime supplétif, de reconnaître le caractère particulier du droit de superficie en permettant au superficiaire de reprendre, à ses frais, ses bâtiments, ouvrages et plantations et même de permettre au tréfoncier, le cas échéant, de l'y contraindre.

## Section II

### Du bail à construction

**268**

Cet article décrit le bail à construction de manière à en faire ressortir les caractéristiques essentielles (108). Le bail à construction est un moyen de concéder un droit de superficie. Les règles de la section I sont applicables sous réserve de celles de la présente section et sans exclure l'application des règles du louage, à défaut de dispositions du présent chapitre ou du contrat. Il est de l'essence du bail à construction que le droit de propriété du locataire sur les constructions qu'il élève ne soit pas restreint, sauf dans la mesure permise par la présente section ou par les dispositions relatives au condominium, le cas échéant. La *Loi des constituts ou du régime de tenure* (109) ne s'applique pas au terrain faisant l'objet d'un bail à construction. Son application est exclue, soit par l'article 18 de cette loi qui admet qu'on y déroge expressément dans un bail, soit par les dispositions de l'article 267 qui règle le sort des constructions, à défaut de stipulations au bail.

**269**

Outre les servitudes indispensables à l'usage du droit de superficie, lesquelles existent de plein droit en faveur du fiduciaire (110), cet article

autorise le locataire en vertu d'un bail à construction à constituer sur l'immeuble du tréfoncier des servitudes, même en faveur de tiers.

Cette règle exceptionnelle paraît justifiée puisque, pendant la durée du bail, c'est normalement le locataire qui retire toute l'utilité de l'immeuble et qu'à la fin du bail, ces servitudes s'éteignent.

### 270

Le contrat de bail à construction doit préciser la durée du bail de l'immeuble sur lequel le droit de superficie est établi (111). On a retenu ici la même durée maximale que pour l'emphytéose sans estimer nécessaire d'établir aussi une durée minimale.

Cet article exclut de plus l'application de l'article 1641 C.C. qui prévoit que le bail immobilier puisse être reconduit tacitement. Le règlement à intervenir entre le locateur et le locataire quant aux constructions tiendra compte de la valeur de l'occupation par le locataire depuis la fin du bail.

### 271

Le bail à construction est nécessairement un contrat onéreux. Il n'est pas, par ailleurs, incompatible avec la notion du droit de superficie que le preneur s'oblige à construire (112).

### 272

Il paraît utile d'introduire ici le concept d'un loyer variable (113).

### 273

Cet article énonce une règle supplétive.

### 274

Cet article vise une hypothèse différente de celle prévue à l'article 266 paragraphe 1. Ce dernier article a en vue le cas où c'est l'immeuble même affecté du droit de superficie, qui est perdu. Ici, il est question de la destruction des constructions élevées par le locataire (114).

### 275

Cet article autorise le locataire à disposer de son bail sans devoir obtenir le consentement du locateur. On déroge donc à la règle générale qui prévaut en matière de louage (115).

## TITRE CINQUIEME

### DES SURETES REELLES

#### CHAPITRE PREMIER

##### DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

###### Section I

###### Du gage commun des créanciers

###### 276

Cet article reproduit textuellement l'article 1980 C.C. sauf l'ajout des trois derniers mots «par la loi».

Cette modification résulte de la restriction de l'insaisissabilité aux seuls cas prescrits par la loi (a. 552 et 553 C.P.C.). L'insaisissabilité stipulée conventionnellement ne pourrait normalement pas être opposée au tiers sans que le tribunal ne le permette. Cette recommandation est formulée à l'article 277.

###### 277

Cet article reprend le premier alinéa de l'article 553 paragraphe 3 C.P.C. pour le modifier.

Tout d'abord, il a semblé que ce paragraphe trouvait davantage sa place au Code civil puisqu'il s'agit d'une règle de fond. Par ailleurs, l'insaisissabilité déclarée arbitrairement par un donateur ou un testateur ne devrait pas être opposable aux tiers sans un certain contrôle judiciaire et pourvu aussi que les biens légués ou donnés soient véritablement des aliments. Etant donné la théorie générale du patrimoine et du gage commun des créanciers, il ne semble pas utile de permettre aux donateurs ou testateurs de soustraire les biens qu'ils transmettent à l'exercice par les créanciers de leurs droits.

L'article 553 C.P.C. doit être modifié en conséquence. Le paragraphe 3 du premier alinéa, inséré au Code civil par l'article proposé pourrait être remplacé par le suivant:

«3. Les droits exclusivement attachés à la personne;» et le paragraphe 4 de l'alinéa I de l'article 553 C.P.C. par le suivant:

«4. Les provisions alimentaires nécessaires, adjudgées en justice, qui peuvent néanmoins être saisies pour dette alimentaire».

## 278

Cet article remplace les paragraphes 1 et 2 du premier alinéa de l'article 552 C.P.C.

Les commentaires parvenus à l'Office de révision du Code civil concernant l'application de ces paragraphes de l'article 552 C.P.C. tendent à montrer leur inefficacité. Malgré leur modification en 1965 lors de l'adoption du nouveau Code de procédure civile, ils semblent avoir soulevé plusieurs difficultés d'ordre pratique, spécialement lors de saisies générales. Il apparaîtrait, en effet, que la majorité des débiteurs saisis ne sont pas au courant de la possibilité pour eux de conserver, à titre insaisissable, des biens pour une valeur de mille dollars; souvent aussi les huissiers procèdent à cette évaluation sans la participation des intéressés.

De plus, les saisies de meubles garnissant un ménage ne seraient pas, la plupart du temps, susceptibles de rapporter des sommes suffisantes pour payer le créancier saisissant, une fois payés les frais de saisie et de vente.

Cet article élargit la règle de l'insaisissabilité des meubles de ménage. Il est maintenant convenu de considérer certains appareils ménagers, tels les téléviseurs, les réfrigérateurs et les machines à laver électriques comme nécessaires à la vie domestique; ils devraient donc tomber sous le coup de l'insaisissabilité. Vu la dépréciation rapide de ces biens, il paraît préférable d'en laisser la possession au débiteur plutôt que de les vendre en justice et n'obtenir qu'un prix minime. Cette règle devrait s'appliquer quelle que soit l'origine de la créance du saisissant, même s'il s'agit de la créance du vendeur du bien saisi. Les objets de luxe échappent cependant à cette exception et demeurent saisissables.

Les paragraphes 1 et 2 du premier alinéa de l'article 552 C.P.C. (et la fin du premier alinéa de l'article 652 C.P.C.) devraient donc être modifiés en conséquence.

Cet article ne prévoit aucun montant relativement à l'exemption de saisie. Cette méthode, bien qu'imparfaite, réalise l'équilibre entre l'exemption totale et la détermination de ce qui pourrait être qualifié de mobilier somptuaire. Le montant de mille dollars qui est maintenant prévu par l'article 552 alinéa 2 C.P.C. est nettement insuffisant. A l'heure actuelle, même un montant de cinq mille dollars paraîtrait parfois insuffisant. Il a donc paru préférable de laisser à la jurisprudence le soin de préciser, selon les circonstances, ce qui constitue un objet de luxe et d'élargir le plus possible l'exemption de base.



**279**

Cet article reprend la dernière idée de l'article 1981 C.C., la première étant examinée au Livre *Des obligations* (article 193).

**280**

Cet article reproduit l'article 1982 C.C., moins la référence aux privilèges.

Le mot «privilège» a été éliminé (116). Par ailleurs, le gage porte maintenant le nom d'hypothèque: l'hypothèque où le créancier est en possession.

## Section II

### Présomption d'hypothèque

**281, 282, 283 et 284**

Ces articles sont de droit nouveau.

L'objet de l'article 281 est de réduire à un seul concept, l'hypothèque, tout droit accessoire qu'on peut créer sur un bien pour protéger ou garantir l'exécution d'une obligation principale. L'article 1982 du Code civil contient le germe de cette idée. Cet article énonce que les seules causes de préférence sont les privilèges et les hypothèques, indiquant ainsi qu'on ne peut être «préféré» par l'effet d'une autre convention. Cependant, la jurisprudence a souvent sanctionné des causes de préférence autres que les privilèges ou les hypothèques, soit en donnant effet à des simulations qu'on estimait non frauduleuses, soit en analysant l'espèce sous étude comme n'étant pas une cause de préférence, mais plutôt le produit d'un contrat *sui generis* (117). L'interprétation judiciaire de maints contrats de vente conditionnelle, ou de vente accompagnée d'une convention de rachat conditionnel, illustre bien cette situation (118). La Cour suprême, par exemple, a préféré ranger les clauses de datations en paiement stipulées dans les prêts hypothécaires dans la catégorie des paiements, les reconnaissant ainsi comme un mode d'exécution des obligations, plutôt que dans la catégorie des «garanties» qu'un créancier s'aménage pour la sûreté du remboursement (119). Cependant, en matière mobilière, dès que des tiers sont lésés par la convention intervenue, les tribunaux la déclarent inopposable à leur égard s'il n'y a pas eu dépossession véritable.

Les articles proposés visent à mettre fin à cette situation. Il est souhaitable, en effet, que l'hypothèque, qui est maintenant étendue aux meubles et accompagnée de recours multipliés en faveur du créancier - et

qui a lieu que le débiteur se dépossède du bien ou qu'il ne s'en dépossède pas - régit toutes les situations où un créancier prétend à un droit particulier sur un bien de son débiteur dans le but, avoué ou non, d'assurer le paiement de ce qui est dû. Selon l'article 282, cette règle doit s'appliquer même si l'effet apparent des conventions intervenues est de sortir les biens concernés du patrimoine du débiteur pour en attribuer la propriété, absolue ou conditionnelle, au créancier.

Les articles 281 et 282 s'appliquent également à la clause résolutoire conventionnelle, ainsi qu'à la résolution légale d'un contrat faute par l'acquéreur de remplir ses obligations. Dans ces cas, le créancier ne peut exercer que les droits et recours que lui accorde l'hypothèque. En réalité, ce dernier jouit d'une meilleure situation qu'en vertu de la simple résolution, puisqu'il n'est pas tenu à l'obligation de remettre au débiteur ce qu'il a reçu de lui (il n'y a pas de remise en état de l'hypothèque) en exerçant l'un ou l'autre des recours hypothécaires.

Le créancier peut donc exercer l'un ou l'autre des recours hypothécaires, y compris la prise en paiement, sans avoir à compenser le débiteur. Il doit, cependant, suivre les formalités requises pour l'exercice de ces recours.

Il a semblé préférable d'adopter cette solution puisqu'elle correspond à la réalité des « clauses résolutoires » conventionnelles que l'on rencontre à l'heure actuelle en vertu desquelles le créancier conserve « à titre de dommages liquidés » ce qu'il a déjà reçu de son débiteur. L'abrogation proposée au Livre *Des obligations*, des articles 1536 et 1543 C.C. s'harmonise d'ailleurs avec les dispositions du présent Livre (120).

La résolution de la vente et des autres contrats pourra avoir lieu pour des causes autres que le défaut de l'acquéreur de remplir ses obligations. Dans ces cas, la résolution ne pourra pas causer préjudice aux tiers acquéreurs et créanciers dont le droit a été publié, si la cause de résolution n'était pas apparente.

D'autres dispositions d'ajustement seront nécessaires pour harmoniser le nouveau régime des hypothèques mobilières avec les dispositions de la *Loi de la protection du consommateur* (121) concernant la vente à tempérament. Dans ces cas, le transfert de la propriété ne serait plus différé, mais le créancier pourrait exercer les recours hypothécaires prévus par le Code civil, sujet néanmoins, au respect des exigences de la loi particulière (122), adaptées au nouveau régime.

On aura noté que l'article 281 utilise les mots « droit sur un bien »; ces termes, employés généralement dans tout le Projet, visent à remplacer les mots « droit dans ou sur un bien » qu'on retrouve notamment à l'article

2090 C.C. et indiquent que tout droit, qu'il s'agisse, soit d'un droit réel principal (« dans »), soit d'un droit réel accessoire (« sur »), est couvert par la définition. Il s'agit, par ailleurs, de droits sur un bien spécifique ou sur une universalité, ce qui différencie l'article 281 de l'article 279 où il est question du gage général et commun de tous les créanciers. L'article 281 vise le cas des droits réels.

Il est bien clair que ces articles portent atteinte à la liberté contractuelle. Il est possible que leur rigueur soit, à l'occasion, un facteur de gêne qui empêcherait la naissance de conventions qui n'auraient en soi rien de répréhensible. Ce choix a cependant paru nécessaire. On connaît la rigueur de certains droits étrangers concernant l'interdiction des conventions de dation en paiement (123) ou de l'exercice par un créancier de ses recours. On connaît la vigilance des tribunaux de Common law et d'*Equity* qui ont avec constance réduit les droits d'un créancier à ceux d'un créancier hypothécaire nonobstant les termes de la convention (« *Once a mortgagee, always a mortgagee* ») (124), reconnaissant au débiteur le droit connu sous le nom d'*equitable interest*; ce droit lui permet d'exercer l'*equity of redemption* c'est-à-dire le droit de pouvoir racheter son bien pour le prix de la créance, même si les termes du contrat l'en empêchaient. On sait également que le *Uniform Commercial Code* (125) et le *Personal Property Security Act* (126) transforment en un *security interest* le droit d'un créancier en vertu d'un *assignment, chattel mortgage, pledge, chattel trust, trust deed, equipment trust, trust receipt, conditional sale, lien* ou autre sûreté. Il n'a pas semblé possible, ni souhaitable, de procéder autrement.

Le créancier acquiert, aux termes de ce Projet, un nombre assez grand de droits et de recours nouveaux; par ailleurs, le débiteur acquiert, pour sa part, une plus grande protection. L'équilibre recherché à l'égard des parties contractantes serait trop facilement rompu s'il était possible d'obtenir ce qui n'est en réalité qu'un droit de préférence et de sûreté sous le couvert de conventions autres que l'hypothèque, et d'échapper ainsi à ses règles. Aussi, les articles proposés sont-ils d'ordre public (voir l'article 285).

L'application de ces articles est universelle et absolue, quel que soit l'effet apparent de la convention passée pour assurer le paiement d'une obligation,

Ainsi, les ventes avec réserve de propriété sur la tête du vendeur jusqu'à paiement parfait du prix, ou encore les ventes où le transfert de propriété est conditionnel au paiement du prix, tomberont sous leur empire. Bien sûr, ces articles ne visent que les conventions passées pour assurer le paiement d'une obligation. Ils ne couvrent pas le bail ordinaire;

ce n'est pas pour assurer l'acquittement d'une obligation que le locateur demeure propriétaire du bien; il en avait la propriété, il la conserve et n'entend pas la céder; ce n'est pas pour assurer l'acquittement du loyer que le locataire lui laisse la propriété; le locataire n'a que l'intention de louer. De même, ces articles ne visent pas les servitudes qui sont des charges imposées sur un héritage au profit d'un autre et non un droit accessoire d'une obligation principale.

L'article 282 précise que ce principe s'applique même si, dans leur nom, dans leur nombre et dans leur apparence formelle, les conventions passées par les parties prétendent conférer un droit autre que l'hypothèque. Le deuxième alinéa de cet article formule quelques exemples de ces conventions qui ne seraient que productives d'hypothèque. Une personne désire vendre un bien à une autre et conserver la propriété de ce bien jusqu'au paiement complet; elle décide en conséquence de «louer» le bien à l'autre pour un loyer équivalent à un prix d'achat en capital et en intérêt avec l'obligation pour l'autre d'acheter le bien à la fin du bail. Ces articles ont pour effet de rendre ce «locataire» propriétaire avec hypothèque en faveur du «locateur».

Dans certains contrats de location (e.g. *leasing* ou *leaseback*), les parties font en sorte que le créancier devienne propriétaire du bien et que le débiteur n'en soit que le locataire. Ceci donne l'avantage au premier de pouvoir réclamer une déduction d'amortissement et au second de pouvoir, dans le calcul de son revenu pour fins fiscales, déduire les paiements de «loyer». Ces contrats contiennent souvent une clause d'option d'achat du bien en faveur du locataire, à la fin du bail et pour un prix maximum.

Le deuxième alinéa de l'article 282 précise qu'une convention de *leasing* ne tombe sous le coup de ces dispositions que si elle constitue une réserve de droit en faveur du locateur, réserve qui a été faite dans le but de garantir l'exécution d'une obligation. Ce n'est habituellement pas le but recherché par ce genre de convention. Néanmoins, il est possible que celles d'entre elles qui ont expressément pour but de garantir le paiement d'une obligation tombent sous le coup des articles 281 et 282. L'application de ces articles n'aurait pas alors pour effet d'invalider le contrat, mais elle aura pour effet, aux fins de déterminer les droits et recours des parties, de rendre le locataire propriétaire du bien et de ne conférer au locateur qu'un droit d'hypothèque. Cette distinction serait d'importance lorsqu'il y aurait lieu de décider qui est propriétaire du bien (e.g. au cas de faillite). Etant donné, cependant, les nombreux recours qui sont accordés au créancier hypothécaire, ce dernier ne devrait subir aucun préjudice de cette règle, même en cas de faillite (en tant que créancier garanti).

On était conscient des difficultés d'interprétation qui pourraient se soulever dans des cas particulier de *leasing*. Certains commentaires soumis à l'Office de révision du Code civil les lui ont rappelées. Cependant, révision faite de l'attitude prise à ce sujet ailleurs aux Etats-Unis et au Canada (127), il n'a pas semblé que les propositions mettaient davantage en péril le *leasing* ici, qu'ailleurs, au contraire.

Les recours qui lui seraient désormais accordés ne rendent pas aussi impérieuse que sous le droit actuel la nécessité de conférer un titre de propriété au créancier.

L'article 283 énonce certaines conséquences que peut entraîner à l'égard des tiers l'application de ces règles. Un créancier a prétendu se faire attribuer le droit de propriété sur un bien qui, en réalité, n'est qu'affecté d'hypothèque. Peut-être vendra-t-il ce bien à un tiers. Cette vente sera sans effet à l'égard du débiteur qui est toujours demeuré propriétaire du bien, pourvu que les conventions ou les actes aient été enregistrés; la chose d'autrui a été vendue en faveur d'un acquéreur qui ne peut être de bonne foi. Si les actes n'ont pas été enregistrés, les règles ordinaires de la vente de la chose d'autrui s'appliqueront. Dans les cas où le débiteur sera dans l'impossibilité de revendiquer son bien, il lui restera toujours les recours de droit commun et les recours et les droits du débiteur à l'égard du créancier hypothécaire qui a vendu le bien autrement qu'en justice (voir les a. 435 et 438): ces articles s'appliquent à lui puisque les parties en cause sont considérées, par l'effet des articles 281 et 282, comme un créancier et un débiteur hypothécaire.

## 285

Cette disposition se justifie par l'importance des articles contenus dans la section II. Pour les raisons déjà expliquées, la présomption créée dans les articles 281 et suivants doit pouvoir être susceptible d'une mise en application rigoureuse.

## Section III

### Du droit de rétention

## 286

Etant donné la présomption d'hypothèque créée dans la section II (a. 281 et suivants) ainsi que la recommandation d'éliminer totalement les privilèges, il y avait lieu d'isoler le droit de rétention du reste du titre et de préciser son étendue. Les articles 419 et 441 du Code de 1866 consacrent

le droit de rétention dans certains cas. Ces dispositions ont d'ailleurs été reprises et modifiées, leur substance demeurant intacte (a. 84 et 93).

Il est donc nécessaire de dire, à l'article proposé, que les règles concernant la présomption d'hypothèque ne s'appliquent pas ici et que celui qui a droit de rétention peut conserver le bien jusqu'à paiement; cette sûreté ne constitue pas une hypothèque. La rétention ne s'exerce, cependant, que pour le paiement des frais de conservation et des réparations ou améliorations nécessaires dans le cas où le rétenteur a droit d'en être remboursé. Ces cas sont prévus ailleurs au Projet.

Le Code civil est particulièrement généreux en ce qui concerne le droit de rétention. Non seulement l'accorde-t-il à de nombreuses personnes, mais il prévoit en outre l'ordre et le rang de collocation entre ceux qui peuvent avoir simultanément un droit de rétention sur le même bien (a. 2001 C.C.; ce qui apparaît assez étonnant, puisque le droit de rétention est basé sur la possession physique du bien). Les commodataire, consignataire, dépositaire, hôtelier, mandataire, réparateur, voiturier et créancier gagiste en bénéficient (128). Les divers comités de l'Office de révision du Code civil qui ont étudié ces questions dans le cadre des contrats nommés ont généralement convenu que la question du droit de rétention soit réglée au titre *Des sûretés réelles*. Dans plusieurs cas, ces comités ont émis l'opinion qu'il y aurait lieu d'éliminer certains droits de rétention.

Le droit de rétention, qui est une sûreté légale plutôt qu'une sûreté conventionnelle, ne devrait exister que suivant ce qui est prévu par les dispositions de l'article 286.

On aura noté que cette section se trouve dans le chapitre des dispositions préliminaires du titre *Des sûretés réelles* et ne tombe donc pas sous le coup des dispositions générales régissant les hypothèques.

Au surplus, le créancier qui a droit de rétention pourrait encore stipuler une hypothèque conventionnelle sur le bien dont il a la détention (129). La publication d'une telle hypothèque se fera alors généralement par la mise en possession du créancier et le rang de cette hypothèque sera déterminé selon les règles ordinaires. Ce créancier pourra donc choisir d'exercer les recours hypothécaires conventionnels ou encore de se prévaloir du droit de rétention.

Le droit de rétention s'applique également dans le cas d'immeubles, lorsque la loi le prévoit (130).

**287**

Cet article est de droit nouveau.

On s'est souvent demandé si le titulaire du droit de rétention pouvait conserver le bien jusqu'à paiement sans entreprendre des procédures en exécution forcée. En ce sens, le rapport entre le droit de rétention et le privilège qui y était attaché présentait des difficultés d'interprétation (131).

Le titulaire du droit de rétention ne devrait pas jouir d'un privilège ou d'une sûreté légale qui lui permette d'être préféré sur le produit de la vente en justice s'il choisit de se départir du bien qu'il a le droit de retenir. Par ailleurs, son droit de rétention est opposable à tous et subsiste notamment même s'il y a saisie ou exercice d'un recours hypothécaire par un tiers, ce qui ne veut pas dire pour autant que le rétenteur puisse entraver le cours normal de l'exécution des droits qu'ont les tiers sur ce bien. Le rétenteur pourra cependant exiger que la saisie soit faite sujet à son droit; l'adjudicataire n'aura possession qu'au moment où il aura remboursé le rétenteur des montants auxquels il a droit (132).

La règle sur la dépossession involontaire du créancier codifie aussi la jurisprudence actuelle (133).

On notera que le créancier hypothécaire qui a publié son hypothèque par la possession n'obtient pas de ce fait un droit de rétention. Pour ce créancier, la possession n'est qu'un moyen de publication de son hypothèque et il ne peut l'opposer à un tiers saisissant: il devra plutôt être payé à son rang hypothécaire.

## Section IV

### **Du droit de revendication du vendeur**

**288 et 289**

L'article 288 reprend presque textuellement les articles 1998 et 1999 C.C. en ce qui a trait au droit de revendication du vendeur; l'article 289 reprend en substance l'article 2000 C.C. La mention du privilège du vendeur a été supprimée.

Le droit de revendication du vendeur constitue un droit qui semble bien légitime; il ne devrait pas être assimilé à une hypothèque. Il s'agit d'un moyen expéditif de remettre les parties dans leur état primitif, comme si la vente n'avait pas eu lieu.

Le délai a été étendu à trente jours dans tous les cas; cette modification permet d'éviter la mention de la faillite. Ce changement se justifie en équité; pourquoi le vendeur aurait-il un meilleur droit si son acheteur fait faillite? Rappelons que le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité (134) recommande qu'une disposition semblable soit ajoutée à la *Loi sur la faillite*.

On propose de modifier le Code en ce qui concerne le droit de revendication lorsqu'il y a vente ou saisie du bien pendant que le créancier et le bien sont dans les conditions prescrites. Le vendeur conserve dans ces cas le droit de revendiquer le bien.

Cette disposition permet d'abroger l'avant-dernier alinéa de l'article 2013e C.C. concernant le droit de revendication du fournisseur de matériaux. Ce dernier n'est, en réalité, qu'un vendeur et jouira du droit de revendication comme tout autre vendeur, sous les mêmes conditions.

## CHAPITRE II

### DISPOSITIONS GENERALES

#### 290

Cet article reproduit substantiellement l'article 2016 C.C. avec, cependant, d'importantes modifications de forme.

On a supprimé la définition de l'hypothèque comme un droit réel, pour s'en tenir au principe de l'affectation du bien au paiement d'une obligation. Parmi les principales sûretés réelles, seule l'hypothèque est présentement définie comme un droit réel dans le Code civil. En effet, ni le privilège, ni le gage ne sont ainsi définis. L'hypothèque est un droit accessoire qui, selon le Projet, peut grever tantôt un droit réel (v.g. la propriété d'un bien) et tantôt un droit personnel (v.g. un droit de créance); il a donc paru artificiel de maintenir cette qualification de droit réel.

Cet article fait état du droit de suite qui résulte de l'hypothèque. On ne mentionne pas ici le droit de préférence; on fait plutôt référence à l'ensemble des droits que le créancier peut exercer et qui ne se limitent pas à la seule préférence sur le produit de la vente en justice du bien hypothéqué.



**291**

Cet article reproduit textuellement l'article 2018 C.C.

**292**

Cet article reprend substantiellement l'article 2019 C.C. en y apportant deux changements. D'abord, la référence à l'hypothèque légale est supprimée, étant donné la recommandation d'éliminer cette forme de sûreté hypothécaire. Par ailleurs, l'hypothèque testamentaire a été ajoutée puisque cette forme d'hypothèque, déjà reconnue à l'article 2045 C.C., n'est pas à proprement parler une hypothèque conventionnelle. Elle résulte de la volonté unilatérale d'un testateur. L'hypothèque testamentaire et l'hypothèque judiciaire feront l'objet de certaines règles particulières.

**293**

Cet article poursuit la classification des hypothèques en faisant référence à une espèce bien particulière, l'hypothèque flottante.

L'expression «hypothèque flottante» est constamment utilisée dans la pratique pour décrire les effets juridiques que produisent différents articles de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (135) et certaines conventions contenues dans les actes de fiducie. Cette expression est pourtant inconnue des textes législatifs et rarement utilisée par la jurisprudence actuelle. Le mot lui-même s'inspire de la «*floating charge*» des pays de Common Law. On y distingue l'hypothèque flottante de l'hypothèque «fixe», en ce sens que l'hypothèque flottante n'affecte définitivement les biens qui y sont soumis qu'à compter de la cristallisation de cette hypothèque, événement qui coïncide généralement avec le défaut du débiteur de satisfaire à ses obligations. Alors que l'hypothèque fixe grève les biens dès le moment où elle est valablement créée, l'hypothèque flottante demeure suspendue jusqu'à la cristallisation.

Il était nécessaire d'introduire cette notion dans la série des dispositions générales afin de bien établir la classification des hypothèques et d'introduire les règles particulières à l'hypothèque flottante contenues dans les chapitres subséquents (voir les a. 328 et s.).

**294**

Cet article est nouveau, encore qu'il ne change pas le droit actuel. L'intégration de certaines dispositions de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (136) dans le Code civil et la reconnaissance d'hypothèques qui pourraient désormais être créées sur des ensembles de biens présents et futurs le rendent nécessaire.

Les hypothèques peuvent être spéciales ou générales. L'alinéa premier de l'article utilise le mot «aussi» pour indiquer immédiatement que l'hypothèque générale est soumise à certaines restrictions et ne peut pas être créée par toute personne. Ces restrictions et particularités seront reprises dans une section subséquente (cf. a. 326 et s.). Il y aura aussi lieu, dans le cas des biens immobiliers futurs, d'enregistrer, contre chaque lot, une déclaration d'hypothèque (cf. a. 326).

Toutes les universalités peuvent donc être hypothéquées: on pense, par exemple, aux comptes à recevoir, aux flottes de camions et aux fonds de commerce (137).

### 295

Cet article reprend en substance l'article 2037 C.C., sauf la référence aux dispositions spéciales relatives aux fabriques. Cette dernière exception ne semble plus justifiée.

On verra que cette règle est tempérée par l'article 309.

L'article reprend l'idée énoncée dans l'article 1484 alinéa 6 C.C. (138); il vise, notamment, les incapacités ordinaires régies par le Code civil.

### 296

Cet article s'inspire du deuxième alinéa de l'article 1966 C.C. Sa portée est étendue à toutes les formes d'hypothèques.

### 297

Cet article s'inspire des articles 2017 et 1976 C.C.

Il reproduit en substance les trois premiers alinéas de l'article 2017 C.C., ainsi que le premier alinéa de l'article 1976 C.C. Le second alinéa de l'article 1976 C.C. n'a pas été conservé puisqu'il semblait répéter des principes généraux du droit commun. Le quatrième alinéa de l'article 2017 C.C. est repris dans l'article 300.

Parmi les modifications qui ont été apportées à l'article 2017 C.C., on note, au deuxième alinéa, le remplacement des mots «améliorations et alluvions» par les mots «accroissements, améliorations et augmentations», ce qui semble plus général et plus approprié.

### 298

Cet article est à peu près identique au troisième alinéa de l'article 2017 C.C. Le mot «publication» remplace le mot «enregistrement» et le mot «légitimement» a été ajouté pour préciser ceux des frais que l'hypothèque protège. Il a semblé souhaitable d'accorder une certaine discrétion

au tribunal pour décider lesquels des frais encourus par le créancier étaient couverts par l'hypothèque, d'autant plus que de nouveaux recours sont accordés au créancier hypothécaire. Le mot «légitimement» ne vise qu'à restreindre les abus que pourraient faire des créanciers en encourageant des frais inutiles ou superflus, plutôt qu'à limiter l'exercice honnête de ces droits et recours.

### 299

Cet article reproduit presque textuellement l'article 2046 C.C., à l'exclusion du mot «conventionnelle». Cette règle devient une règle d'application générale.

### 300

Cet article reprend le quatrième alinéa de l'article 2017 C.C., en y ajoutant la réserve de l'article 335, qui y apporte une importante exception.

Le mot «paiement» est ici employé dans son sens le plus large. Il couvre toute forme d'obligations: celles de payer des sommes d'argent et celles de faire ou de ne pas faire.

### 301

Cet article est de droit nouveau. Il représente une codification de certaines pratiques courantes; celle des prêts à la construction, celle des ouvertures de crédits, celle des émissions d'obligations. Un principe semblable se retrouve en droit américain (139).

L'article permet au créancier d'assurer la priorité et le rang de son hypothèque par rapport aux créanciers subséquents; il lui sera possible d'avoir priorité pour des sommes qu'il n'a déboursées qu'après les avances faites par un créancier subséquent. Il n'y a là rien d'injuste puisque le créancier subséquent aura pu se rendre compte de cette priorité au moment de ses avances ou de la création de sa propre hypothèque.

L'article a pour effet d'éliminer les doutes qu'on pouvait avoir sur les hypothèques créées lors d'émissions d'obligations avant que les fonds ne soient souscrits ou prêtés, avant même que les créanciers ne soient connus, et sur celles créées à la faveur d'autres formes de prêt avant que les sommes ne soient avancées.

### 302

Le premier alinéa reproduit presque textuellement le premier alinéa de l'article 2044 C.C. Quant au second, il correspond à la dernière partie de l'article 2132 du Code civil français, modifié cependant pour permettre

au débiteur de se prévaloir de l'article 337. Ce mécanisme permet au débiteur de faire corriger le montant déclaré par le créancier au moyen d'une déclaration accompagnée d'un état de la dette émanant expressément du créancier à cette fin.

La déclaration de ce dernier sert à prévenir les tiers de la mesure de l'intérêt de ce créancier. L'article ne vise pas les cas d'une obligation purement éventuelle de la part du débiteur, mais plutôt celle où le montant exact pour lequel l'hypothèque est consentie est impossible à déterminer au moment où l'hypothèque est créée. La déclaration du créancier devra être faite conformément aux articles 380 et 381.

### 303

Cet article reproduit le deuxième alinéa de l'article 2044 C.C. (140) en y ajoutant la référence aux testaments.

### 304

Cet article reproduit en substance l'article 1992 C.C. en l'étendant à toutes les hypothèques.

Cet article abroge implicitement la règle de l'article 2022 C.C. à l'effet que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

### 305

Cet article est une disposition de concordance qui énonce la sanction de l'hypothèque consentie sur des biens insaisissables.

L'article 552 alinéa 2 C.P.C. prévoit que, nonobstant les paragraphes 2, 3, 4 et 5 de son premier alinéa, les biens qui y sont décrits sont néanmoins saisissables pour les sommes dues sur leur prix ou lorsqu'ils ont été donnés en gage ou en nantissement. Le Projet prévoit le maintien de cette exception pour ce qui est des paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 552 alinéa 1 C.P.C., mais non pas du paragraphe 2 (cette dernière règle est énoncée dans l'article 278), les articles 322 et 327 reflètent cette approche. Il faudrait donc modifier l'article 552 alinéa 2 C.P.C. pour refléter ce changement et remplacer les mots «gage et nantissement» par «hypothèque».

### 306

Cet article élargit le principe contenu dans l'article 2043 C.C. Cette règle est complétée par les dispositions des articles suivants et, en particulier, par celles sur l'hypothèque du bien d'autrui (a. 309) et celles du chapitre relatif au rang des hypothèques établissant le rang entre les divers

créanciers (voir, en particulier les a. 459, 460 et 462). Elle s'applique dans le cas d'hypothèque de biens futurs.

Cet article suppose que l'hypothèque a par ailleurs été valablement créée (v.g. a. 295, 309, 459 et 460); il souffre exception à l'article 320.

### 307

Cet article reproduit en substance l'article 2038 C.C. en y apportant des modifications de concordance avec le droit des obligations.

### 308

Cet article complète les dispositions des articles qui précèdent en confirmant la règle qui semble prévaloir dans le droit actuel (141). Elle permet d'éviter des doutes quant à l'étendue de l'hypothèque dans les cas visés par cet article.

### 309

Cet article complète la règle énoncée dans l'article 306. Alors que ce dernier précise le moment où le bien hypothéqué devient grevé de l'hypothèque, l'article proposé, à la manière de l'article 1488 C.C., déclare que telle hypothèque est nulle, à moins que le constituant n'en soit par la suite devenu propriétaire.

Les articles 306 et 309 sont complétés par les articles 459, 460 et 462 relatifs à la publication et au rang des hypothèques créées sur la chose d'autrui. La condition imposée par le présent article «à moins que le constituant n'en devienne ensuite propriétaire» vise entre autres la situation où le bailleur de fonds d'un acheteur exige que l'acte constitutif d'hypothèque soit publié avant même que les fonds devant servir à l'achat du bien ne soient avancés. Il est alors nécessaire d'établir le rang de ces hypothèques par rapport aux droits que pourrait consentir, dans l'intervalle, le vendeur du bien. Si le constituant d'une hypothèque sur le bien d'autrui n'en devient pas propriétaire, l'hypothèque demeure nulle par l'effet de l'article proposé.

L'hypothèque sur la chose d'autrui n'est pas valide dans les autres cas (v.g. l'hypothèque créée par un commerçant trafiquant en semblables matières), conformément aux règles proposées en matière de vente et de prescription.

### 310

Cet article est de droit nouveau. Il complète l'article 100 du Livre *De la publication des droits* en permettant au créancier de conserver hypothèque sur le montant qu'il dépose et ainsi continuer à être un créancier

«garanti» au sens de la *Loi sur la faillite* (voir le commentaire sous l'article 100 du Livre *De la publication des droits*).

### 311

Cet article comble un vide dans la législation actuelle et tempère l'article précédent.

En principe, la corporation qui émet des valeurs mobilières demeure étrangère à l'acte d'hypothèque intervenu entre le détenteur de la valeur et son créancier. Les opérations de rachat, conversion ou autre transformation de cette valeur se font habituellement, soit par avis posté à l'adresse du détenteur telle qu'elle apparaît aux livres de la corporation, soit par publication dans les journaux avec indication des valeurs qui font l'objet de ces opérations.

Cet article indique que le créancier doit faire en sorte que la transformation projetée puisse s'opérer malgré l'existence de l'hypothèque. Il indique également les procédures que les parties doivent alors suivre.

Par exception à la règle de l'absence de subrogation réelle (voir l'article 477), le créancier pourra continuer de jouir de son hypothèque sur les actions reçues ou émises lors de cette transformation.

Le dernier alinéa autorise le créancier à procéder aux formalités requises. Si ce dernier ne peut pas ou ne veut pas agir lui-même, les parties devront convenir d'un mandataire qui agira pour elles.

### 312

Cet article apporte un tempérament à l'étendue de l'hypothèque générale sur les créances. Si un créancier a hypothèque générale sur toutes les créances d'une personne, on aurait pu soulever des doutes quant à l'effet de cette hypothèque dans les cas prévus à cet article. Si un autre créancier vend ou fait vendre un bien de son débiteur, il en résulte une créance pour le paiement du prix de ce bien. Afin d'éviter toute confusion, l'article proposé prévoit que l'hypothèque générale des créances ne s'étend pas à cette créance. L'alinéa deuxième crée une autre exception quant au paiement de sommes en vertu d'une police d'assurance.

### 313

Cet article emporte l'abrogation de l'article 1978 C.C. qui accorde priorité, en matière commerciale, aux lois et usages du commerce. Etant donné que le Projet vise à codifier les règles appropriées en matière de sûretés réelles et en particulier de regrouper les lois, civiles ou commerciales, sous un seul titre, l'article 1978 C.C. devenait inutile et risquait de

déjouer l'objectif proposé. Il restait souhaitable de retenir les usages à titre supplétif, comme le fait l'article 63 du Livre *Des obligations*.

Au surplus, il ressort de la jurisprudence que l'article 1978 C.C. n'a presque jamais été invoqué (142).

## CHAPITRE III

### DE L'HYPOTHEQUE CONVENTIONNELLE

#### Section I

##### De l'hypothèque immobilière

###### 314

Cet article reproduit en substance l'article 2040 C.C. La règle du formalisme rigoureux est maintenue, sauf l'exception prévue au second alinéa. En effet, bien que certaines critiques aient été dirigées contre l'exigence de la forme notariée en matière d'hypothèque immobilière, il semble que cette disposition doive être maintenue pour la protection des parties et des tiers.

Le second alinéa se comprend dans le contexte de l'élimination des privilèges. Il a paru souhaitable que ceux qui bénéficient du privilège de la construction dans le droit actuel puissent se prévaloir d'une hypothèque conventionnelle qui puisse être publiée avec célérité et sans formalisme. Cette hypothèque pourrait donc être créée par acte sous seing privé.

L'acte constitutif d'hypothèque demeure néanmoins soumis à l'application des articles 315 et 380, qui énumèrent les mentions que doit obligatoirement contenir tel acte.

L'article 301 permettra, dans ce cas comme dans d'autres, d'enregistrer hâtivement l'hypothèque, si besoin en est.

###### 315

Cet article élimine les disparités qui existaient entre les articles 2042 et 2168 C.C. Le premier est supprimé, le second est repris et complété au Livre *De la publication des droits*. Dans tous les actes, la désignation des lots pourra être uniforme.

**316**

Selon la pratique courante, les notaires ont l'habitude d'insérer dans tous leurs actes d'hypothèques des stipulations de transport de loyers; ces stipulations apparaissent même lorsque l'immeuble affecté n'est pas loué par le propriétaire au moment de la création de l'hypothèque.

Ces stipulations, de conventionnelles qu'elles étaient, deviennent légales. Les parties, cependant, pourront toujours convenir autrement.

De même, la police d'assurance qui couvre les bâtiments devient de plein droit hypothéquée en faveur du créancier.

Comme il s'agit là d'hypothèque de créances, distincte de l'hypothèque de l'immeuble, l'article fait un rappel de l'application des dispositions concernant l'hypothèque des créances et la perception des sommes.

Ainsi, bien que la cause de l'hypothèque sur la créance résultant de l'assurance ou des loyers provienne de l'hypothèque de l'immeuble lui-même, les modalités de publication de l'hypothèque des loyers et de l'assurance demeurent soumises aux règles établies pour la publication de ces dernières. Il y aura en particulier lieu à signification aux locataires ou à l'assureur.

Entre différents créanciers qui ont acquis hypothèque sur les loyers ou sur l'assurance, les règles de priorité seront celles régissant l'hypothèque des créances et non pas celles qui régissent la publication des hypothèques immobilières.

## Section II

### De l'hypothèque mobilière

**317**

Cet article reprend certaines des dispositions prévues pour le nantissement commercial, agricole ou forestier (a. 1979b et 1979f C.C.) concernant la forme des sûretés mobilières. Il est d'application générale pour toutes les hypothèques mobilières. Il s'agit d'une disposition formaliste de caractère impératif.

Le second alinéa vise le gage qui est traité dans le Projet comme une hypothèque où le créancier est mis en possession. Même si la solution française à l'effet que toute mise en gage doit être constatée dans un écrit ne manque pas d'attrait, il a semblé préférable de conserver la solution du Code actuel et de ne pas faire de l'écrit une condition d'existence de



l'hypothèque mobilière lorsque celle-ci est publiée par la mise en possession du créancier (par opposition à l'enregistrement), puisque cette possession sert précisément à établir les droits du créancier sur le bien, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du débiteur. Dans les cas où le créancier n'est pas en possession, un document écrit est évidemment requis: c'est grâce à ce document que l'hypothèque pourra être publiée.

Les parties ont le choix de passer l'acte d'hypothèque mobilière sous forme notariée ou sous seing privé (même sans témoins). Cette procédure s'est avérée satisfaisante dans le cas du nantissement commercial. Des dispositions additionnelles se retrouvent au chapitre *De la publication de l'hypothèque par enregistrement* concernant la forme et le contenu de cet écrit (a. 379 et s.).

### 318

Le texte de cet article vient du deuxième alinéa de l'article 1979f C.C. Il est en effet nécessaire, dans le cas d'hypothèque mobilière, de décrire les biens grevés de façon à les individualiser; il est souvent impossible d'identifier le meuble à l'aide d'un numéro.

### 319

Cet article est nouveau.

La jurisprudence québécoise semble hostile à l'engagement de salaires ou d'honoraires non encore gagnés (143).

Cet article permet l'hypothèque du salaire exigible (pour un travail déjà fait ou des services rendus) mais non encore payé; il s'agira alors de l'hypothèque d'une créance existante. Rien n'empêche également qu'un employé autorise son employeur ou son banquier à verser, à titre de mandataire, une partie de son salaire à son créancier. Cette autorisation peut être révoquée à volonté par le débiteur (employé) et ne crée aucune sûreté en faveur du créancier.

### 320

Cet article est nouveau.

Les tribunaux québécois se sont opposés à ce qu'un créancier chirographaire saisisse la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie appartenant à son débiteur pour satisfaire sa créance. La raison alléguée est que la faculté de rachat est purement personnelle au débiteur et qu'un créancier ne saurait l'exercer (144).

Toutefois, le motif qui inspire ces décisions ne prévaut plus lorsque le débiteur hypothèque volontairement la valeur de rachat de sa police. Il est

alors présumé renoncer aux bénéfices de l'insaisissabilité de ce droit purement personnel. Encore faut-il que les bénéficiaires qui ont des droits acquis dans la police aient consenti à cette hypothèque; cet article est donc moins permissif que l'article 2556 C.C. (sur les assurances).

### 321

Cet article est de droit nouveau.

Il vise principalement le cas de l'hypothèque de ressources naturelles qui ne sont pas encore détachées ou extraites du fonds dans lequel elles se trouvent: le bois non coupé, les minéraux, le gaz ou le pétrole non extraits.

D'après les règles générales, le créancier qui a une hypothèque sur le fonds dans lequel ces biens se trouvent a également une hypothèque sur ces biens. Il aura donc recours contre le débiteur pour le cas où celui-ci les extrairait du fonds sans son consentement: le débiteur diminuerait ainsi la sûreté qu'il a donnée à son créancier, puisqu'une fois extraits, ces biens seront libérés de l'hypothèque en raison de leur changement de nature (voir l'article 477).

Le créancier qui désire acquérir sur ces biens une hypothèque qui ne prendra effet qu'au jour où ils acquerront une entité distincte pourra publier immédiatement, tout comme s'il s'agissait déjà de biens meubles. Tant qu'ils ne seront pas extraits, l'hypothèque ne les grève pas et les créanciers hypothécaires du fonds lui seront préférés.

Dans le cas où plusieurs créanciers acquerraient une hypothèque prenant effet le jour où ces biens deviendront meubles, celui d'entre eux qui aura publié son hypothèque le premier aura priorité.

On notera que cette règle ne s'applique pas aux récoltes et aux autres biens qui, bien qu'attachés à l'immeuble, sont maintenant considérés comme des meubles en vertu de l'article 6.

### 322

Cet article reprend certaines dispositions du droit actuel contenues aux articles 1979a C.C. et à l'article 22 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*. L'utilisation de l'hypothèque spéciale sur des biens futurs a traditionnellement été limitée aux personnes qui sont engagées dans un commerce ou dans une activité qui requiert l'affectation de certains de leurs biens à la sûreté de leur dette. Le but de la disposition est de protéger les débiteurs non commerçants et de les empêcher d'engager les biens qu'ils pourraient détenir dans l'avenir.

Le second alinéa tempère cependant cette règle pour permettre aux consommateurs de pouvoir hypothéquer les biens mobiliers qu'ils sont en

train d'acquérir, l'hypothèque ne devenant toutefois valable que si le constituant devient propriétaire du bien (voir l'article 309). En réalité, cet alinéa était nécessaire pour ne pas perturber la pratique répandue d'achats à crédit: le fournisseur de crédit pourra obtenir hypothèque sur le bien dont il «finance» l'achat.

### **323, 324 et 325**

Ces articles sont nouveaux.

Ils visent à remplacer les dispositions du Code civil relatives à l'hypothèque des navires et de leur cargaison. En conséquence, les articles 2374 à 2382 (hypothèque de bâtiment), 2383 à 2388 (privilège sur les bâtiments) et 2693 à 2711 C.C. (prêt à la grosse) seraient abrogés.

Le régime des hypothèques présenté dans ce Projet s'applique à tous les biens, y compris les navires. Cependant, vu les dispositions concurrentes de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (145), il a été jugé préférable d'accorder priorité à cette dernière. Tous les navires sont donc couverts par cette disposition, même ceux qui n'ont pas obligatoirement à être enregistrés en vertu de la loi fédérale. Les parties auraient donc, dans ce cas, le choix de procéder en vertu des règles du Code civil ou de faire enregistrer le navire et de procéder en vertu de la loi fédérale. Cependant, les sûretés qui auraient été publiées avant cet enregistrement subsisteront même si le navire est subséquemment enregistré; l'enregistrement se fera alors du navire «tel quel», c'est-à-dire sujet aux sûretés le grevant alors.

Dans le cas du fret ou de la cargaison, les sûretés créées en vertu du Code civil subsisteraient même après que les biens auraient été mis à bord, mais céderaient alors le pas aux préférences créées en vertu de la loi fédérale (e.g. avaries, salaires). Il n'y aurait pas alors de conflit de rang entre ces sûretés.

Les privilèges sur les navires, la cargaison et le fret, seraient donc abrogés, sous réserve des dispositions de la loi fédérale lorsqu'elles sont applicables.

## **Section III**

### **De l'hypothèque générale**

#### **326**

Cet article est de droit nouveau.

Il s'agit d'une disposition d'ajustement concernant la description et la désignation des biens au cas d'hypothèque générale.

La généralité de la description n'empêche pas que, sur des immeubles (présents ou futurs), il serait nécessaire d'enregistrer une déclaration comportant une désignation spécifique de chaque lot grevé d'hypothèque, concurremment à la création de l'hypothèque ou subséquemment (146). Dans le cas des biens mobiliers, la description générale de la masse ou de l'universalité sera suffisante. Cette description générale suffit pour couvrir tant les biens futurs que les biens présents (voir aussi l'article 321).

### 327

Cet article est le pendant de l'article 322, appliqué aux hypothèques mobilières générales. La même restriction y est contenue, en conformité avec les articles 1979a et 1979e C.C. et 22 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*.

Autant il paraît raisonnable de permettre à un commerçant ou à une personne engagée dans une activité décrite à cet article de pouvoir créer une hypothèque mobilière générale sur les biens affectés à son entreprise, autant il paraît souhaitable, pour protéger les particuliers et empêcher une prolifération dévalorisante d'hypothèques, de ne pas permettre une telle affectation à tous les débiteurs en général. Cette règle est d'ailleurs analogue à celles contenues en droit ontarien et américain (147).

Il n'a pas semblé nécessaire d'étendre la restriction des articles 322 et 327 au cas des immeubles, puisque la plupart des particuliers ne possèdent pas d'immeubles en quantité considérable.

## Section IV

### De l'hypothèque flottante

#### 328

La disposition de cet article est de droit nouveau.

L'hypothèque flottante sert principalement aux corporations dans le cours de leurs emprunts sur obligations; elle pourrait désormais être utilisée par toutes les personnes mentionnées aux articles 322 et 327 qui peuvent se prévaloir de l'hypothèque spéciale sur un bien mobilier futur et de l'hypothèque mobilière générale. Ces personnes pourraient donc créer l'hypothèque flottante sur leurs biens (y compris le fonds de commerce) quelle que soit la modalité de leurs emprunts (et même en l'absence de fiduciaire).

Il fallait choisir entre deux solutions concernant les droits du constituant de l'hypothèque jusqu'au moment de la cristallisation de l'hypothèque flottante. Selon l'une de ces solutions, le constituant de l'hypothèque conserve la propriété de son bien, ainsi que le droit absolu de l'aliéner jusqu'au moment de la cristallisation. Selon l'autre, le constituant ne peut aliéner le bien que dans le cours ordinaire de ses affaires; s'il s'agit d'une aliénation qui ne tombe pas dans ce cours, l'hypothèque flottante est considérée comme une hypothèque ordinaire à l'égard des tiers acquéreurs. Le pouvoir donné au constituant de l'hypothèque par le créancier de l'hypothèque flottante n'est alors qu'un pouvoir d'agir dans le cours normal des affaires. Ainsi, si un constituant a grevé d'hypothèque une flotte de camions, il lui sera permis d'aliéner certains de ces camions dans le cours normal de ses affaires pour les remplacer par d'autres. Dans tel cas, le tiers acquéreur prendrait le camion libre de toute hypothèque à l'égard de ce créancier. Par contre, s'il y avait hypothèque flottante portant sur des créances, le constituant de l'hypothèque ne pourrait céder ses créances libres de l'hypothèque flottante à un tiers. Cette aliénation ne tomberait pas, selon cette hypothèse, dans le cours normal de ses affaires.

La première solution a été retenue ici. En vertu de la règle proposée, le créancier hypothécaire ne peut donc pas limiter les droits du constituant d'aliéner ses biens à des tiers ou de constituer des hypothèques ordinaires sur ses biens déjà soumis à l'hypothèque flottante. Si le constituant consent subséquemment une hypothèque ordinaire, qui est publiée avant la cristallisation de la première, cette hypothèque prendrait rang avant l'hypothèque flottante, selon la règle de priorité. De même, une deuxième hypothèque flottante cristallisée avant la première prendra rang avant elle, sous réserve de l'article 330 dans les deux cas. En réalité, le créancier qui obtient une hypothèque flottante ne pourra opposer ses droits hypothécaires aux tiers qu'à compter du moment de la cristallisation. Le tiers acquéreur pourra alors faire radier l'hypothèque. S'il ne souhaite pas ce résultat, il n'a qu'à prendre une hypothèque ordinaire. A défaut par lui de ce faire, l'hypothèque flottante créée en sa faveur ne constitue pas un vice de titre (en vertu du premier alinéa) à l'égard du tiers acquéreur.

En raison de la particularité de ce sujet, nous croyons que les mots «aliéner», «hypothéquer» et «disposer» qui apparaissent au premier alinéa sont nécessaires, afin de bien montrer que toutes ces opérations sont couvertes par cet article. En d'autres circonstances, le mot «aliéner» aurait été suffisant.

Si le constituant aliène le bien ou en dispose avant la cristallisation, l'hypothèque flottante s'éteint alors, conformément à l'article 481.

Quant au mot « cristallisation », voir le commentaire de l'article 329.

Le second alinéa du présent article vise cependant à accorder une protection additionnelle au cas où le débiteur vendrait son commerce en bloc (selon la définition de l'article 1569a C.C. (148)) ou, au cas de fusion ou de réorganisation lorsque le débiteur est une corporation. Sans cet alinéa, le débiteur pourrait faire échapper tous ses biens à la sûreté du créancier.

### 329

Cet article est de droit nouveau.

Il aurait été possible d'énoncer que la cristallisation a lieu du simple fait du défaut du débiteur, comme on le trouve dans certains actes de fiducie et comme en ont décidé certains tribunaux de juridiction étrangère. Cette solution comporte cependant le désavantage de laisser les parties dans le doute et de ne pas protéger les tiers. La procédure prévue par cet article a donc été retenue de préférence à l'autre. Il s'agit d'une procédure simple qui permet au créancier, au moyen d'un avis, de faire en sorte que l'hypothèque cesse d'être flottante pour la rendre ordinaire (149).

Le mot « cristallisation » a été retenu: il est une traduction littérale du mot « *crystallization* » que l'on retrouve dans la pratique des pays de Common Law, mais la langue française s'accommode très bien de ce vocable qui décrit exactement la situation du créancier.

A compter du moment de la cristallisation, les droits du créancier hypothécaire sont, sous réserve des dispositions qui suivent, identiques à ceux de tout créancier hypothécaire.

Le risque d'une cristallisation intempestive de la part du créancier est minime (en matière d'émissions d'obligations, c'est plutôt l'inverse qui tend à se produire). Si tel était le cas, cependant, le créancier pourrait être tenu responsable des dommages ainsi causés à son débiteur.

### 330

Cet article est de droit nouveau.

Cette disposition établit le rang de l'hypothèque flottante après la cristallisation. Le second alinéa s'inspire de l'article 25 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*.

Il y a donc deux enregistrements en matière d'hypothèque flottante: celui de l'acte constitutif, requis pour publier l'hypothèque, et celui de l'avis de cristallisation, prévu à l'article 329. Le présent article permet au

créancier titulaire d'une hypothèque générale flottante d'exercer le recours de prise de possession par préférence à tout autre créancier hypothécaire qui n'aurait publié son hypothèque qu'après que l'hypothèque flottante a été elle-même publiée (valide et enregistrée). Dans le droit actuel, le droit du créancier à la prise de possession par préférence a été reconnu par la jurisprudence, dans le contexte des lois actuelles, même à l'encontre du syndic de faillite (150). Cette prise de position découle de l'article 25 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*. Il s'agit ici principalement d'une question d'interprétation des dispositions sur la faillite, mais étant donné leur similarité avec les textes actuels, il n'y a pas de raisons de croire que l'interprétation des nouvelles dispositions soit différente par rapport à la *Loi sur la faillite*.

Un des premiers buts recherchés par le créancier étant de pouvoir prendre possession de l'ensemble de l'entreprise hypothéquée, il était essentiel de prévoir qu'il pouvait exercer ce droit par préférence à tout créancier, même de rang antérieur à la cristallisation. Cette préférence ne jouera pas cependant à l'égard des créanciers qui auraient publié leur hypothèque avant l'enregistrement de l'hypothèque générale flottante. Il appartiendra, dans ce cas, au créancier de l'hypothèque générale flottante d'exiger que les biens soient libres d'hypothèques au moment de la création de son droit.

Le créancier hypothécaire qui prend possession du bien hypothéqué agit en tant que simple administrateur du bien d'autrui. L'article 431 complète l'article 330 à cet effet (151). On aura noté que l'article 431 réfère expressément au commerce ou à l'entreprise du débiteur, puisque c'est le cas qui est principalement visé par le présent article. L'article 25 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* se trouve donc absorbé par les différents mécanismes créés par ce projet et devrait être abrogé.

### 331

Cet article est de droit nouveau.

Il s'agit ici d'une autre exception en faveur du créancier titulaire d'une hypothèque flottante. Ce dernier, dont les droits sont limités en vertu de l'article 328, peut néanmoins intervenir lors d'une saisie d'un bien grevé de l'hypothèque flottante pour cristalliser son hypothèque et ainsi pouvoir prendre rang lors de la collocation qui suivra la vente judiciaire de tel bien. Cependant, le créancier devra effectuer la cristallisation à l'égard de tous les biens et non pas seulement à l'égard du bien saisi; la solution contraire rendrait académique la distinction entre l'hypothèque flottante et l'hypothèque ordinaire. Si le créancier pouvait intervenir dans chaque cas pour jouir de la priorité à l'égard des tiers, ce serait tout

comme s'il avait priorité sur eux en vertu d'une hypothèque ordinaire. De par sa nature, l'hypothèque flottante confère, jusqu'au moment de la cristallisation, des droits moins efficaces que l'hypothèque ordinaire.

Le fait, pour le créancier de l'hypothèque flottante, de cristalliser son hypothèque sur tous les biens qui y sont soumis peut avoir des conséquences sérieuses pour le débiteur et les autres créanciers. Un tel geste risque parfois de provoquer la faillite du débiteur. Cependant, la flexibilité des recours hypothécaires et la possibilité de renoncer à l'avis de défaut après qu'il a été donné (cf. a. 334) permettent de croire que les créanciers intéressés agiront de telle manière que les intérêts communs seront sauvegardés. Par contre, si le débiteur est insolvable, mieux vaut agir rapidement que de risquer plus en attendant.

### 332

Cet article est de droit nouveau.

Après la cristallisation, le créancier obtient tous les droits et recours d'un créancier hypothécaire ordinaire, mais seulement sur ceux des biens que le constituant possède encore à ce moment.

### 333

Cet article est de droit nouveau.

Cette disposition est le pendant de l'article 332.

Au moment de la cristallisation, le créancier acquiert les droits d'un créancier hypothécaire ordinaire sur tous les biens grevés qui sont encore dans le patrimoine du débiteur; le second alinéa précise qu'elle continue d'opérer comme une hypothèque générale à l'égard des biens acquis après la cristallisation, ce dont on aurait pu douter.

### 334

Cet article est de droit nouveau.

Il permet au créancier qui a cristallisé l'hypothèque d'éliminer l'effet de cette cristallisation et de faire que l'hypothèque redevienne flottante sans que ses droits ne soient affectés pour l'avenir.

Si le débiteur a remédié au défaut ou si le créancier est pour quelque autre cause satisfait, le créancier peut, par l'enregistrement d'un avis, effacer, pour l'avenir, l'effet de la cristallisation. Les parties sont remises dans l'état où elles étaient avant la cristallisation.



## Section V

### De l'hypothèque assurant le paiement d'une obligation renouvelable

#### 335

Cet article est de droit nouveau. Il fait exception à la règle du caractère accessoire de l'hypothèque, établi par l'article 300.

Cette disposition comble une lacune du droit actuel (152). En effet, étant donné la règle de l'article 2081 C.C., l'hypothèque s'éteint elle-même. Il existe cependant de nombreuses situations en vertu desquelles les parties désirent faire en sorte que le montant de l'obligation soit avancé à nouveau au débiteur, même après paiement total ou partiel de la dette, tout en bénéficiant de la sûreté créée à l'origine. Ce sera le cas, par exemple, des ouvertures de crédit.

Cet article permet donc aux parties de convenir, dans l'acte constitutif d'hypothèque, que le débiteur pourra s'obliger à nouveau pour un montant ne dépassant pas le montant mentionné dans cet acte, auquel cas l'hypothèque subsistera même après le paiement total ou partiel de l'obligation. Par le jeu de l'enregistrement, les tiers sont avisés de cette possibilité et ne peuvent donc pas se reposer sur le fait que le débiteur a pu faire des paiements à son créancier pour croire que l'hypothèque se trouve ainsi éteinte pour partie. La règle a été formulée en termes généraux pour permettre à toute personne de s'en prévaloir, aux conditions édictées dans cet article.

#### 336

Cet article est de droit nouveau.

Il complète l'article 335 et permet au débiteur d'obtenir mainlevée de l'hypothèque lorsque le créancier refuse de prêter de nouvelles sommes tel qu'il avait été convenu dans l'acte original.

#### 337

Cet article est de droit nouveau.

Il se rattache également à l'article 335 et permet au débiteur, dans les cas où il ne désire plus emprunter de nouveau du même créancier, de faire cesser l'effet de l'article 335 et de faire réduire le montant de l'hypothèque à un montant inférieur. Pour éviter la déclaration unilatérale du débiteur, l'enregistrement de sa déclaration doit être accompagnée d'un état de la dette émanant du créancier lui-même. Des dispositions semblables se

retrouvent en droit étranger (voir, par exemple, l'article 3055 du Code civil d'Ethiopie et l'article 9-208 du U.C.C.).

## Section VI

### De l'hypothèque de créances

#### 338

Cet article s'inspire de l'article 1974 C.C. Il est conforme à l'esprit de ce dernier, tout en étant plus explicite à l'égard du capital.

Les parties peuvent, cependant, déroger à la règle de cet article par leur convention.

Le débiteur devra payer les intérêts au créancier qui a hypothèque sur la créance, à moins que l'acte ou l'avis qu'on lui signifie ne stipule le contraire. Ainsi, il sera utile que l'acte constitutif d'hypothèque sur la créance mentionne qui, du créancier ou du constituant de l'hypothèque, devra percevoir les intérêts; si le créancier permet que le débiteur hypothécaire (le constituant, créancier de la créance hypothéquée) continue à les percevoir, il sera alors nécessaire que le débiteur de la créance hypothéquée reçoive avis à cet effet (selon les règles des cessions de créances - e.g. signification).

Le premier alinéa crée une obligation pour le créancier: s'il veut s'en dégager, il doit procéder selon l'article 339 (voir aussi l'article 341 quant à la révocation de la délégation).

Les règles d'imputation se retrouvent à l'article 405.

#### 339

Bien qu'étant de droit nouveau, cet article codifie le contenu habituel des conventions intervenues entre les parties. Le créancier hypothécaire peut évidemment choisir de ne pas s'encombrer de la perception des créances hypothéquées. Il perdra alors sa sûreté sur les montants (en capital ou en fruits) perçus par son débiteur ou par toute autre personne autorisée par ce dernier.

Dans bien des cas, le créancier préfère ne pas exercer la perception immédiate des créances hypothéquées en sa faveur (comme dans le cas de transport de loyers ou d'universalité de comptes à recevoir). Il n'interviendra pour percevoir qu'au moment où sa créance sera en péril. Il y a lieu de respecter ces arrangements conventionnels.

Dans le cas où un tiers saisit les créances hypothéquées entre les

mains du débiteur hypothécaire, ( la saisie équivaut à cession de créance en vertu de l'article 637 C.P.C.), le créancier hypothécaire n'aura pas priorité sur le créancier saisissant à l'égard des sommes perçues par ce dernier. Il pourra cependant signifier son retrait d'autorisation de percevoir conformément à l'article 341 et ainsi opposer son droit au tiers saisissant, tout comme à un second cessionnaire de créance.

**340**

Voir le commentaire sous l'article précédent.

**341**

Cet article est de droit nouveau et se rattache aux articles précédents.

Cette disposition ne s'applique que lorsque le créancier, lors de la signification de son hypothèque au débiteur de la créance hypothéquée, l'avait autorisé à poursuivre ses paiements au créancier originaire ( le débiteur de l'hypothèque ).

Lorsque le créancier, qui a autorisé le débiteur hypothécaire à percevoir les créances, désire retirer cette autorisation, il est normal que cette décision soit rendue publique par la signification d'un avis pour que les débiteurs fassent désormais leurs paiements au créancier hypothécaire lui-même.

La signification pourrait se faire par les modes autorisés à l'article 139 C.P.C. ou encore par poste recommandée ou certifiée. L'article 139 C.P.C. permet la signification par les journaux.

**342**

Cet article est nouveau.

Le créancier qui perçoit les créances, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention des parties, a l'autorité nécessaire pour donner quittance et pour prendre les mesures voulues pour assurer la protection des droits résultant de ces créances.

Même si le créancier se trouve alors dans la position d'un administrateur du bien d'autrui, il n'est pas tenu, par l'effet de cet article, de prendre des procédures en recouvrement des montants qui deviennent exigibles durant l'existence de l'hypothèque. Il doit cependant informer son débiteur des défauts qui peuvent survenir. Il a paru nécessaire d'empêcher que le créancier se libère de cette obligation par convention.

Si le créancier décide d'entamer des procédures concernant ces créances, il est entendu que les règles relatives aux exceptions ou oppositions que peut soulever le débiteur cédé à un cessionnaire de créances

s'appliquent également à lui. L'article 395 prévoit que l'article 325 du Livre *Des obligations* s'applique en matière d'hypothèque de créances.

### 343

Cet article est de droit nouveau.

L'hypothèque d'une créance opère en quelque sorte une décomposition du droit de créance. Le débiteur en demeure propriétaire et le créancier y acquiert un droit de sûreté. En principe, le débiteur qui est le titulaire de la créance devrait seul pouvoir poursuivre et prendre les mesures pour la recouvrer à l'instar de ce qui se passe dans le cas d'un immeuble hypothéqué, auquel cas les droits d'action appartiennent exclusivement au propriétaire de l'immeuble. Lorsque l'on songe à la pratique actuelle des cessions en garantie, on s'aperçoit que les tribunaux ont quelques fois affirmé que le droit de poursuivre appartenait aux cessionnaires en vertu des articles 1570 et suivants C.C. D'autres arrêts ont reconnu au débiteur qui cédait sa créance en garantie, la faculté de poursuivre le débiteur cédé puisque le gage ne dépouille pas le débiteur (153).

Diverses situations peuvent donc se présenter: soit que le créancier, en vertu des principes énoncés plus haut, puisse percevoir la créance, auquel cas il ne serait pas logique de le priver des moyens nécessaires pour recouvrer en justice les montants dus sur cette créance, ou qu'il ait, au contraire, laissé par contrat la faculté au débiteur de la percevoir. Dans ce cas, il serait aussi illogique que le débiteur hypothécaire ne puisse pas percevoir en justice lui-même les créances hypothéquées.

Il s'imposait donc d'adopter sur ce sujet une règle précise, non équivoque et, il faut l'espérer, équitable. Le tribunal, s'il condamne le débiteur de la créance hypothéquée, ordonnera que le paiement se fasse au créancier hypothécaire suivant le principe général, à moins que le contrat n'ait prévu qu'il se fasse au débiteur hypothécaire. Par ailleurs, il a paru utile de préciser que la mise en cause du créancier ou du débiteur, si elle était faite avant que le jugement ne soit rendu, ne serait jamais tardive, de sorte que le débiteur poursuivi ne puisse alléguer prescription extinctive au moment où la partie concernée est mise en cause (154).

### 344

Cet article est nouveau.

Cette disposition consacre le principe à l'effet que l'intérêt du créancier dans le bien hypothéqué ne saurait excéder la mesure de ses droits. De plus, le créancier sera comptable de sa gestion au titre d'administrateur du

bien d'autrui (155). Il agit ici en qualité de mandataire légal du débiteur, d'où son obligation de remettre le surplus.

Cet article empêche la stipulation de pactes commissaires ou de clauses liquidant à l'avance les dommages-intérêts que pourrait subir le créancier.

### 345

Cet article reprend, en l'appliquant aux hypothèques de créances, la règle de l'article 325 du Livre *Des obligations* (a. 1192 C.C.). L'opposabilité de l'hypothèque peut résulter des moyens de publication prévus par le présent titre, qui s'inspirent de l'article 1571d C.C.

## Section VII

### De la grosse hypothécaire

#### 346

Cette section est nouvelle dans notre droit. Elle facilite la cession des créances hypothécaires en la soustrayant à l'application du mécanisme prévu aux articles 1571 et 2127 C.C. La créance hypothécaire est ici stipulée payable à ordre ou au porteur et constatée dans une grosse qui se négocie par livraison. La cession de telle créance hypothécaire peut alors s'opérer sans signification ni enregistrement. Il en va de même de toute cession subséquente.

Le système de la grosse hypothécaire existe en Belgique et en France. Il s'agit d'une pratique qui s'est d'abord développée en marge de la législation (156), et qui a tout récemment fait l'objet d'une législation spéciale en France (157).

Dans le droit québécois, étant donné les règles strictes applicables au transport de créances et à l'enregistrement de ces transports (a. 2127 C.C.), il n'était pas possible qu'une telle pratique prenne naissance sans modifications législatives expresses.

Cet article prévoit donc la possibilité pour les parties de faire constater leur obligation dans un titre, qui serait une copie ou l'un des exemplaires de l'acte constitutif d'hypothèque, négociable et appelé «grosse hypothécaire». Le second alinéa prévoit que cette convention n'a pas lieu lorsque l'hypothèque doit être publiée par la mise en possession du créancier, puisque seule la remise de la possession du bien à un autre créancier pourrait conserver la publication de l'hypothèque.

Le troisième alinéa prévoit que la créance ainsi constatée ne peut être

cédée que par la cession de la grosse. Cet article fait donc exception à la règle de l'article 383 (a. 2177 C.C.) quant à l'enregistrement et à la signification de la cession.

L'enregistrement de l'acte constitutif permet aux tiers de connaître l'existence de cette restriction. De plus, le notaire n'est pas admis à émettre plus d'une copie de tel acte (a. 349).

### 347

Cet article est nouveau.

Cette disposition régit la forme de l'acte d'hypothèque mobilière à l'égard duquel il y a convention de grosse hypothécaire. En matière mobilière, on devra procéder par acte authentique dans tous les cas, soit en minute, soit en brevet.

### 348

Cet article est nouveau.

Il est nécessaire de réglementer le nombre de copies ou d'originaux afin que la grosse hypothécaire soit unique. C'est le notaire qui porte cette responsabilité.

Le Projet ne dit ni où ni comment la mention «grosse hypothécaire» sera faite sur la grosse. Il n'a pas semblé nécessaire de régler cette question dans le Code. Il paraîtrait logique de penser que les notaires feront cette mention tant en marge de la première page que sur l'endos de la grosse. Ils veilleront à ce que la mention soit bien en évidence.

Le certificat d'enregistrement est porté sur la grosse en la manière prévue par les articles 54 et 55 du Livre *De la publication des droits*.

### 349

Cet article est nouveau.

Cette disposition reprend la même idée que celle de l'article précédent, mais pour l'appliquer à l'acte authentique en minute, qu'il s'agisse d'hypothèque mobilière ou immobilière. Il y a encore ici responsabilité du notaire quant au nombre de copies à émettre et l'identification formelle de la grosse hypothécaire. Ici, comme dans tous les cas d'hypothèque immobilière, l'acte en minute est requis.

Voir le commentaire sous l'article précédent quant à la mention à faire sur la grosse.

**350**

Cet article est nouveau.

Il oblige le notaire à délivrer la grosse au créancier, puisque ce dernier en est le premier titulaire.

**351**

Cet article est nouveau.

Cette disposition permet d'échapper à l'exigence de l'article 2127 C.C. en matière d'enregistrement de cession de créances. En effet, l'enregistrement initial de la création d'une grosse hypothécaire est réputé valoir pour toutes les personnes qui pourront y avoir intérêt par la suite. Chaque endossement ou cession de la grosse pourra être fait sans qu'il soit nécessaire de les enregistrer individuellement.

**352**

Cet article est nouveau.

Cette disposition permet aux parties, nonobstant les articles 348 et 349 qui exigent qu'une seule grosse soit émise, de diviser le montant de la créance en autant de fractions qu'elles conviennent. Dans ce cas, chaque grosse fractionnaire représente une portion de l'obligation totale dont la somme équivaut au montant de cette obligation et se négocie individuellement.

On aura noté que pour qu'il y ait délivrance de grosses fractionnaires, il faut que créancier et débiteur en conviennent. Il faut encore que chacune des grosses fractionnaires soit numérotée distinctement et consécutivement et qu'il soit fait mention, dans l'acte constitutif et dans chaque grosse fractionnaire, du nombre des grosses fractionnaires, ainsi que du montant de chacune. Autant de précautions pour protéger le débiteur et assurer l'authenticité des titres.

L'utilisation de grosses fractionnaires pourra, notamment, faciliter l'octroi d'hypothèques dans le cas où il y a plusieurs créanciers, comme en matière de construction, par exemple: sous-traitants et fournisseurs de matériaux.

**353**

Cet article est nouveau.

Cette disposition prévoit que les détenteurs des grosses fractionnaires jouissent, chacun en proportion du montant de leur grosse fractionnaire, des droits qui sont attachés au titre dont ils sont détenteurs. Ils partagent ces droits concurremment, sans droit de préférence entre eux.

Le détenteur d'une grosse fractionnaire qui veut, seul, exercer un recours hypothécaire, sera limité à la vente en justice (régie par les a. 446 à 450). Lors de la collocation, chacun des détenteurs de grosses fractionnaires sera payé proportionnellement à ce qui lui est dû.

Il eût été impossible d'admettre qu'un seul détenteur de grosse fractionnaire puisse exercer d'autres recours hypothécaires, en raison des conflits qui auraient pu survenir entre lui et ses codétenteurs de fractions; l'un aurait pu vouloir prendre possession du bien, l'autre le prendre en paiement et un autre le vendre à l'amiable. L'article exige donc qu'ils fassent entre eux l'unanimité ou, à défaut, qu'ils aient recours à la vente en justice.

Rien dans l'article n'empêche cependant le débiteur de payer l'un ou l'autre des détenteurs de grosses fractionnaires avant d'être poursuivi ou avant de recevoir avis de l'exercice commun d'un autre recours.

### 354

Cet article est nouveau.

Cette disposition décrit comment s'obtient la mainlevée ou la quittance lorsqu'une grosse hypothécaire a été délivrée. La disposition prévoit deux cas: celui où le créancier initial produit la grosse qui n'a pas été endossée, et celui où la grosse a fait l'objet de cessions. C'est le détenteur de la grosse qui est habilité à donner mainlevée ou quittance. Il doit, à cet effet, produire au notaire la grosse non endossée ou revêtue des endossements nécessaires afin de prouver son droit. Le notaire a la responsabilité de vérifier l'état de la grosse et, après avoir reçu la mainlevée ou la quittance par acte authentique, d'inscrire sur la grosse, mention de la mainlevée ou de la quittance partielle ou totale. Dans ce dernier cas, il annule la grosse.

### 355

En l'absence de cet article, on aurait pu se demander s'il ne fallait pas présenter la grosse annulée au Conservateur des registres pour obtenir radiation.

### 356

Cet article est nouveau.

Cette disposition couvre le cas où la grosse a été perdue ou détruite. Une procédure assez sévère est alors imposée pour son remplacement. Elle s'inspire des dispositions des articles 156 et 157 de la *Loi des lettres de change* (158).



**357**

Cet article est nouveau.

Il vise à régler le problème du lieu des paiements lorsqu'une grosse hypothécaire a été délivrée. Etant donné la négociabilité de la grosse et l'absence de signification des transports de créances, le débiteur ne doit pas souffrir du fait qu'il ne connaît pas l'identité du détenteur de la créance.

**358**

Cet article est nouveau.

Il prévoit le cas où des paiements auraient été effectués par anticipation par rapport aux modalités de paiement stipulées dans l'acte d'hypothèque. Si le débiteur effectue des paiements par anticipation, il devra exiger que mention de tels paiements soit inscrite sur la grosse hypothécaire. Autrement, vu la négociabilité du titre, il pourrait se voir forcé de payer une seconde fois par un cessionnaire subséquent de bonne foi.

**359**

Cet article est nouveau.

Cette disposition régit les modalités de cession de la grosse hypothécaire.

Il est assez difficile de prévoir si les endossements se feront surtout à ordre ou surtout au porteur. Les deux méthodes sont cependant prévues afin d'assurer une plus grande souplesse de négociabilité.

**360**

L'endossement doit être pur et simple. Etant donné qu'il s'agit de documents négociables, il n'est pas raisonnable d'admettre que l'endossement soit subordonné à des conditions. De même, l'endossement partiel est nul vu les difficultés qui pourraient en résulter. Evidemment, lorsqu'une partie de la créance a été payée, l'endossement pour le solde ne constitue pas vraiment un endossement partiel.

Les intérêts se répartiront, au jour de la cession, *pro rata temporis* entre le cédant et le cessionnaire de la grosse.

**361**

Cet article est nouveau.

Le cessionnaire devient, par le seul fait de la cession, titulaire de la

créance y décrite et peut donc exercer tous les droits et recours hypothécaires qui s'y rattachent. Cet effet a lieu sans enregistrement ou signification au débiteur.

Etant donné la négociabilité de cette grosse hypothécaire, il va de soi que le nouveau titulaire ne puisse se voir opposer les exceptions ou moyens de défense fondés sur les rapports entre le débiteur et un titulaire antérieur ou entre le débiteur et le créancier originaire. Cette règle s'inspire de l'article 1192 C.C.

### 362

Cet article est nouveau.

Cette disposition se rapproche de celle de l'article 357 concernant l'endroit prévu pour le paiement de la créance; elle est nécessaire étant donné que le débiteur peut parfois ignorer qui est le détenteur de la grosse négociable. Il lui est donc nécessaire d'avoir un point de rattachement qui lui permette de communiquer avec son créancier. L'article prévoit, en outre, une procédure de modification de cette élection de domicile et contient des dispositions applicables au cas de grosses fractionnaires.

### 363

Cet article est nouveau.

Cette disposition complète la précédente en permettant de faire des offres réelles, suivies de consignation, au domicile élu par le créancier, dans les cas où, suivant l'article 357, on a stipulé que les paiements seraient faits directement au titulaire. Dans les autres cas, bien sûr, les offres réelles se feront à l'endroit convenu pour les paiements, dans l'acte constitutif.

### 364

Cette disposition supplée au défaut de se conformer aux prescriptions des articles 357 et 362. Elle semble préférable à la nullité.

## CHAPITRE IV

### DE L'HYPOTHEQUE JUDICIAIRE ET TESTAMENTAIRE

#### Section I

##### De l'hypothèque judiciaire

###### 365 et 366

Les articles reprennent l'article 2034 C.C. Le troisième alinéa de l'article 2034 est repris sous l'article 367.

Quant aux intérêts et aux frais, voir le commentaire sous l'article 298.

###### 367 et 368

Les articles reprennent en substance le troisième alinéa de l'article 2034, l'article 2035, les deux premiers alinéas de l'article 2036 C.C. et l'article 2121 C.C.

Le premier alinéa de l'article 367 reprend l'idée de l'article 2035 C.C. en précisant que l'hypothèque judiciaire peut affecter tous les biens mobiliers et immobiliers, présents ou futurs, du débiteur.

Le second alinéa vise la procédure de publication et d'enregistrement de l'hypothèque judiciaire. Pour être enregistré, le jugement devra être accompagné de la déclaration prévue à l'article 380 (159). Lorsque les biens du débiteur comprennent des biens susceptibles d'une hypothèque dont la publication ne peut se faire que par la mise en possession du créancier (i.e. les titres négociables), l'hypothèque judiciaire n'a pas lieu quant à ces derniers biens.

###### 369

Cet article reprend le troisième alinéa de l'article 2036 C.C. en n'y apportant que des modifications de forme.

###### 370

Cet article est nouveau, encore qu'il confirme une interprétation donnée au droit actuel.

En effet, étant donné que le titulaire de cette hypothèque (judiciaire) est le bénéficiaire d'un jugement exécutoire, il n'est pas nécessaire de l'obliger à recourir à la procédure de l'action hypothécaire si son débiteur est encore en possession du bien. Il pourra tout simplement exercer son

recours hypothécaire en procédant à une saisie et à la vente en justice de ce bien (160).

## Section II

### De l'hypothèque testamentaire

#### 371

Bien que l'acte authentique en minute soit exigé pour la création d'une hypothèque immobilière, il est préférable de permettre la création d'une telle hypothèque dans un testament qui soit par ailleurs valable selon les règles applicables à la forme des testaments (a. 255 et suivants du Livre *Des successions*).

#### 372

Cet article reproduit en substance le droit actuel (a. 880 C.C.).

Le Code civil prévoit, à l'article 880, que le droit au legs n'est pas accompagné d'hypothèque sur les biens de la succession, mais que le testateur peut l'assurer par hypothèque spéciale, sous quelque forme que soit le testament, sujette, quant aux droits des tiers, à l'enregistrement du testament. L'article proposé reproduit donc le droit existant. L'hypothèque testamentaire devra être spéciale, s'attacher à un bien désigné et non pas à la masse des biens du testateur ou à une universalité de ses biens.

#### 373

Cet article est de droit nouveau.

Le Code civil prévoit, à l'article 2110, que l'hypothèque testamentaire a son effet à compter de l'ouverture de la succession par l'enregistrement qui en est fait dans les six mois à compter du décès du testateur s'il décède dans les limites du Canada (et dans les trois ans à compter de ce décès s'il a lieu hors du Canada). D'une manière générale, tous les délais accordés pour l'enregistrement des sûretés réelles devraient être supprimés. À l'égard des tiers, l'hypothèque testamentaire devra donc être rendue publique de la même manière qu'une hypothèque conventionnelle. Il incombera donc, en pratique, au testateur qui crée une hypothèque testamentaire, de confier l'administration de sa succession à un exécuteur testamentaire ou à toute autre personne qui pourra veiller à rendre cette hypothèque publique. Le système d'enregistrement devrait pouvoir permettre à toute personne de se renseigner immédiatement et sûrement sur l'état hypothécaire des biens.

L'article 2110 C.C. serait donc abrogé. Les articles 2111 et 2112 C.C. sont repris au Livre *De la publication des droits*.

**374**

Cet article est de droit nouveau.

Il précise la procédure à suivre pour la publication de l'hypothèque testamentaire, y compris la déclaration comprenant les mentions prévues à l'article 381.

## CHAPITRE V

### DE LA PUBLICATION DES HYPOTHEQUES

#### Section I

##### Dispositions générales

**375**

Cet article est nouveau, en partie.

Le premier alinéa maintient le droit actuel en exigeant l'enregistrement pour la publication des hypothèques immobilières.

Dans le cas du second alinéa, il y a innovation. Quant à la publication par prise de possession, la disposition maintient le droit existant relatif au contrat de gage. Quant à la possibilité de publier une hypothèque mobilière par enregistrement, il y a élargissement des règles d'exception qui existent déjà au sujet des nantissements agricole, forestier et commercial et des sûretés mobilières créées en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (161). Il y aurait abrogation définitive de la règle de l'article 2022 C.C. et reconnaissance du principe de la publicité par enregistrement en matière d'hypothèque mobilière. Les modalités de la publication des hypothèques sont contenues dans les sections suivantes.

En matière d'hypothèque mobilière, étant donné qu'il y a deux modes de publication reconnus par cet article, il sera possible aux parties de changer le mode de publication sans pour autant en perdre l'avantage. Il sera alors suffisant que la publication par l'une ou l'autre méthode soit ininterrompue. Par ailleurs, certaines hypothèques mobilières sont assujetties par les articles subséquents à des règles spéciales de publication. Les parties perdent alors le choix de la méthode de publication. L'hypothèque flottante, pour sa part, doit toujours être publiée par l'enregistrement,

puisque, par hypothèse, le créancier n'est pas intéressé à être mis en possession des biens grevés.

L'enregistrement de l'acte constitutif d'hypothèque et la remise du bien grevé en la possession du créancier sont les deux moyens traditionnels de publication des sûretés réelles. Ce sont les plus sûrs et les plus faciles à contrôler.

Le Projet exclut toute idée d'exempter quelque hypothèque que ce soit de la nécessité de la publication.

### **Autres modes de publication des hypothèques**

En ce qui a trait aux sûretés mobilières conventionnelles, la méthode dite de l'enregistrement de l'avis d'intention («*notice filing*») est utilisée en vertu de la *Loi des banques* (162), du *Uniform Commercial Code* (163) et du *Uniform Personal Property Security Act* (164), entre autres. Cette méthode a l'avantage de la simplicité et de la rapidité, puisqu'elle ne requiert qu'un minimum de mentions à porter à l'enregistrement. En vertu de la *Loi des banques*, le nom du débiteur et celui de la banque suffisent; d'autres lois requièrent en outre une description des biens grevés.

Le créancier jouit ainsi de l'avantage de ne pas avoir à décrire constamment les biens grevés non plus que les montants pour lesquels des hypothèques successives sont créées.

Cette méthode a pour principal inconvénient de ne pas permettre aux tiers d'obtenir une information globale sur consultation des registres publics; seuls le créancier et le débiteur peuvent fournir ces détails. De plus, l'avis d'intention n'est pas toujours suivi de la création d'une hypothèque (ou autre sûreté), sans compter qu'il risque parfois de tromper les tiers et de nuire au débiteur - qui devra alors obtenir une mainlevée (du consentement du créancier nommé dans l'avis ou sur ordonnance du tribunal).

Les inconvénients de l'avis d'intention sont, en ce qui concerne les banques, largement amenuisés en raison du nombre restreint de banques, du nombre considérable de leurs succursales et de leur disponibilité à communiquer l'information; de plus, il ne faut pas oublier les restrictions imposées par l'article 88 de la *Loi des banques* relativement aux biens qui peuvent être grevés de la sorte. Autant de circonstances qui ne se retrouvent pas dans la majorité des cas; la généralisation de cette procédure pourrait, estime-t-on, entraîner des inconvénients et des abus graves. C'est d'ailleurs le cas aux Etats-Unis, où l'article 9-402 a souvent été critiqué.

Forte de l'expérience américaine, la loi uniforme canadienne (U.P.P.S.A.) a limité l'avis d'intention aux cas d'hypothèques d'inventaires et de comptes à recevoir.

Le Projet contient des dispositions permettant d'atteindre des résultats analogues sans pour autant institutionnaliser l'avis d'intention. Ainsi, l'hypothèque générale (sur les biens d'inventaire, les comptes à recevoir, par exemple, cf. a. 294, 326 et 327) et les hypothèques assurant le paiement de dettes successives et d'ouvertures de crédit (a. 335, 336 et 337) peuvent être publiées par l'enregistrement, postérieur à l'acte constitutif, d'avis et de déclarations à cet effet (a. 380 et 381).

D'autres méthodes de publication pourraient encore être utilisées en certains cas, mais elles exigeraient une intervention administrative de l'Etat et soulèvent à leur tour des questions de politique législative.

L'exemple des véhicules-moteurs est le plus frappant. Certains pays exigent que chaque véhicule soit accompagné d'un carnet sur lequel apparaissent non seulement le nom du propriétaire et l'identification du véhicule, mais aussi la suite continue de ses différents propriétaires. Il est possible, en l'occurrence, d'exiger que les hypothèques grevant ces véhicules soient aussi portées au carnet de propriétaire. Ce carnet étant indispensable pour l'aliénation du bien, les hypothèques y apparaissant seraient de ce fait rendues publiques.

On a vu aussi certaines législations étrangères imposer l'apposition de plaques d'identification (du créancier) sur les biens grevés d'hypothèque mobilière.

On peut aussi concevoir l'inscription du droit hypothécaire sur un titre ou document, comme dans le cas d'effets négociables ou de documents représentant des biens incorporels.

Bien que ces procédures puissent être acceptables et même souhaitables, elles ne paraissent pas pouvoir remplacer les autres modes de publication prévus au Projet (enregistrement ou mise en possession du créancier). Elles pourraient s'y ajouter, comme modes de protection additionnels. Le système d'enregistrement central qui est recommandé (165) demeure le meilleur moyen d'assurer une publication uniforme et universelle de toutes les hypothèques. Il ne faut pas y faire exception et forcer les tiers à faire des recherches multiples pour découvrir l'état hypothécaire d'un bien. Toutes les sûretés doivent être soumises aux mêmes modalités de publication.

## 376

Cet article est nouveau.

Une disposition semblable se retrouve dans le *Personal Property Security Act* d'Ontario, ainsi que dans le *Draft Uniform Personal Property Security Act* (version de 1971, adoptée par la Conférence des commissaires pour l'uniformisation du droit au Canada) (166). Cette disposition se lit comme suit: (a. 47(5)): «*Where the collateral is other than instruments, securities, letters of credit, advices of credit, negotiable documents of title or goods to be held for sale or lease with respect to which a notice of intention has been registered, the security agreement shall not be registered after thirty days from the date of its execution.*»

Le but de cette disposition est de protéger les créanciers ordinaires qui, après avoir fait crédit au débiteur, pourraient se voir opposer des hypothèques dont ils n'auraient pu avoir connaissance au moment où ils ont fait affaire avec le débiteur, faute d'enregistrement.

La Commission de réforme du droit de la province d'Ontario tenait, dans son rapport numéro 3, les propos suivants: «*Your Commission is strongly of the opinion that a holder of a security interest should not be permitted to withhold registration indefinitely. The view of your Commission is that such a provision would be unfair to ordinary creditors, who would, while extending credit, have no way of knowing that the security interest was outstanding, subject to perfection at the will of the security holder. In addition, such a provision could be used as an instrument of fraud.*» (167)

Toutefois, le créancier, en vertu de la loi ontarienne, peut s'adresser au tribunal à l'expiration des trente jours pour obtenir l'autorisation d'enregistrer malgré l'expiration du délai. Seuls sont alors protégés les créanciers qui en auront fait la demande au tribunal. L'article 376 va plus loin et fait du délai de trente jours un délai de déchéance. L'enregistrement dans les trente jours n'est accompagné d'*aucun effet rétroactif*: l'hypothèque ne prendra rang qu'à compter de la date de son enregistrement.

Rien cependant n'empêche le créancier hypothécaire qui n'a pas enregistré dans les trente jours d'obtenir de son débiteur la signature d'un nouveau contrat, lequel, s'il est enregistré, sera opposable aux créanciers ordinaires à compter de la date d'enregistrement.

Les exceptions prévues à l'article 47(5) de la loi ontarienne n'ont pas été retenues afin d'éviter la complexité du régime d'exceptions (168).



377

Cet article est nouveau.

Le Code civil est silencieux sur l'effet, entre les parties, d'une hypothèque non enregistrée. Il est bien dit, à l'article 2130 C.C., «qu'aucune hypothèque... n'a d'effet sans enregistrement». Par ailleurs, on soutient généralement que l'enregistrement constitue une mesure de protection pour les tiers et qu'il a été établi dans leur intérêt. La jurisprudence semble à l'effet que l'hypothèque non enregistrée est néanmoins valide entre les parties contractantes (169).

La publication d'une hypothèque ayant pour effet de la rendre opposable au tiers, il est logique qu'une hypothèque non publiée, mais par ailleurs valable, ait effet entre les parties. Décider autrement serait faire de la publication de l'hypothèque une condition essentielle de son existence.

Le mot «tiers» comprend, bien entendu, les créanciers chirographaires du constituant de cette hypothèque qui pourraient invoquer le défaut de publication.

378

L'hypothèque qui n'est pas publiée ne sera pas opposable au tiers. De même, si l'une des conditions de sa validité n'est plus remplie ou s'il y a eu interruption ou cessation de publication, elle cesse d'être opposable aux tiers et perd son rang.

## Section II

### De la publication de l'hypothèque par enregistrement

379

Cet article rappelle l'application des dispositions du Livre *De la publication des droits*, sous réserve des dispositions du présent titre.

380

Cet article est nouveau.

Le Projet prévoit que, dans certains cas, une partie pourra compléter ou modifier un acte d'hypothèque en enregistrant un avis à cet effet. Cet article détermine la forme que devra prendre cet avis ou cette déclaration pour être susceptible d'enregistrement.

Le formalisme a été réduit au minimum et, dans tous les cas, cet avis

ou déclaration pourra être fait sous seing privé. On doit cependant en donner copie à l'autre partie.

Cette procédure n'est pas étrangère au Code civil: on la retrouve, en matière d'hypothèque judiciaire, sous l'article 2121 C.C. (voir l'article 367).

Les avis et déclarations visés par le présent article sont notamment: avis d'hypothèque mobilière sur des biens encore immeubles (a. 321); de cristallisation de l'hypothèque flottante (a. 329); de cessation de cristallisation (a. 334); de réduction d'hypothèque (a. 337); d'hypothèque judiciaire (a. 367); ou de cession ou subrogation (a. 383); ainsi que les avis d'exercice de recours hypothécaires: prise de possession (a. 426); vente de gré à gré (a. 432-433); prise en paiement (a. 439); action hypothécaire (a. 446).

### 381

Cet article est nouveau (il s'inspire en partie de l'article 2120a C.C.).

Cette disposition complète celle de l'article 380 en ce qui a trait aux cas où une déclaration subséquente est nécessaire pour publier l'hypothèque (e.g. a. 302). En effet, le Projet prévoit qu'une hypothèque peut, dans certains cas, être valide même si l'acte ne contient pas une désignation des biens affectés. Nonobstant cette absence de désignation, l'hypothèque pourra néanmoins être enregistrée, mais elle ne sera opposable aux tiers qu'à compter de la date d'enregistrement d'un avis contenant la désignation des biens. Une référence est donc faite à l'article 380 quant au contenu de cette déclaration.

Ainsi, une hypothèque générale pourrait être immédiatement publiée sur les biens présents qu'elle grève et qu'elle décrit. Mais quant aux biens immobiliers futurs, elle ne sera publiée qu'au moment de l'enregistrement de la déclaration dont il s'agit à cet article; c'est ce qu'édicte l'article 2120a C.C. (voir aussi l'article 326).

Cette procédure est aussi utilisée dans d'autres circonstances et notamment dans le cas d'hypothèque testamentaire (a. 374) et dans le cas de créance conditionnelle ou indéterminée dans sa valeur (a. 302).

### 382

Cet article est nouveau.

Puisque la publicité des hypothèques mobilières repose principalement sur le nom des parties à l'acte, elle risque de devenir totalement inefficace si le propriétaire du meuble hypothéqué le vend à un tiers. L'article prescrit donc l'enregistrement de la transmission de ces meubles

afin que la consultation des registres, par la recherche au nom, demeure fructueuse.

Il a semblé préférable de ne pas entacher la vente ou aliénation non enregistrée d'une nullité absolue afin de ne pas gêner indûment la circulation des meubles. La perte du bénéfice du terme est donc la sanction qui a été retenue. Dans tel cas, la vente est valide, mais l'hypothèque demeure aussi valide, permettant au créancier de suivre le meuble et d'exercer ses droits et recours hypothécaires à l'égard de tout détenteur de ce meuble. La sanction prévue à l'article permet donc au créancier d'exiger immédiatement ce qui lui est dû dès le moment où le débiteur aliène le meuble et, le cas échéant, d'exercer aussitôt ses droits de recours.

Par ailleurs, certaines ventes de meubles entraînent l'extinction de l'hypothèque: ce sera le cas de la vente par un commerçant en semblables matières (170), la vente ayant l'effet de décret (171), et la vente par le constituant d'une hypothèque flottante, avant la cristallisation (172).

### 383

Cet article reprend en substance l'article 2127 C.C. (173).

Outre certaines modifications de forme, le principal changement apporté à l'article 2127 C.C. se trouve au troisième alinéa, où il est dit qu'à défaut de l'accomplissement des formalités prescrites, la subrogation ou cession est sans effet à l'encontre des tiers et non pas seulement à l'encontre des cessionnaires subséquents qui ont rempli les formalités (a. 2127 C.C.). En conséquence, ce sera au créancier, qui, le premier, aura complété les formalités prescrites, qu'appartiendra la priorité résultant de l'acte de cession, subrogation ou transport (174).

Il y a exception à cette disposition par l'effet de l'article 351, relatif à la grosse hypothécaire; dans ce cas, aucun enregistrement et aucune signification ne sont requis.

On a expressément prévu le cas de la cession conditionnelle, conformément à la jurisprudence (175).

Voir aussi les commentaires sous l'article 394.

## Section III

### De la publication de l'hypothèque mobilière par la mise en possession du créancier

#### 384

Cet article reprend certaines dispositions des articles 1966 et 1970 C.C.

Il appartient aux parties de déterminer si le bien hypothéqué sera mis en la possession du créancier ou demeurera entre les mains du débiteur, sauf évidemment lorsque la loi requiert la dépossession du débiteur.

La remise du bien hypothéqué au créancier constitue un moyen de publication suffisant à l'égard des tiers. Dans ces cas, il a semblé inutile de soumettre ces hypothèques à la formalité de l'enregistrement.

Le créancier peut alors être mis en possession lui-même ou peut détenir par l'intermédiaire d'un tiers convenu entre les parties. La notion de « tiers » reste la même que sous le droit actuel (a. 1966 et 1970 C.C.). Il ne pourra pas s'agir d'une possession fictive par le constituant ou le débiteur, qui ne sont pas, en réalité, des tiers au sens de cette disposition; s'ils étaient mis en possession, l'hypothèque ne serait pas publiée (à moins d'être enregistrée).

Si le créancier cède sa créance, il devra demeurer en possession du bien, puisqu'il est responsable de la garde du bien. Il devra alors obtenir le consentement du débiteur ou agir en vertu de l'article 388, auquel cas il demeure solidairement responsable de la garde du bien. S'il cède sa créance en demeurant en possession du bien, il devra quand même y avoir signification au débiteur selon les règles de la vente des créances.

On aura noté que la « possession » dont il s'agit ici n'est pas la même que celle du droit des biens (e.g. possession utile à la prescription); l'exception se justifie pourtant pour des motifs historiques et ne porte pas à confusion.

#### 385

Cet article est nouveau.

On aurait pu se contenter de prévoir que la possession du tiers est valable à compter du moment où il est instruit de l'existence de l'hypothèque. On a préféré, vu les difficultés subséquentes de preuve (e.g. pour établir le rang de l'hypothèque), que le tiers reçoive une preuve écrite de l'hypothèque.

**386**

Cet article reprend une disposition de l'article 1970 C.C.

La publication de l'hypothèque n'est plus efficace lorsque le tiers ou le créancier abandonne la possession du bien. L'hypothèque perd alors son opposabilité et son rang. Les articles suivants apporteront un tempérament à cette règle.

**387**

Cet article est nouveau.

Cette disposition emporte exception à l'article précédent. Le créancier pourra remettre temporairement le bien hypothéqué à son débiteur ou à un tiers sans pour autant perdre sa possession au sens de la présente section, à condition cependant que ce soit pour l'une des fins prévues à l'article. Ces fins sont généralement des fins de nécessité dans le cours normal des affaires. La jurisprudence a déjà reconnu la possibilité d'une dépossession temporaire pour des fins utiles (176).

Pour qu'il y ait interruption dans la possession du créancier, il faut que celui-ci y ait volontairement consenti. Les conséquences de la perte de la possession étant très lourdes, il semble inéquitable de faire supporter au créancier les effets d'une situation qu'il n'a pas voulue. Cet article vise donc à lui conserver sa préférence et son rang et à lui permettre d'exercer le recours de revendication. Ce principe a d'ailleurs été reconnu en matière de droit de rétention sous le droit actuel (177).

L'exception prévue par le troisième alinéa est justifiée en ce que les hypothèques régies par les articles 389 et 394 doivent être publiées par la mise en possession du créancier. On conçoit facilement que lorsque le bien hypothéqué est un titre négociable le créancier ne puisse se prévaloir de ces exceptions.

**388**

Cet article est nouveau.

Le créancier d'une hypothèque pourra lui-même hypothéquer sa créance hypothécaire. S'il s'agit d'un créancier en possession du bien, il peut à son tour remettre la possession du bien à son propre créancier pour publier l'hypothèque qu'il consent.

Cependant, cette convention ne pourra porter préjudice au droit du constituant de l'hypothèque originale; celui-ci pourra recouvrer son bien en payant ce qu'il doit en vertu de la première créance. Le premier créancier reste soumis aux mêmes obligations, envers son débiteur, que s'il ne s'était pas départi du bien. Envers le second créancier, il est dans la

position du constituant de l'hypothèque et a le droit de reprendre possession du bien, soit parce qu'il a acquitté son obligation, soit que le créancier abuse du bien, soit pour toutes autres causes légitimes.

Cet article précise qu'il est nécessaire que le premier créancier donne avis au constituant à l'effet qu'il se départit du bien en faveur d'un tiers afin que sa propre possession ne soit pas interrompue par cette remise du bien. Le créancier qui n'aurait pas donné cet avis perd alors l'effet de la publication de son hypothèque et donc le rang de celle-ci à l'égard des tiers. Si l'hypothèque est ainsi déchuë, le constituant pourra recouvrer son bien.

Le second créancier qui est mis en possession par le premier est alors substitué à ce dernier et jouit, quant au bien hypothéqué, des mêmes droits et obligations que le premier créancier. Si, cependant, le débiteur de la première créance paie le premier créancier, il aura droit de reprendre son bien, même si le second créancier n'a pas été payé par le premier créancier. Ce dernier ne peut pas céder plus de droits qu'il n'en a.

Enfin, cette disposition donne au débiteur de l'hypothèque initiale un recours solidaire contre le premier et le second créanciers relativement à leurs obligations concernant la garde du bien. Le premier créancier conserve en effet une possession fictive à l'égard du débiteur alors que le second créancier a la possession réelle. Accorder au débiteur un recours solidaire, c'est éviter la multiplicité des recours.

Le créancier en possession pourra donc, par l'effet des articles 384 et 388:

1. donner la possession à un tiers, du consentement du débiteur;
2. céder sa créance à un tiers, auquel cas il devra y avoir signification au débiteur selon les règles de la vente de créances et on devra distinguer si le créancier reste en possession du bien ou si la possession est remise au tiers, auquel cas avis préalable doit être donné au débiteur et le cédant demeure solidairement responsable de la garde avec le tiers;
3. hypothéquer sa créance en faveur d'un tiers à qui il remet possession, auquel cas il doit donner avis préalable au débiteur, mais il demeure solidairement responsable de la garde avec le tiers.

## Section IV

### De la publication de l'hypothèque sur créances et autres meubles incorporels

#### 389

Cet article est nouveau.

Il vise une catégorie de biens où la possession joue un rôle primordial à l'égard des tiers. Il était impératif d'imposer la publication par possession en matière de titres négociables. Bien que le droit incorporel constaté dans le titre puisse théoriquement avoir une existence indépendante de ce titre, c'est en pratique celui qui le détient qui est le seul à pouvoir efficacement faire valoir les droits qu'il constate. En ce sens, on en est venu à dire que les titres négociables au porteur étaient en réalité des meubles corporels et non plus des meubles incorporels. A l'article, on veut parler du droit lui-même - meuble incorporel - pour le qualifier selon le titre qui le constate. Le titre négociable est au surplus couvert par cet article.

Une réserve est apportée à la règle de cet article pour le cas d'une hypothèque flottante, le but de cette dernière étant d'assurer au débiteur le pouvoir de continuer d'administrer ses affaires comme si aucune hypothèque ne grevait ses biens et de les aliéner libres de toutes charges. Lui imposer l'obligation de remettre les titres constatant les droits ainsi affectés en la possession du créancier risquerait ou bien d'entraver inutilement le déroulement normal de ses affaires ou bien de rendre impossible l'hypothèque flottante sur ces biens. Cette réserve disparaît cependant lorsque le créancier cristallise l'hypothèque flottante.

#### 390

Cet article est nouveau.

Cette disposition s'inspire de dispositions semblables du *Uniform Commercial Code* (178) ainsi que du *Personal Property Security Act* d'Ontario (179).

Il a paru utile, pour les fins du commerce, d'élargir les règles ordinaires de la publication de certaines hypothèques afin de permettre au commerçant un crédit à court terme sans que ni lui ni son créancier ne soient gênés par des formalités de mise en possession ou d'enregistrement, d'autant plus qu'il n'est pas souhaitable d'encombrer le système d'enregistrement par des mentions qui deviendront caduques au bout de quelques jours. Par ailleurs, il est possible que le débiteur ne soit pas encore en possession du titre ou qu'il ne puisse pas s'en départir. En vertu de cette

règle, le créancier est donc protégé, à l'égard des créanciers chirographaires, pendant une période de dix jours à compter du moment où il aura fait une avance de fonds à son débiteur, sans qu'il soit besoin de prendre possession du titre (l'enregistrement n'étant pas admis dans ce cas). Son hypothèque sera valide advenant la faillite du débiteur, pourvu évidemment que le créancier puisse faire la preuve de sa créance.

### 391

Cet article est nouveau, quoique fondé pour partie sur le droit actuel (a. 1571 C.C.). En effet, le Code civil reconnaît que les créances peuvent être mises en gage (a. 1966, al. 3 et 1974 C.C.). Cependant, le chapitre du gage est avant tout fonction des objets mobiliers corporels. Le contrat de gage se réalise alors par la possession physique du bien par le créancier. Les autres dispositions du Code n'accordent qu'une importance relative à la mise en gage des créances.

Par l'effet de l'article 1578 C.C., la mise en gage de créances s'opère par le mécanisme de la cession de créances (a. 1570 et s. C.C.), à moins que celles-ci ne soient constatées dans un effet négociable (a. 1573 C.C.). Les articles 391 et suivants incorporent ce mécanisme, en l'adaptant, aux modalités de l'hypothèque mobilière. Ces articles requièrent que le créancier soit mis en possession pour publier l'hypothèque.

Il est utile de rappeler ici que tout transport de créances auquel les articles 281 et suivants s'appliqueraient serait réputé une hypothèque de créances. Ceci sera d'ailleurs conforme à la jurisprudence actuelle qui, malgré certaines dissidences, soutient qu'un transport de créances en garantie n'est constitutif que de gage et ne confère pas aux créanciers de droit de propriété absolue sur cette créance (180).

Eût-on simplement énoncé que l'hypothèque pouvait être publiée par la remise d'une copie de l'acte au débiteur de la créance hypothéquée qu'il y eût eu création d'une troisième méthode de publication de l'hypothèque (outre l'enregistrement et la mise en possession du créancier). On a préféré recourir à la technique de l'article 1571 C.C. selon laquelle la remise d'une copie de l'acte constitutif d'hypothèque sur la créance confère la possession au créancier hypothécaire. Nous n'avons pas cru nécessaire d'exiger en plus qu'une signification soit faite aux débiteurs. Ils sont suffisamment avisés par la copie de l'acte qu'ils reçoivent. Il restera au créancier bien sûr, de prouver qu'il a remis copie aux débiteurs.

Le mot possession est ici envisagé dans un sens légèrement différent de celui de la théorie conventionnelle, selon laquelle la possession ne vise que les droits réels (181). Dans un sens plus général, la possession se



définit comme la manifestation du contrôle ou des pouvoirs qu'un individu exerce sur une chose ou un bien. C'est dans ce sens que l'article 1571 C.C. emploie le mot « possession » lorsqu'il énonce que le cessionnaire d'une créance n'a « possession utile » à l'égard des tiers que lorsque certaines conditions sont remplies; c'est dans ce dernier sens que l'expression a ainsi été utilisée.

Dans le cas d'hypothèque de créance, la publication par le seul enregistrement ne s'avère pas une méthode efficace eu égard au fait que l'enregistrement n'est pas, en fait, un avis suffisant au débiteur. Dans le cas des universalités de créances, on suivrait la règle proposée par l'article 393.

La référence, dans le deuxième alinéa, aux dispositions applicables à la vente de créances permet d'accomplir la mise en possession si le débiteur n'a pas de résidence au Québec ou ne peut pas être trouvé (182).

### 392

Cet article reprend la règle posée par l'article 1573 C.C., déjà reprise à l'article 389 quant à la publication d'hypothèque sur certains meubles incorporels.

Dans le cas de créances constatées dans un titre négociable, le droit de créance ne peut être dissocié du document qui le constate, de sorte que ce droit est considéré comme un bien meuble corporel, dont la possession revêt, en pratique, la plus grande importance; la possession du document vaut titre et la translation de la propriété des droits constatés dans le document s'opère par sa simple délivrance.

Dans le cas de l'hypothèque flottante, cette dernière pourra être publiée en tant que telle sans qu'il y ait nécessité de remettre les documents ou valeurs négociables au créancier hypothécaire.

### 393

Cet article est conforme à l'article 1571d C.C.

En vertu de l'article 1571d C.C., il apparaît que la signification et la délivrance qui confèrent au créancier la possession utile à l'égard des tiers s'opèrent par le seul enregistrement de l'acte de cession de l'universalité de créances. Par ailleurs, le créancier cessionnaire ne peut opposer ses droits à un tiers quant aux créances acquittées avant qu'un avis de cet enregistrement n'ait été publié dans les journaux (ou personnellement aux débiteurs). La même règle prévaut ici et s'applique à l'hypothèque d'une universalité de créances (183).

Sans doute, l'enregistrement et la publication dans les journaux

rejoignent-ils difficilement les débiteurs concernés; en pratique, les cessionnaires préfèrent souvent signifier individuellement aux débiteurs. Néanmoins, en certains cas, la signification de l'hypothèque à chaque débiteur des créances hypothéquées s'avère une procédure onéreuse ou impraticable. Aussi, la possibilité de publier l'hypothèque sur un ensemble de créances par le moyen de l'enregistrement demeure-t-elle une possibilité nécessaire et souhaitable. Celle-ci sera particulièrement utile dans le cas de sûretés consenties à l'occasion d'un financement à long terme, alors que le créancier n'entend pas exercer un contrôle serré des sûretés qui feront l'objet de sa garantie. Outre la signification personnelle et celle qui se fait par publication dans les journaux, la troisième méthode consiste dans le dépôt de la copie de l'acte ou registre central des droit mobiliers, ainsi qu'il est suggéré à l'article 432 du Livre *Des obligations* (184).

Cet article remplace aussi l'article 26 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* relativement à l'enregistrement des sûretés sur créances.

### 394

Cet article s'inspire de l'article 2127 C.C.

Il s'applique aux cas d'hypothèques de créances; il reprend le principe plus général de l'article 383 qui couvre tous les cas de subrogation et cession de créances hypothécaires.

Cette disposition couvre le cas de l'hypothèque d'une créance déjà garantie par hypothèque. Elle reproduit la règle de l'article 2127 C.C. s'appliquant à la cession de créances hypothécaires.

L'enregistrement et la remise du certificat d'enregistrement deviennent ici une condition de publication de l'hypothèque à l'égard de tous et non seulement à l'égard des cessionnaires subséquents comme le prévoit l'article 2127 C.C. La distinction que présente l'article 2127 C.C. entre les « tiers » et les « cessionnaires » subséquents a donné lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation; on n'a pas vu l'utilité de la conserver (185).

L'article 2127 C.C. rend en effet périlleuse la position du débiteur de la créance cédée: la seule signification qu'on lui fait d'un premier transport l'oblige à payer au premier cessionnaire (a. 1571 C.C.), mais, néanmoins, un second cessionnaire qui enregistre et signifie, acquiert priorité sur le premier. Le problème résulte des mots « à l'encontre d'un cessionnaire subséquent », au troisième alinéa de l'article, qui laissent entendre que le transport est opposable à tous sauf à un cessionnaire subséquent qui remplit les formalités y indiquées; après avoir effectué un paiement valable, le débiteur peut se voir recherché à nouveau par un

second cessionnaire. Le débiteur prudent attend donc qu'il y ait enregistrement et signification dans tous les cas.

### 395

Cet article en est un de coordination. Il s'impose puisque l'article 1192 C.C. ne réfère qu'aux transports ou cessions; ces transports ou cessions sont réputés être hypothèques lorsqu'ils sont consentis pour assurer le paiement d'une obligation (a. 281). Voir aussi l'article 342 quant à la perception des créances hypothéquées.

## Section V

### De la publication de l'hypothèque de choses corporelles représentées par connaissance

#### 396

Cet article s'inspire de plusieurs dispositions du Code civil (v.g. a. 1573, 1578, 2421 et 2711 C.C.) ainsi que de la *Loi des connaissances* (186).

A la différence de la lettre de change, le document émis à l'occasion de l'entreposage ou du transport de marchandises et nommé connaissance ou reçu d'entrepôt, ne donne pas droit au paiement d'une somme d'argent, mais confère à celui qui le détient le droit d'obtenir la possession des choses qui y sont décrites. Il permet ainsi au propriétaire des choses entreposées ou transportées d'effectuer toutes les opérations commerciales courantes (vente, hypothèque), bien que la marchandise ne soit pas entre ses mains.

Ce document peut être négociable ou non négociable. S'il est négociable, le document pourra faire l'objet d'opérations indépendamment des choses qu'il représente et ainsi poursuivre son chemin parallèlement à ces choses. De là résultent des conflits possibles entre diverses personnes qui prétendraient avoir des droits sur les choses, soit directement, soit par l'entremise du document.

Seul pourra obtenir la marchandise celui qui remettra à l'entrepositaire ou au transporteur le document ainsi émis. Les articles 396 et suivants ont pour but de réglementer le mécanisme de l'hypothèque créée sur de telles choses. Ces dispositions s'appliquent généralement à tous les biens à propos desquels un titre a été émis et, inversement, à tous les titres constituant un reçu de marchandise, que les biens aient été confiés à un

tiers en vertu d'un contrat de transport, d'entreposage ou de toute autre convention.

L'hypothèque de choses corporelles représentées par un connaissance, reçu ou autre titre, pourrait être publiée par les différents modes déjà prévus: l'enregistrement ou la mise en possession du créancier des biens concernés. Cependant, dans le cas où le document est négociable, la publication de l'hypothèque des choses représentées par ce document pourra se faire par la remise du titre au créancier. On aura noté ici qu'il s'agit de l'hypothèque des biens eux-mêmes et non pas de l'hypothèque du connaissance. L'hypothèque sur les biens pourra donc être publiée par la remise du titre qui les constate pourvu que ce titre soit négociable; s'il ne l'est pas, sa détention par le créancier ne sera d'aucune utilité pour les fins de la publication de l'hypothèque.

Les articles 389 et 396 ont avantage à être comparés, puisqu'ils visent à réglementer des situations différentes. L'article 396 ne couvre que l'hypothèque des choses corporelles représentées par un titre négociable. Les autres articles concernent l'hypothèque des meubles incorporels et des créances.

### 397

Cet article complète l'article 394.

D'après la pratique commerciale usuelle, le créancier qui désire obtenir une sûreté sur des choses représentées par un connaissance négociable exige habituellement d'être mis en possession de ce connaissance, reçu ou autre titre. La *Loi des connaissances* prévoit d'ailleurs cette situation.

La prise de possession par le créancier constitue donc un mode de publication de l'hypothèque et ce dernier est présumé prendre possession des choses elles-mêmes en prenant possession du connaissance négociable. L'article précédent reconnaît cette pratique sans toutefois empêcher la publication de l'hypothèque par le moyen de l'enregistrement (en ceci, il suit la politique du U.C.C. a. 9-304(1)).

L'avantage de ce mode de publication de l'hypothèque, par rapport aux autres modes de publication, apparaît à la lecture de cet article: lorsqu'une hypothèque est publiée par la remise du titre au créancier, elle a priorité sur une hypothèque créée directement sur les choses, même si cette dernière est antérieure en date et même si elle a été publiée avant celle qui est créée sur le titre, à moins que cette hypothèque n'ait été publiée avant l'émission du titre.

Les créanciers auront donc avantage à obtenir la remise du titre pour

publier leur hypothèque, dans ces cas, puisqu'une hypothèque publiée par l'enregistrement sera toujours susceptible d'être primée par celle d'un créancier en possession du titre. Le créancier qui recourra à la technique de l'enregistrement le fera à ses risques et périls.

Il y a lieu d'insister sur l'importance du mot «négociable» au début de cet article, puisqu'en vertu de l'article précédent, ce n'est que lorsque le titre est négociable que sa remise au créancier lors de la création d'une telle hypothèque peut être utile pour fin de publication.

### 398

Cet article est de droit nouveau.

Il s'inspire de dispositions semblables du *Personal Property Security Act* (187) ainsi que du U.C.C. (188) et reprend le principe posé à l'article 390 pour l'appliquer aux meubles corporels représentés par un titre.

Il a paru utile, pour les fins du commerce, d'élargir les règles ordinaires de la publication des hypothèques, afin de permettre au commerçant d'obtenir un crédit à court terme sans que ni lui ni son créancier ne soient gênés par les formalités de mise en possession ou d'enregistrement de l'hypothèque, d'autant plus qu'il n'est pas souhaitable d'encombrer le système d'enregistrement par des mentions qui deviennent caduques au bout de quelques jours. Par ailleurs, il est possible que le débiteur ne soit pas encore en possession du titre représentant la marchandise ou encore qu'il ne puisse s'en départir au moment de la création de l'hypothèque.

En vertu de la règle proposée, le créancier sera donc protégé, à l'égard des créanciers chirographaires, pendant une période de dix jours à compter du moment où il aura fait une avance de fonds au débiteur, sans qu'il ait besoin d'enregistrer son hypothèque ou de prendre possession du titre. L'hypothèque sera valide advenant la faillite du débiteur, pourvu évidemment que le créancier puisse faire la preuve de l'existence de l'hypothèque. Dans de tels cas, la présence d'un écrit sera, à toutes fins pratiques, requise. Cette dernière exigence quant à l'écrit est requise expressément en vertu du U.C.C. (a. 9-304(4)).

Le troisième alinéa de cet article confirme la règle générale du rang à l'égard des créanciers hypothécaires. Il n'y a pas d'effet rétroactif; la publication ne donne rang qu'à compter du moment où elle est faite.

### 399

Cet article est de droit nouveau, il provient des mêmes sources que l'article précédent (189).

Cet article tempère la règle générale selon laquelle la dépossession temporaire n'affecte pas les droits du créancier hypothécaire ( 190 ).

La règle ne profite ici au créancier que s'il prend possession ou enregistre son hypothèque dans les dix jours ( 191 ).

Par ailleurs, si un tiers prend possession entre-temps, ce dernier aura priorité. L'hypothèque du premier créancier, quoique n'étant pas déchuë, n'est pas opposable au détenteur ( second créancier ) qui n'y a pas consenti.

Cette règle, comme celle de l'article précédent, ne joue qu'entre commerçants. Vu cette restriction, il a semblé inutile d'énumérer, comme le fait le U.C.C., les fins pour lesquelles le créancier pouvait se départir de la possession du titre.

## Section VI

### **De la publication de l'hypothèque d'actions du capital-action d'une corporation**

#### **400**

Cet article est nouveau.

La publication de l'hypothèque d'une action du capital-action d'une corporation doit se faire par la remise du titre au créancier.

Par ailleurs, les droits consentis par un actionnaire sur ses actions acquittées ne concernent pas la compagnie; celle-ci y demeure étrangère. La compagnie n'a d'obligations qu'à l'égard du détenteur enregistré dans ses livres ou du porteur de la valeur mobilière, le cas échéant.

La jurisprudence sanctionne le principe à l'effet que le gage d'une action par la mise en possession du créancier est suffisant et valablement constitué quoique la compagnie n'ait pas été avisée de ce gage. L'article 401 confirme la jurisprudence en énonçant que l'hypothèque d'une action peut être publiée sans que l'émetteur de cette action en soit avisé ( 192 ).

Il était nécessaire de prévoir des dispositions particulières concernant l'hypothèque d'actions émises par des corporations: l'action n'est pas un droit contre un tiers et elle n'est pas nécessairement négociable. Les autres dispositions concernant l'hypothèque de créances ou de droits contre un tiers ne seraient pas totalement applicables.

**401**

Cet article est nouveau.

Voir le commentaire sous l'article précédent quant au premier aliéna de cet article.

Quant au deuxième alinéa, il prévoit que lorsqu'un créancier exerce un recours hypothécaire qui résulte dans un transfert d'actions, ce transfert est subordonné aux règles prévues par la *Loi des compagnies* (193) ou par les statuts de la compagnie en question. On consultera à cet effet les articles 40 et 68 de la *Loi des compagnies* et les articles 617 et suivants C.P.C.

Dans le cas où un créancier hypothécaire saisirait les actions du capital-action d'une compagnie privée, il les prendrait sujettes aux restrictions dont elles sont assorties. Etant donné que ces restrictions doivent apparaître sur les certificats d'actions, le créancier qui a la possession de ces certificats peut aisément les connaître; si le transfert de ces actions est assujéti à l'approbation des autres actionnaires ou si elles sont soumises à un droit de préemption, le créancier devra s'y soumettre. Il ne peut obtenir plus de droits dans ces actions qu'en avait l'actionnaire lui-même.

## CHAPITRE VI

### DE L'EFFET DES HYPOTHEQUES

#### Section I

##### Dispositions générales

**402**

Cet article reproduit l'article 2053 C.C.

Le mot «constituant» remplace le mot «débiteur», puisque celui qui a créé l'hypothèque peut n'être pas lui-même débiteur; le mot «possesseur» est utilisé puisque le bien hypothéqué peut être meuble ou immeuble. Le mot «propriété» est remplacé par le mot «droits», car il peut se trouver en effet qu'un autre droit que le droit de propriété soit hypothéqué; ainsi une créance peut être hypothéquée: le mot «propriété» convient alors mal.

Dans le cas d'hypothèque mobilière publiée par la mise en possession du créancier, le droit de propriété du constituant n'est pas diminué, mais il

perd le contrôle physique du bien - ce qui peut restreindre sa faculté d'en disposer.

Si l'hypothèque mobilière est publiée par enregistrement, le constituant peut en disposer, mais il doit se soumettre aux dispositions de l'article 382. L'hypothèque subsiste néanmoins, sauf les exceptions prévues par le Projet (194).

#### 403

Cet article reproduit en substance l'article 2054 C.C.

La mention de l'«intention de frauder» a été enlevée et remplacée par un autre critère: celui de l'utilisation normale du bien. D'une part, les tribunaux ont souvent déduit ou présumé l'intention de frauder du fait des détériorations (195); d'autre part, le critère posé a semblé plus juste. Les droits du détenteur du bien hypothéqué s'arrêtent au moment où il jouit de son bien de manière à nuire à son créancier.

On a aussi remplacé la notion étroite de destruction physique par celle plus large de diminution de valeur. Cette solution est plus équitable et d'ailleurs conforme à la jurisprudence (196).

#### 404

Cet article reproduit en substance l'article 2055 C.C.

Les autres recours du créancier sont principalement énumérés dans l'article 412.

#### 405

Cet article reproduit les dispositions des articles 1967 et 1974 C.C.

Ces dispositions, empruntées aux règles relatives au nantissement, seraient alors applicables à toutes les hypothèques, mobilières ou immobilières. Il y a ici parallèle avec les principes de droit commun et il n'y a pas lieu de fournir de plus amples commentaires.

Les articles 338 et suivants, relatifs aux hypothèques de créances, établissent le droit du créancier de percevoir les fruits et les modalités de ce droit; le présent article ne traite que d'imputation.



## Section II

### Du créancier hypothécaire en possession du bien hypothéqué

#### 406

Cet article remplace la partie de l'article 1972 C.C. qui fait du créancier un dépositaire; il réfère à la notion d'administration du bien d'autrui (197).

#### 407

Le premier alinéa de ce texte reproduit le premier alinéa de l'article 1975 C.C.

Ce texte s'applique à l'hypothèque qui a été publiée par la mise en possession volontaire du créancier. Les articles 429 et 430 s'appliquent à la prise de possession comme recours hypothécaire.

La sanction de l'article 1975 C.C. consiste en la faculté pour le débiteur de réclamer la possession de son gage; le créancier doit le rendre et perdre ainsi son privilège. La règle à l'effet que le constituant peut réclamer le bien a été conservée, mais l'hypothèque peut demeurer si elle est alors publiée par enregistrement dans les cas qui l'admettent. La sanction de la faute du créancier est moins lourde. C'est ce que dit le second alinéa de cet article.

Le troisième alinéa rend d'ordre public l'obligation du créancier par rapport au bien.

#### 408

On retrouve ici le second alinéa de l'article 1976 C.C.

L'héritier du créancier devient à son tour un tiers qui possède pour autrui (voir aussi l'article 297 quant à l'indivisibilité de l'hypothèque).

#### 409

La règle posée par l'article 1974 C.C. est reproduite ici, avec une modification pour couvrir le cas des fruits et produits qui seraient en nature: à défaut de convention, ils seraient remis au constituant.

Cet article est l'énoncé d'un principe général dont on a déjà vu une application en matière d'hypothèque de créances (voir les articles 338, 339 et 405).

**410**

Cet article est nouveau.

Il prévoit le cas où les actions hypothéquées sont rachetées en espèces. Dans ce cas, il y a imputation de l'argent reçu de la même manière que dans le cas où le créancier hypothécaire reçoit des espèces pour son débiteur, à moins de convention contraire.

## CHAPITRE VII

### DES RECOURS HYPOTHECAIRES

#### Section I

#### Dispositions communes à l'exercice de tous les recours hypothécaires

**411**

Cet article reprend en partie l'article 2057 C.C.

On a retenu la mention de l'action en déclaration d'hypothèque dans la nomenclature des recours du créancier hypothécaire. L'utilité de cette action est d'empêcher un tiers détenteur qui a acquis le bien hypothéqué sans avoir assumé la créance hypothécaire de prescrire extinctivement l'hypothèque (198).

**412**

Cet article est aux lieu et place de l'article 2057 C.C. qui énonce les deux recours du créancier: l'action hypothécaire et l'action en interruption de prescription.

L'action hypothécaire mentionnée à l'article 2057 C.C. est le recours prévu au paragraphe 3 de l'article proposé: le droit de faire vendre en justice afin d'être payé par préférence à même le produit.

Les autres recours mentionnés sont nouveaux. On a cru devoir proposer que les clauses de «dation en paiement» formulées actuellement dans la majorité des conventions hypothécaires deviennent des recours prévus et réglementés par la loi, parce que leur utilité semble incontestée et aussi parce que, étant donné que le Projet interdit toute forme de sûreté autre que l'hypothèque, il importait d'assouplir et de multiplier les recours que celle-ci confère. Pour des raisons semblables, le droit par le créancier de vendre le bien hypothéqué de gré à gré a été ajouté aux recours qu'il peut

exercer de plein droit, quelle que soit la nature du bien hypothéqué. Il est vrai qu'en matière immobilière, il est moins fréquent de rencontrer dans les conventions en cours la stipulation de ce droit; néanmoins, on n'a pas vu l'à-propos de restreindre ce droit à l'hypothèque mobilière seule.

Ces recours s'ouvrent au créancier dès que le débiteur est en défaut, mais pourvu, comme il est dit à l'article 413, que la créance soit liquide et exigible.

Cet article couvre les recours prévus au cas de défaut du débiteur. Il n'est pas exclusif des autres droits que peut avoir le créancier en cette qualité par rapport au bien hypothéqué, comme le droit d'exiger des dommages si le bien est détérioré ou détruit (a. 404), ou celui d'assurer son intérêt dans ce bien (a. 2580 C.C.).

La faculté de prendre en paiement s'étendrait à toutes les hypothèques; ceci a pour effet de modifier le droit actuel qui l'interdit en matière de nantissement agricole ou commercial (a. 1979d et 1979k C.C.).

Le créancier conserve toujours ses droits et recours personnels contre le débiteur, notamment pour demander l'exécution de l'obligation et les dommages résultant de l'inexécution (199).

Chacun des recours hypothécaires sera repris dans les articles qui suivent.

#### 413

L'article 2058 C.C. prévoit que l'action hypothécaire peut être prise par celui qui a une créance liquide et exigible.

En réalité, la même règle est répétée ici, sauf à l'égard du recours de prise de possession. Dans plusieurs cas, le créancier peut avoir à intervenir pour prendre possession de son gage et le protéger sans que sa créance ne soit liquide et exigible: par exemple, si le débiteur est au loin et le bien sans maître, ou encore si le bien se détériore par le fait du détenteur ou du débiteur. Aussi, a-t-il fallu formuler en deux temps la règle nouvelle: pour que des recours soient exercés, il faut dans tous les cas que le débiteur soit en défaut (a. 412) et dans tous les cas, sauf le recours de la prise de possession, que la créance soit exigible et liquide. Ceci consacre le fait que le recours de prise de possession peut être parfois une mesure conservatoire qui ne mène pas nécessairement à la liquidation des droits du créancier.

#### 414

Cet article rappelle le principe qu'une hypothèque flottante ne devient une hypothèque ordinaire qu'au moment de sa cristallisation; avant ce moment, et c'est là la raison d'être de cette hypothèque à caractère

spécial, le créancier ne peut pas intervenir et gêner l'utilisation ou la disposition que le débiteur fait des biens hypothéqués.

#### 415

Cet article reprend le principe posé aux articles 2016 et 2056 C.C. L'hypothèque suit le bien et les recours s'exercent entre les mains de celui qui le détient.

#### 416

Cet article reprend en substance l'article 2059 C.C.

#### 417

Des articles 2065 à 2073 C.C., on a jugé bon de ne conserver que les deux derniers ( l'article 2072 est repris à l'article 422 ).

Les moyens d'exception que ces autres articles prévoient ont tous été abolis en droit français, ou bien parce qu'ils ne sont pas justifiés, ou bien parce qu'ils répètent les règles de droit commun.

Quant à l'article 2073 C.C., il a paru nécessaire de le conserver pour préserver la priorité que le créancier avait avant de devenir propriétaire du bien; il est reproduit avec les modifications de concordance. Une de ces modifications est qu'en ces circonstances le possesseur peut empêcher le créancier d'exercer le recours de prise de possession ou de prise en paiement afin de provoquer une vente et d'être payé.

Comme sous le droit actuel, cet article est sans application lorsque le créancier antérieur a pris le bien libre des hypothèques subséquentes ( voir a. 440 à 445 ).

#### 418

L'article 2074 C.C. est ici reproduit; il a fallu cependant l'adapter. Ainsi, plusieurs recours hypothécaires peuvent être exercés sans qu'action en justice soit nécessairement prise. Le point de départ de l'interdiction de vendre se situe donc au moment où le recours est exercé, c'est-à-dire, dans le cas de la prise de possession, de la vente à l'amiable et de la prise en paiement, au moment de l'enregistrement de l'avis. Dans le cas de la vente en justice, qui est le cas visé par l'article 2074 du Code civil, le tiers acquéreur ne peut pas facilement savoir, à moins de faire une vérification de dernière minute au greffe du tribunal, à quel moment l'action a été intentée. On a donc utilisé, pour ce cas comme pour les autres, la technique de l'avis enregistré. Le créancier qui intente l'action hypothécaire pourra, s'il veut tirer avantage de cet article, enregistrer un avis de son action.

La possibilité pour l'acquéreur de consigner le montant de ce qui est dû au créancier a été conservée.

#### 419

Cet article reprend l'article 2076 C.C.

Il est vrai qu'aux termes de certaines dispositions du Projet, le créancier hypothécaire a droit à la perception des fruits du bien; il peut cependant avoir renoncé à exercer ce droit: le présent article lui donne la faculté, quelle que soit la convention passée ou la renonciation intervenue, de réclamer ces fruits depuis le moment qui y est indiqué.

#### 420

Puisqu'un certain nombre de recours hypothécaires peuvent être exercés extra-judiciairement, il était nécessaire de prévoir spécifiquement jusqu'à quel moment le débiteur ou tout intéressé pouvait désintéresser le créancier. C'est ce que le législateur a fait au sujet de la dation en paiement à l'article 1040b C.C. Le premier alinéa, ressemble d'ailleurs au premier alinéa de l'article 1040b C.C.

Dans le cas de prise de possession (il s'agit ici du recours à la possession et non du cas où l'hypothèque est publiée par la possession); le bien n'est pas vendu et ne change pas de maître; il continue d'être un gage et rien n'empêche donc que le bien soit repris par celui qui l'avait donné en n'importe quel moment, après paiement. Dans le cas de la vente à l'amiable et de la prise en paiement, la règle de l'article 1040b C.C. a été suivie. Dans le cas de la vente en justice, la règle posée par le Code de procédure civile a été suivie.

Dans le cas du recours de vente de gré à gré, on notera la disposition de l'article 433 qui limite dans le temps l'exercice de ce recours par le créancier.

Quant à l'omission ou contravention mentionnée dans l'avis de défaut, les tribunaux ont jugé qu'il ne s'agissait que de défaut réel au moment de l'avis et qu'il n'était pas nécessaire, pour y remédier, de rembourser la totalité de la somme qui a pu devenir exigible en vertu d'une clause de déchéance de terme par suite du défaut (200). La même interprétation devrait donc avoir cours puisque le texte n'a pas été modifié.

Le deuxième alinéa reprend, presque textuellement, l'article 1040b alinéa 2 C.C.

**421**

Dans le Code civil, les articles 2047 et 2130 établissent le rang des hypothèques selon leur priorité d'enregistrement. Dans le Projet, ce rang est établi par la priorité de publication (voir les a. 459, 460 et 461), ce qui revient au même.

Le but de cet article est de prévoir que le créancier de rang antérieur peut exercer tous ses droits hypothécaires (et non seulement la préférence en cas de collocation) par priorité sur les autres. Exemple: un second créancier hypothécaire a-t-il exercé le recours de la prise de possession? Le premier pourra néanmoins exercer lui-même ce droit et réclamer la possession du bien entre les mains du second créancier.

**422**

Cet article reprend en substance l'article 2072 C.C.

La principale modification apportée vise le remplacement du «priviège» dont il est question à l'article 2072 C.C. par un véritable droit de rétention. Ce changement découle de la recommandation d'éliminer les privilèges. L'article proposé utilise les mêmes termes que l'article 84 (a. 419 C.C.); la référence de l'article 419 C.C. au titre *Des privilèges et hypothèques* a été éliminée; la double référence de l'article 2072 C.C. n'a donc plus sa raison d'être.

Le droit de rétention prévu à cet article est, au surplus, régi par l'article 287.

**423**

Cet article reproduit l'article 2049 C.C. avec cette modification qu'il ne spécifie pas, comme le fait l'article 2049 C.C., qu'il doit s'agir de biens appartenant au même débiteur. Il est en effet possible que des tiers aient affecté leur bien à la dette du débiteur; on n'a pas jugé qu'il faille écarter la règle du seul fait qu'un ou des biens affectés soient la propriété de cautions ou de tiers acquéreurs.

On notera de plus que le mot «bien» désignant aussi bien les meubles que les immeubles, le créancier demeure libre d'exercer ses recours hypothécaires contre un bien immeuble sans avoir préalablement fait vendre le meuble qui peut lui être hypothéqué. On s'est demandé si le créancier devrait nécessairement saisir et discuter d'abord les meubles hypothéqués pour n'exécuter contre les immeubles qu'en cas d'insuffisance (c'est ce que les articles 572 C.P.C. et 2009 par. 2 et 3 C.C. semblent indiquer). On a cru que non et qu'il n'y a pas lieu de rendre cette procédure obligatoire. En effet, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque permet au créancier de

choisir celui des biens qu'il veut soumettre à ses recours. Etant donné que la valeur économique des biens meubles risque de ne pas être à la mesure de la créance, il apparaît préférable de permettre une économie de moyens et de laisser l'option au créancier. Les mots «simultanément ou successivement» soulignent le fait que le créancier a le choix d'instituer l'un ou l'autre des recours hypothécaires sur les biens grevés tant et aussi longtemps qu'il n'aura pas été payé (ou que la dette ne sera pas éteinte). Il n'a pas à faire un choix de moyens dès le défaut du débiteur.

Le droit accordé au créancier par cet article est considérable. Il découle en fait du principe du caractère indivisible de l'hypothèque (*tota est in toto et tota in qualibet parte*). Même s'il ne reste qu'une petite partie de la créance, le créancier peut rechercher hypothécairement tous les biens grevés ou l'un ou plusieurs d'entre eux. Le débiteur jouit cependant des délais que lui accorde la loi pour trouver l'argent voulu pour désintéresser son créancier. Cette règle est sévère, mais elle consacre le droit réel qu'est l'hypothèque; elle n'innove d'ailleurs pas.

#### 424

L'article 2078 C.C. est ici répété en remplaçant le mot «délaissement» par «vente ou la prise en paiement», puisque le délaissement peut ne pas avoir lieu si le créancier n'exerce pas le recours de l'action hypothécaire.

Le second alinéa de l'article 2078 C.C. serait abrogé, d'autant plus que le législateur a jugé bon d'abroger la procédure qui y donnait effet, lors de l'adoption du nouveau Code de procédure civile (voir les a. 1067 et 1068 de l'ancien Code de procédure civile et la mention qui est faite à l'alinéa 4 de l'article 704 du nouveau C.P.C.).

#### 425

Cet article est nouveau.

Il s'agit ici d'une disposition de coordination relativement à l'hypothèque d'une portion indivise d'un bien.

Les articles 192 et suivants prévoient en effet qu'un copropriétaire indivis jouit d'un droit de préemption à l'égard des portions indivises détenues par ses coïndivisaires.

L'article proposé vise à étendre ce droit aux cas d'exercice, par un créancier, d'un recours hypothécaire. La procédure est conforme à celle établie par les articles 432 et 439.

Une modification devrait aussi être faite au Code de procédure civile

pour préciser que le cahier des charges établi en vue d'une vente en justice doit faire mention du droit de préemption des coïndivisaires.

## Section II

### De la prise de possession

426

L'avis dont il est question à cet article constitue le point de départ de l'exercice du recours. Une fois qu'il est donné et enregistré, le créancier peut exercer le droit de prendre possession. Ou bien le débiteur la lui accorde aussitôt, ou bien il la lui refuse auquel cas le créancier devra faire valoir son droit par requête.

On n'a pas cru nécessaire ou bon d'exiger que le créancier agisse devant les tribunaux dans les cas où le débiteur ne s'oppose pas à la prise de possession; l'exercice de ce recours est assoupli d'autant. En matière mobilière, une solution contraire aurait été carrément indésirable. On a par là oeuvré dans le même sens que le législateur lors de la promulgation de l'article 1040b C.C. où il ne fut pas requis que le titre de propriété du créancier soit judiciairement confirmé.

L'avis est nécessaire puisqu'il indique au débiteur que le créancier n'entend pas passer outre à ses droits. L'enregistrement l'est pour aviser les tiers qui pourront avoir objection à la prise de possession ou avoir eux-mêmes quelque droit à faire valoir; plus généralement, les tiers ont intérêt à savoir que le créancier possède *ès qualité* un bien d'un débiteur en défaut. Quant au contenu de l'avis, on se référera en outre à l'article 380 qui précise le contenu de base des avis dont il est question à ce titre.

Le présent article exige que l'avis soit donné au « possesseur ». L'article 1040a C.C. exige que l'avis soit donné au « détenteur de l'immeuble à titre de propriétaire (dont les droits) sont alors enregistrés ». Comme il s'agit de la prise de possession, il est préférable de s'adresser au possesseur qui, selon la définition donnée au titre *De la possession*, possède à titre de propriétaire. Peu importerait alors de savoir si les droits de ce dernier sont enregistrés ou non. En cas de doute, le créancier prudent donnera avis à tous ceux qui apparaissent être « possesseurs » du bien.

Il est nécessaire que les autres créanciers hypothécaires soient avisés de l'exercice du recours.



**427**

Cet article, non plus que le précédent, ne prévoit pas de délai pour obtempérer à l'avis de prise de possession, une fois qu'il est enregistré. La prise de possession a lieu d'un commun accord et, si le débiteur refuse, le créancier peut, sur requête, demander au tribunal de l'ordonner.

**428**

Cet article est nouveau.

En matière mobilière, le créancier obtiendra, dans l'exercice de son recours, tant la détention (possession physique) que la possession (possession juridique) du bien (voir l'article 431).

Par la prise de possession d'un immeuble, le créancier n'acquiert pas la détention du bien; il suffit, pour ses fins, qu'il en acquière le contrôle juridique et qu'il puisse l'administrer. En cela, l'hypothèque s'éloigne de l'antichrèse où le créancier possède et use de l'immeuble pour lui, ou encore du mortgage de l'Ancien droit. En somme, le créancier sera dans la situation du gagiste actuel qui, selon les articles 1972 et 1803 C.C., n'est qu'un dépositaire et ne peut se servir de la chose. En vertu de l'article 431, le créancier hypothécaire en possession est réputé administrateur du bien d'autrui. Il n'a donc pas de jouissance personnelle. Le fiduciaire, en vertu d'une émission d'obligations en application de l'article 25 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*, est actuellement dans une situation analogue.

**429**

La prise de possession est un recours conservatoire que le créancier exerce, soit préalablement à un autre recours, soit simultanément; souvent, il pourra avoir lieu pour faciliter l'exercice de ses autres recours. On ne voit pas pourquoi cependant le créancier pourrait conserver indéfiniment le bien dont, à l'origine, le débiteur n'avait pas voulu lui laisser la possession. C'est ce que cet article précise.

**430**

Voir les commentaires sous l'article précédent.

**431**

Le Code civil fait du gagiste un dépositaire. Dans une démarche semblable, il est dit ici que le créancier devient assujetti aux règles de l'administration du bien d'autrui. Ces règles lui imposent différents devoirs de conservation et de reddition de compte.

Le second alinéa reprend en partie l'article 25 de la *Loi des pouvoirs*

*spéciaux des corporations*. Le créancier d'une hypothèque générale sur une entreprise peut, par exception à la règle de la simple administration (201), exploiter ce fonds.

En tant qu'administrateur du bien d'autrui, le créancier hypothécaire qui a pris possession pourra être révoqué de cette fonction par le tribunal, sur requête de tout intéressé, conformément aux dispositions de l'article 582. S'il est alors nécessaire de lui nommer un remplaçant, les dispositions relatives au séquestre devraient alors s'appliquer (202). Le séquestre judiciaire remplit, d'une manière générale, les fonctions d'un *receiver-manager* dans les pays de Common Law (203). Il n'a pas paru nécessaire de prévoir d'une manière spécifique, le remplacement du créancier-administrateur révoqué, vu les dispositions générales sur le dépôt-séquestre et l'administration du bien d'autrui. Certaines lois étrangères interdisent à un fiduciaire représentant les détenteurs d'obligations d'agir à la fois comme fiduciaire et comme *receiver-manager* (204). Il s'agit là d'un problème plus particulier à la fiducie (205); le créancier qui agit pour lui-même pourra, nonobstant le conflit possible d'intérêts (entre lui, son débiteur et les autres créanciers), exercer le recours de prise de possession et d'administration.

## Section III

### De la vente autrement qu'en justice

432

Cet article est nouveau. Il s'inspire des articles 1979c alinéa 1 paragraphe 2 et 1979i paragraphe 2 C.C.

Le créancier hypothécaire, pour réaliser sa créance liquide et exigible, jouit du recours de vendre le bien hypothéqué, soit aux enchères, soit à l'amiable. Juridiquement, ce droit est moins exorbitant que le recours de prise en paiement. Le plus comprend le moins; c'est en raisonnant ainsi que les tribunaux ont déjà validé la convention par laquelle le débiteur gagiste stipule que le créancier pourra vendre le gage au cas de défaut (206), se disant que l'article 1971 C.C. permettant le pacte comissoire, à plus forte raison permettrait-il cette convention. Pratiquement, ce droit de vendre peut régler bien des difficultés et éviter de nombreux frais.

La responsabilité du créancier qui prend sur lui de vendre est assez grande. Ce droit doit être réglementé. C'est l'objet de cette section.

Cet article établit un mécanisme semblable à celui mis en place par les articles 1040a et 1040b C.C.

Le premier alinéa précise que le créancier doit enregistrer, avec son avis, le procès-verbal de signification de cet avis.

Le créancier qui exerce ce recours agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui et donc comme un mandataire légal du possesseur. L'alinéa premier mentionne «la personne contre qui le recours est exercé»: il s'agira alors pour le créancier de rechercher le propriétaire du bien contre qui il exerce le recours ou le détenteur des droits dans le bien s'il s'agit d'un autre droit que la propriété.

Voir les commentaires sous l'article 426.

### 433 et 434

Après l'expiration des soixante-dix jours - ou des vingt et un jours, suivant le cas - de l'enregistrement de l'avis, le créancier peut vendre le bien et conférer le titre de propriété comme si le débiteur lui-même vendait (le créancier vendeur agit comme mandataire légal). L'article 437 exige que le créancier déclare sa qualité au tiers acquéreur.

L'acquéreur prend le bien sujet aux autres droits réels qui le grèvent alors. Cela est normal.

Il le prend également sujet aux autres hypothèques dont il peut être grevé au moment de l'enregistrement de l'avis. Lors d'une vente en justice toutes les hypothèques sont liquidées (a. 718 C.P.C.); la solution contraire est retenue ici. Tous les créanciers antérieurs ou postérieurs seront donc protégés, puisque l'acquéreur devient, aux termes de l'article, personnellement obligé à leur égard. Il apparaissait précaire, dangereux, voire impossible, de faire du créancier exécutant la vente un officier de justice chargé de la liquidation et de la collocation des autres créances hypothécaires. Cette solution pourra diminuer l'intérêt de ce recours dans le cas où un bien a été lourdement hypothéqué (e.g. au-delà de sa valeur) en faveur de tiers. Il semble toutefois préférable de souffrir cet inconvénient plutôt que de toujours recourir à l'effet rétroactif. En réalité, le créancier qui exerce ce recours agit en qualité de mandataire légal de son débiteur; il ne serait pas logique de donner à une vente privée les effets du décret. Par ailleurs, la disparition des privilèges facilitera ce recours de vente hors justice.

Par ailleurs, le débiteur peut empêcher la vente en payant à son créancier, dans le délai prévu à l'article 420, ce qui a fait l'objet du défaut. Il est important qu'on puisse enregistrer un avis à l'effet que remède a été apporté au défaut pour en aviser les tiers. Un délai de dix jours pour l'enregistrement des mentions nécessaires est donc prévu ici; il est possible, en effet, qu'il ne soit remédié au défaut que le cinquante-neuvième

jour après l'enregistrement de l'avis. Le créancier ne peut donc vendre que soixante-dix (i.e. 60 plus 10) jours après cet enregistrement.

Le deuxième alinéa requiert que, passé le délai prévu, le créancier doit donner un nouvel avis en vertu de l'article 432. Il devra donc attendre, après ce nouvel avis, une nouvelle période de temps requise par le premier alinéa de l'article proposé, pour exercer son recours.

Le tiers acquéreur devient personnellement tenu des dettes auxquelles le détenteur du bien est lui-même tenu.

### 435

Cet article s'inspire des articles 1979c et 1979j C.C.

Le créancier se paie de sa créance, capital, intérêts et frais, puis remet le reliquat, s'il en est, au débiteur. Puisque le tiers détenteur n'a pas, selon l'hypothèse de l'article 434, payé les dettes autres que celles du créancier vendeur, le reliquat n'a pas à être déposé en cour pour le paiement des autres créanciers. La règle de l'article 1979j C.C. est maintenue ici.

### 436

Cet article est nouveau.

Certains usages commerciaux d'ailleurs consacrés par les règlements de différentes bourses seraient indûment perturbés sans la présence de cet article.

### 437

Cet article attribue au créancier la responsabilité d'un mandataire légal. Le titre *De l'administration du bien d'autrui* s'applique alors.

En plus de dénoncer sa qualité à l'acquéreur, le créancier devra aussi faire les déclarations d'un vendeur, c'est-à-dire énoncer les hypothèques et charges grevant le bien vendu. Il n'y a pas de garantie personnelle, puisque le créancier agit en tant que mandataire légal, mais il y a lieu à l'application des règles ordinaires de la vente.

### 438

La vente hors justice du bien hypothéqué doit être faite pour un prix qui ne soit pas disproportionné avec la valeur marchande du bien. Le créancier est responsable des dommages résultant d'une telle vente.

Il faut reconnaître par ailleurs que le débiteur, qui se prétend lésé, a le fardeau de démontrer que la « valeur marchande » du bien était substantiellement supérieure au prix obtenu dans les circonstances, compte tenu, notamment, des autres hypothèques grevant le bien.

Le débiteur poursuivi pour le reliquat de la dette pourra plaider compensation, en obtenant les dommages auxquels cet article réfère.

## Section IV

### De la prise en paiement

#### 439

Voir les commentaires sous l'article 432.

En somme, la prise en paiement devra s'exercer suivant les modalités qui régissent l'exercice d'une convention de dation en paiement en vertu du droit actuel.

La prise en paiement constitue selon le Projet un recours ouvert de plein droit dans le cas de toutes les hypothèques; les exceptions visées aux articles 1979d et 1979i C.C. n'ont pas d'équivalent (207).

#### 440 et 441

Ces articles sont rédigés dans l'esprit des articles 1040a et 1040b C.C. La dation en paiement n'est plus ici considérée comme un mode de paiement accessoire et indépendant de la garantie hypothécaire, mais comme un attribut du droit hypothécaire. Le créancier pourrait «prendre en paiement» en vertu de son hypothèque, indépendamment de la convention.

A l'origine, le Projet recommandait purement et simplement que ce recours de prise en paiement, qui correspond aux droits découlant des clauses de dation en paiement, ne produise aucun effet rétroactif et que le créancier devienne propriétaire à charge de toutes les hypothèques enregistrées. On doutait que l'addition de l'article 1040a et suivants, il y a quelques années, ait suffisamment tempéré les injustices pouvant résulter de la rétroactivité stipulée dans les clauses de dation en paiement.

A la suite de représentations faites auprès de l'Office de révision du Code civil, une solution plus nuancée est proposée.

Le créancier qui exerce ce recours prendrait le bien libre des hypothèques subséquentes à la sienne. Cependant, la vente en justice du bien hypothéqué pourra être requise par un créancier subséquent ou par le débiteur; dans ce dernier cas, le créancier devra vendre l'immeuble en justice, ce qui aura pour effet de protéger les créanciers subséquents, le cas échéant. Ceux-ci bénéficient d'un de deux recours en cas d'avis de prise en paiement: remédier au défaut, ou requérir la vente en justice. Une réserve, cependant, est apportée à l'article 445: le créancier poursuivant pourra

toujours, en désintéressant le créancier subséquent qui a requis la vente, continuer ses procédures de prise en paiement. Si, cependant, c'est le débiteur qui a protesté, le créancier ne pourra prendre en paiement que si le tribunal le permet et aux conditions que celui-ci imposera.

Il apparaissait important de permettre au tribunal de protéger le débiteur qui, bien qu'incapable de remédier au défaut, pourrait se voir dans la situation de perdre un immeuble valant plus que le montant dû au créancier poursuivant; le tribunal, entre autres conditions dont il peut assortir un jugement, pourrait, par exemple, permettre la prise en paiement pourvu que le créancier rende au débiteur une somme raisonnable eu égard aux circonstances.

Cette faculté de s'opposer à la prise en paiement est elle-même subordonnée aux conditions d'avancer au créancier poursuivant les frais qu'il devra encourir pour la vente en justice, et en second lieu, d'enregistrer un avis d'opposition avant que n'expire le soixantième jour suivant l'enregistrement de l'avis du créancier poursuivant. Ces mesures devraient décourager les oppositions futiles ou dilatoires.

Il a semblé que cette solution de compromis valoriserait le recours de prise en paiement sans démunir complètement le débiteur ou les créanciers subséquents.

Il n'y a pas ici rétroactivité véritable; l'article 441 déclare, en effet, que le créancier sera réputé propriétaire à compter de l'enregistrement de l'avis de soixante jours. C'est par l'effet de la loi - le troisième alinéa de l'article 441 - que l'hypothèque subséquente à la sienne s'éteint (voir a. 486). Le créancier et le débiteur en cas de prise en paiement ne sont pas des parties qui doivent être remises en état; au lieu de remettre au débiteur ce qu'il a déjà reçu (208) le créancier peut le conserver (209).

Si le possesseur du bien a fait des améliorations, l'article 422 s'appliquera; si le possesseur est personnellement tenu à la dette, il ne peut rien réclamer; au contraire, il y a lieu au droit de rétention.

#### 442

Voir les commentaires sous l'article 436.

#### 443

Le premier alinéa est une formulation du droit actuel: la prise en paiement éteint l'obligation (210).

Le fait qu'un créancier prenne le bien hypothéqué en paiement ne peut évidemment libérer le débiteur de son obligation personnelle envers

d'autres créanciers à qui il a pu consentir une hypothèque sur le même bien. Cependant, cet article édicte que si le créancier qui a pris le bien hypothéqué en paiement acquitte la créance d'un autre créancier hypothécaire - volontairement ou par nécessité - il ne peut se faire subroger et réclamer la somme du débiteur: cette somme était garantie par hypothèque sur un bien qu'il a pris en paiement. Le débiteur, pour sa part, est libéré par ce paiement; il n'en profite pas indûment puisqu'il a perdu son bien. Le créancier n'est pas pénalisé, puisqu'ayant pris le bien, le paiement qu'il fait correspond à la valeur qu'il a déjà acquise.

#### **444 et 445**

Voir les commentaires sous les articles 440 et 441.

## **Section V**

### **De la vente en justice**

#### **§ - 1 De l'action hypothécaire**

#### **446**

Cet article est une réédition de l'article 2061 C.C. Ce recours peut être exercé aussi bien contre le tiers détenteur que contre le débiteur qui détient encore le bien. Le dernier membre de phrase ne s'applique véritablement qu'au tiers détenteur, le débiteur ne pouvant par le délaissement se libérer de son obligation de payer.

Le délaissement a été conservé, non sans quelques hésitations. Même sans le délaissement, les droits du créancier poursuivant et de l'adjudicataire peuvent être assurés. Le Code de procédure contient les dispositions suffisantes pour permettre à l'adjudicataire de prendre possession après la vente en justice. Il constitue cependant un moyen de pression pour hâter le paiement.

#### **447**

Cet article est une version modifiée de l'article 2075 C.C. et contient la sanction que doit supporter le tiers détenteur qui ne délaisse pas.

Le deuxième alinéa de l'article 2075 C.C. est supprimé, étant jugé peu utile. Sa référence aux articles 2054 et 2055 C.C. n'ajoutait rien à ces articles, qui ont été repris dans les articles 403 et 404.

**448**

Cet article est nouveau.

Le délaissement du meuble suppose l'abandon physique du bien entre les mains de l'autorité judiciaire.

L'article 540 C.P.C. s'applique alors.

**449**

Cet article reprend en partie l'article 2077 C.C. Il fait référence à l'article 541 C.P.C.

**450**

Cet article reprend en partie l'article 2077 C.C.

**§ - 2 De la libération du débiteur****451**

Les articles 1202a à 1202i C.C. ont été adoptés en 1938 (211) et ont été insérés au Code civil en 1947.

Ils n'ont donné lieu jusqu'à ce jour qu'à quelques décisions jurisprudentielles publiées (212).

Ils constituent un mode d'extinction des obligations dans les cas prévus à l'article 1202b, lorsque le créancier est devenu adjudicataire de l'immeuble hypothéqué.

La procédure de libération du débiteur n'a lieu que sur demande expresse de ce dernier; elle peut souvent donner lieu à des calculs complexes dans le cas où on doit appliquer les règles prévues aux articles 1202b paragraphe b) et 1202d C.C., par exemple (213).

La règle de cet article est substantiellement la même que celle du paragraphe a) de l'article 1202b C.C. Elle est, cependant, plus simple et plus expéditive, puisqu'elle se fonde sur la valeur marchande de l'immeuble au temps de l'adjudication, déduction faite des créances hypothécaires qui ont priorité sur celles de l'adjudicataire. Point n'est besoin d'attendre les événements subséquents, le débiteur étant libéré du montant de la valeur marchande réduite des créances prioritaires. Les règles des paragraphes b) et c) de l'article 1202b C.C. n'ont pas été retenues. Une fois le créancier adjudicataire devenu propriétaire de l'immeuble, les fluctuations de la valeur marchande du bien se feront à son profit ou à sa charge. Le débiteur n'aura pas à s'en préoccuper, ni à s'inquiéter des opérations subséquentes affectant le bien.



La notion de valeur marchande, bien que nouvelle dans le Code civil, ne constitue pas une innovation. En effet, cette valeur devra, dans la plupart des cas, être calculée lors de l'adjudication aux fins de déterminer le gain ou la perte en capital du propriétaire à ce moment, du point de vue de l'impôt. Cette même valeur pourra donc être utilisée aux fins de cet article. Il s'agit, ici, de la valeur marchande du bien et non pas du coût de remplacement ni de la valeur amortie du bien. Cet article et les suivants ne s'appliquent qu'à des immeubles.

Le créancier se trouve en meilleure position encore que lors d'une prise en paiement, puisqu'il reçoit le bien et demeure créancier du débiteur pour ce qui excède la valeur marchande. Si l'immeuble n'est pas en bon état de réparation, sa valeur marchande sera d'autant abaissée. Le créancier devra alors vérifier cette évaluation avant de se porter acquéreur. Les articles 453 et 454 réglementent les cas de personnes liées et celui de la collusion.

#### 452

Cet article reprend en substance l'article 1202c C.C.

#### 453

Cet article reprend en substance l'article 1202f C.C., en y ajoutant le cas des parents ou alliés jusqu'au deuxième degré. Cette précision permet d'éloigner encore davantage la possibilité de collusion. Ces parents et alliés étaient déjà visés par l'alinéa deuxième de l'article 1202g C.C.: la présomption *juris tantum* de cet article est transformée en une présomption irréfragable.

Le mot «associé», n'étant pas défini spécialement, prend son sens ordinaire de membre d'une société. L'article 454 vise par ailleurs le cas de collusion.

#### 454

Cet article reprend l'article 1202g en le modifiant, pour simplifier la présomption résultant de la collusion entre le créancier et l'adjudicataire (voir le commentaire de l'article 453 quant aux parents et alliés visés à l'article 1202g al. 2 C.C.).

#### 455

Cet article est nouveau.

Il remplace l'article 1202h, devenu inutile puisque la libération du débiteur est maintenant automatique, du fait de l'adjudication (a. 451).

Ce n'est qu'au refus du créancier de donner quittance que le débiteur devra s'adresser au tribunal.

#### 456

Cet article reprend la substance de l'article 1202i C.C., en en simplifiant le texte (214).

#### 457

Cet article est nouveau. Il n'est cependant pas étranger au Code civil: voir le deuxième alinéa de l'article 1040b du Code civil, repris dans l'article 420 alinéa 2.

Cet article, de même que l'article 420 alinéa 2 vise la dette en capital, intérêt et frais, ce qui rend inutile le calcul prévu par l'article 1202d C.C. Le montant de la dette sera déterminé selon les circonstances (e.g. le contrat) sous réserve des cas où le débiteur aura droit de la faire réduire (e.g. application de l'article 1040c C.C., a. 37 et 76 du Livre *Des obligations*) (215).

## Section VI

### Dispositions impératives

#### 458

Il s'agit ici de préciser les dispositions du Projet qui sont d'ordre public. Voir les commentaires sous chaque article.

## CHAPITRE VIII

### DU RANG DES HYPOTHEQUES

#### 459

Etant donné les changements suggérés au Code en ce qui concerne les privilèges et les hypothèques, ce chapitre sur le rang des hypothèques comporte plusieurs dispositions nouvelles. Cependant, plusieurs règles du Code civil ont été retenues lorsqu'elles étaient applicables. L'ordre de préférence des sûretés réelles est simplifié du fait de la recommandation d'abolir les privilèges, ainsi que les hypothèques légales. Dans le Projet, le rang des hypothèques est fondé sur le moment de leur publication, que cette dernière ait été accomplie par la mise en possession du créancier ou par l'enregistrement.

On retrouvera également dans ce chapitre des règles concernant la subrogation, ainsi que la cession de créances ou de rang, qui constituent des opérations juridiques susceptibles de modifier le rang des hypothèques.

Les dispositions de ce chapitre visent à établir le rang des hypothèques non seulement aux fins de la collocation sur vente en justice, mais aussi aux fins de l'exercice des autres recours hypothécaires (cf. a. 421).

Que l'hypothèque soit conventionnelle, testamentaire ou judiciaire, elle prendrait rang à compter de sa publication. Dans les cas où il pourrait y avoir conflit entre créanciers qui ont publié leur hypothèque par des modes différents, soit par la prise de possession du bien, soit par l'enregistrement, la priorité entre eux devra s'établir selon les règles de la preuve. La priorité d'enregistrement dans ces cas s'établirait par jour et non pas par heure ou par minute. Cette règle est conforme au droit actuel (a. 2130 C.C.). Dans le cas de publication le même jour, il y aurait concurrence et partage au *pro rata* entre les créanciers (216).

#### 460

Cet article prévoit le cas de l'hypothèque sur un meuble appartenant à autrui. Etant donné que cette hypothèque peut être valide en raison de ce que le constituant est devenu propriétaire de cette chose (selon l'article 309), il est nécessaire de prévoir une règle de préférence entre les créanciers qui auraient acquis l'hypothèque de ce même constituant. Le droit des tiers est cependant réservé. Cette règle constitue une adoption des dispositions de l'article 2043 C.C.

#### 461

Cet article reprend les règles de l'article 2130 C.C.

Cette disposition est le pendant de l'article précédent en matière d'hypothèque immobilière. A la différence de l'hypothèque mobilière, cependant, un seul mode de publication est permis pour les hypothèques immobilières, soit l'enregistrement.

Par ailleurs, certaines dispositions du Projet prévoient qu'une hypothèque peut être valablement consentie et enregistrée bien que l'acte ne contienne pas toutes les mentions exigées par la loi, mais qu'elle devra être par la suite complétée par un avis (régis par l'article 381) pour être opposable aux tiers. L'article proposé précise que l'hypothèque prendra alors rang à compter de l'enregistrement, non pas de l'acte, mais de l'avis.

**462**

Cet article étend à ceux qui ne sont pas en possession à titre de propriétaire la règle de l'article 2043 C.C. et reprend le septième alinéa de l'article 2098 C.C.

L'hypothèque immobilière créée par une personne sur un bien qui ne lui appartient pas demeure sans effet jusqu'à l'enregistrement du titre du constituant. Cet article dispose aussi du problème de priorité qui pourrait se soulever entre créanciers qui ont acquis de ce même constituant avant son titre d'acquisition (217).

Cet article complète les articles 306 et 309 (voir ces articles).

**463**

Cet article est nouveau.

Cette disposition représente un dernier vestige de préférence légale accordée au vendeur. Etant donné la recommandation d'abolir les privilèges, il était nécessaire, pour ajouter à l'efficacité de l'hypothèque conventionnelle stipulée par le vendeur, de prévoir que cette hypothèque aurait priorité sur l'hypothèque générale qui aura pu avoir été consentie par l'acheteur sur tous ses biens.

Le privilège du vendeur étant aboli, il n'était pas nécessaire de conserver les articles 2099 et 2100 C.C. qui accordent un délai (de 60 et 30 jours, respectivement) pour l'enregistrement des ventes (et contrats similaires); d'ailleurs, selon la pratique actuelle, le vendeur d'un immeuble stipule généralement aussi hypothèque, pour laquelle le délai de trente jours ne joue pas.

Les parties doivent procéder à la publication de leurs droits avec la plus grande diligence et la loi ne doit pas les encourager au retard. Plusieurs créanciers, vendeurs et acquéreurs (au comptant) ont l'habitude de faire enregistrer leur titre avant de libérer totalement leur paiement ou avance; cette pratique est codifiée dans ce Projet, dans l'intérêt commun.

**464**

Cet article reprend intégralement le texte de l'article 2051 C.C., en y ajoutant la référence expresse à l'article 716 C.P.C.

Dans un tel cas, l'article 716 C.P.C. édicte que le montant auquel le créancier sujet à une condition aurait droit à l'avènement de la condition, sera versé au créancier subséquent, pourvu qu'il fournisse caution. A défaut par lui de le faire, ou à défaut de créanciers subséquents, le même article précise ce qui advient du montant.

**465**

Cet article reprend la règle de l'article 717 C.P.C.

Le Code civil ne contient pas cette règle de droit substantif, qui s'infère cependant de la règle de procédure exprimée à l'article 717 C.P.C. Il a semblé utile de la reproduire dans le Code civil lui-même. Elle permet au créancier dont la créance est indéterminée ou non liquide d'être colloqué à son rang. Cependant, l'article 717 C.P.C. édicte que le montant estimé par le protonotaire comme suffisant pour satisfaire la créance sera retenu par le Ministre des Finances jusqu'à détermination ou liquidation de la créance.

**466**

Cet article reproduit presque intégralement l'article 718 C.P.C.

Il semble en effet que cette disposition constitue une règle de droit substantif plutôt qu'une règle de procédure et qu'elle doive se retrouver dans le Code civil. La disposition prévoit que lorsqu'un créancier exerce le recours de vente en justice, toute autre créance qui était assortie d'un terme devient immédiatement exigible et elle est colloquée selon son rang.

**467**

Cette disposition vise à éliminer un doute qui semblait persister quant au contenu du cahier des charges. La vente en justice a pour but de purger les hypothèques (entre autres) et on ne peut demander que la vente soit faite à leur charge.

**468**

Cet article reprend en substance l'article 2048 C.C.

La cession tacite de rang n'a pas été retenue; d'aucuns critiquent cette partie de l'article 2048 C.C., soulignant qu'on n'est jamais présumé renoncer à ses droits.

**469**

Cet article reprend l'article 1986 C.C., en y apportant des modifications de concordance. Ces modifications résultent du fait qu'on recommande une règle plus expresse en matière de subrogation. Le texte de l'article 227 du Livre *Des obligations* se lit comme suit: «Le créancier qui n'a été payé qu'en partie de sa créance peut exercer ses droits pour le solde, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'une partie.»

Le dernier alinéa de cet article exprime l'inverse de cette règle, en édictant l'ordre de paiement lorsque le créancier subrogeant s'oblige à

fournir et faire valoir et renonce ainsi à la priorité que lui reconnaît le droit commun.

**470**

Cet article reprend en substance l'article 1987 C.C.

**471**

Cet article reprend la disposition de l'article 1988 C.C. en précisant le sort du résidu de la créance du cédant, en cas de cession partielle, comblant là une lacune du Code de 1866.

## CHAPITRE IX

### DE L'EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE

**472**

Cet article reprend le cinquième paragraphe de l'article 2081 C.C.

Cette disposition constitue une règle fondamentale découlant du fait que l'hypothèque n'est qu'un accessoire et qu'elle ne vaut qu'en autant que l'obligation principale subsiste, en tout ou en partie (voir l'article 300).

L'article 335 prévoit que l'hypothèque subsiste même si l'obligation principale est éteinte, lorsque l'acte constitutif d'hypothèque prévoit que le débiteur peut emprunter de nouveau sur la même garantie, par exemple si une ouverture de crédit lui est consentie.

**473**

Selon le Projet, il n'est pas essentiel de stipuler un terme spécifique pour la validité de l'hypothèque. On devra ici distinguer entre la validité de l'hypothèque comme telle et la validité de l'enregistrement de l'hypothèque, ce qui est régi aux articles 474 et 475. Si l'hypothèque avait été consentie pour un terme déterminé, elle s'éteindra à l'expiration de ce terme. Ce pourra être le cas en matière d'ouverture de crédit, par exemple.

**474**

Cet article reprend une idée du premier alinéa de l'article 2081a C.C.

Le délai de vingt-cinq ans correspond à la plus longue période retenue dans le Livre *De la prescription* (218).

Les exceptions prévues à l'article 2081a C.C., n'ont pas été retenues,

en particulier en ce qui concerne les rentes, les redevances emphytéotiques, les rentes substituées aux droits seigneuriaux, les droits consentis par acte de fidéicommiss, ou l'hypothèque garantissant la rente viagère ou l'usufruit viager. Il n'y a pas lieu non plus de créer de nouvelles exceptions, même en faveur d'organismes publics. Le délai de vingt-cinq ans s'impose, même dans ces cas, dans le but de faciliter la recherche de titres.

#### 475

Cet article reprend le principe de l'article précédent en l'appliquant aux hypothèques mobilières. Dans ce cas, le délai d'extinction des hypothèques est de cinq ans. Le terme de cinq ans qui a été retenu est conforme au texte du *Uniform Commercial Code* tel qu'il a été révisé en 1971 (219). Le *Personal Property Security Act* de l'Ontario (220) prévoit un terme de trois ans. Cette disposition constitue un changement relativement aux nantissements agricole, forestier et commercial où les délais respectifs sont de quinze et dix ans (221). Ici encore, l'uniformité devrait prévaloir; il n'est pas nécessaire de prévoir un délai qui soit trop long, et ce aux fins de faciliter la recherche des titres.

L'on aura noté, cependant, qu'il ne s'agit ici que de la période de validité de l'hypothèque et non pas du terme de la dette qui peut être de plus de cinq ans, selon la convention des parties. A cet égard, le Projet modifie les articles 1979a et 1979e du Code civil en accordant une plus grande souplesse aux parties. En autant que le renouvellement de l'hypothèque mobilière sera fait à tous les cinq ans, on pourra convenir d'un terme plus long pour la dette.

L'exception prévue dans le cas de l'hypothèque flottante se justifie du fait que cette hypothèque est ordinairement utilisée lors de financements à long terme et aussi du fait que le bien peut être aliéné libre de l'hypothèque avant la cristallisation.

#### 476

Cet article est de droit nouveau.

Cette disposition se justifie principalement en raison de l'existence des deux modes de publication des hypothèques prévus pour l'hypothèque mobilière. Par exemple, si le créancier perd la possession du bien, il pourra, s'il y est par ailleurs admis, enregistrer son hypothèque.

#### 477

Cet article reprend les premier et sixième paragraphes de l'article 2081 C.C.

La plupart des cas prévus n'appellent pas de commentaires. Dans le

cas de changement de nature, il s'agira d'une question de fait à déterminer dans chaque cas. Ainsi, si un bien mobilier a été hypothéqué et qu'il devient ensuite immeuble, ce changement de nature sera suffisant pour faire s'éteindre l'hypothèque. Par ailleurs, si un immeuble est détruit, l'article 316 prévoit qu'il y a hypothèque sur la police d'assurance qui le couvre.

Dans le cas d'expropriation, les mots «pour cause d'utilité publique» ont été omis: ils sont en effet inutiles, car il ne peut y avoir d'expropriation que pour cause d'utilité publique. Il n'est pas non plus nécessaire de prévoir ce qui advient du droit des créanciers, puisque ce sujet se trouve traité dans la *Loi de l'expropriation* (222). Cette loi prévoit en particulier, dans son article 54, la possibilité d'un désistement d'expropriation. Dans ce cas, le désistement rétroagit à la date de l'enregistrement de l'avis d'expropriation et les créanciers hypothécaires reprennent alors leurs droits tels qu'ils existaient à ce moment.

Le changement de nature du bien hypothéqué emporte extinction de l'hypothèque. Cette règle exclut la subrogation réelle (remplacement d'une chose par une autre). Des législations étrangères (les lois américaines et le *Uniform Personal Property Security Act* en sont des exemples) acceptent, dans la tradition du Common Law, l'idée de subrogation réelle. Ainsi, on admettra, dans certains cas, que le prix de vente d'un bien grevé d'hypothèque soit lui-même grevé d'hypothèque tant qu'il demeure identifiable entre les mains de celui qui l'a reçu. D'une manière générale, les principes du droit civil à l'effet qu'il n'y a pas de subrogation réelle en matière d'hypothèque doivent être maintenus (223). Il y a exception à cette règle dans le cas de l'article 311, lors de la conversion ou autre transformation d'une action du capital-action d'une corporation; le cas de l'assurance du bien immobilier fait l'objet d'une règle spéciale à l'article 316.

L'hypothèque de biens qui sont susceptibles de changer de nature (e.g. matériaux de construction) devra donc faire l'objet d'une hypothèque mobilière, puis d'une hypothèque immobilière, si le créancier veut s'assurer d'une protection continue. Par ailleurs, étant donné l'élimination du mécanisme d'immobilisation par destination (224) les inconvénients en seront réduits d'autant. L'absence d'immeubles par destination rend inutile la règle de l'article 1979h alinéa 1 C.C.

En cas de changement de nature de la chose, le bien immeuble qui devient meuble cesse d'être affecté par l'hypothèque immobilière qui le grevait. Une règle contraire à celle qui a été retenue pourrait entraîner des



difficultés importantes. Ainsi, si l'hypothèque immobilière devait subsister sur le bien devenu meuble, le possesseur de ce bien pourrait se voir opposer une hypothèque dont il ne pourrait prendre connaissance. Les créanciers hypothécaires (immobiliers) n'auraient qu'à établir que ce bien était jadis immeuble et faisait partie d'un immeuble qui était hypothéqué en leur faveur.

Les parties pourront convenir du contraire, mais devront alors se soumettre aux règles de l'hypothèque mobilière; notamment, elles devront décrire suffisamment les biens dont on veut qu'ils demeurent hypothéqués une fois devenus meubles et respecter les formalités prescrites pour la création et la publication d'hypothèques mobilières (225).

La règle inverse demeure également vraie, en raison des modifications apportées au Livre deuxième sur les biens du Code civil. Ainsi, celui qui a hypothèque sur un bien mobilier qui devient immeuble par nature perd son hypothèque puisque le bien a changé de nature. Pour ce qui est des immeubles par destination, le problème ne se pose plus puisque le Projet recommande l'abrogation de cette catégorie d'immeuble.

Cet article n'autorise pas pour autant le possesseur de l'immeuble à enlever, à détériorer ou à démolir tout ou partie de l'immeuble et des bâtisses hypothéquées. Dans ces cas, la sanction est prévue aux articles 403 et 404 (a. 2054 et 2055 C.C.). L'article vise plutôt les cas où, dans le cours normal des choses, certaines parties de l'immeuble sont appelées à en être détachées. On devra aussi tenir compte du droit des biens quant à la notion de biens mobiliers et immobiliers et aux présomptions qui s'attachent à la nature des biens.

#### 478

Cet article reprend en substance le troisième paragraphe de l'article 2081 C.C.

#### 479

Cet article est nouveau.

Cette disposition se fonde sur des règles analogues du *Uniform Commercial Code* (226) reprises dans le *Uniform Personal Property Security Act* (227). Le but de cette disposition est de ne pas permettre que les hypothèques consenties par un grossiste pour le financement de son inventaire soient maintenues lorsque les biens passent à un détaillant ou à un consommateur dans le cours normal des affaires. Le texte englobe tant la vente en gros que celle au détail et ne pose qu'une condition, soit la bonne foi de l'acquéreur, bonne foi qui pourra exister même s'il a eu connaissance de l'hypothèque. Il importe peu que l'hypothèque qui se

trouve ainsi éteinte soit publiée ou que l'acheteur en ait eu connaissance. Si, cependant, l'acquéreur agit dans le seul but d'éteindre l'hypothèque, avec ou sans la collusion du commerçant, il n'est pas de bonne foi; l'hypothèque subsisterait dans ce cas.

Par ailleurs, le fait que l'hypothèque s'éteigne en vertu de la présente règle conduirait normalement à l'application de l'article 1092 C.C. Doit-il y avoir déchéance du terme du seul fait de l'extinction de l'hypothèque en vertu de cet article? Le second alinéa empêche cet effet, à moins que les parties n'en aient convenu autrement.

Cet article a évidemment pour effet d'affaiblir la garantie du créancier qui a pris hypothèque sur un inventaire. Peut-il en être autrement? (228). Ces garanties ont davantage pour but d'accorder aux prêteurs une préférence sur les marchandises en cas d'insolvabilité ou de faillite, marchandises qu'ils pourront vendre en bloc.

#### 480

Le commerçant qui utiliserait ce moyen pour se débarrasser d'une hypothèque qu'il n'aurait pas lui-même créée pourra être recherché en dommages (229); cette règle ne l'affecte pas s'il n'a pu connaître l'existence de l'hypothèque.

#### 481

Cet article est nouveau.

Puisque le constituant de l'hypothèque flottante peut, avant la cristallisation, aliéner le bien libre de l'hypothèque, il est normal que l'hypothèque s'éteigne alors. Il n'y a cependant pas lieu à extinction dans les cas visés par le deuxième alinéa de l'article 328.

L'hypothèque étant éteinte, on pourra en demander la radiation.

#### 482

Cet article reprend le sixième paragraphe de l'article 2081 C.C. L'exception concernant les droits seigneuriaux et les rentes a été supprimée, étant considérée comme désuète.

#### 483

Cet article reprend l'article 2021 C.C.

Cette disposition a été reportée depuis la section générale au chapitre *De l'extinction de l'hypothèque*, puisqu'il s'agit ici d'une règle d'extinction.

La référence aux actes tenant lieu de partage a été remplacée par une

référence aux actes déclaratifs de propriété afin d'éliminer toute ambiguïté quant à la nature des actes concernés (230).

Les articles 212 à 218 et 226 du Livre *Des successions* contiennent des dispositions relatives aux hypothèques lors de partages (en remplacement de l'article 731 C.C.).

#### **484**

Cet article reprend substantiellement la disposition de l'article 1176 C.C. (231). Il s'agit ici véritablement d'une règle d'extinction des hypothèques.

#### **485**

Cet article reprend substantiellement les dispositions des articles 1177 et 1178 C.C. (232). Il s'agit également de règles d'extinction des hypothèques qui sont plus à leur place dans cette partie du Projet.

#### **486**

Cet article a été inséré pour assurer le fonctionnement du mécanisme prévu aux articles 440 à 445. Selon ces articles, le créancier qui prend en paiement prend le bien libre des hypothèques subséquentes s'il n'y a pas eu opposition.



## TITRE SIXIEME

### DE L'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI

#### CHAPITRE PREMIER

#### DES SORTES D'ADMINISTRATION

##### Section I

##### Dispositions générales

###### 487

Cet article remplace la distinction que fait le Code civil entre les actes d'administration et les actes «autres que d'administration» (e.g. de disposition). Cette nouvelle classification tente d'éliminer les imprécisions du droit actuel quant à l'étendue des pouvoirs de l'administrateur.

###### 488

Le mot «bénéficiaire» est ici utilisé d'une manière générique, puisque l'administration peut prendre des formes diverses. Le «bénéficiaire» peut être l'héritier, le mandant, la corporation, la fiducie ou tout autre créancier de l'obligation de l'administrateur.

###### 489

Cet article précise le domaine d'application de la charge de l'administrateur.

###### 490

Cet article propose comme règle générale, celle qui est prévue dans plusieurs cas particuliers (233).

**491**

Cet article propose une règle supplétive.

## Section II

### De la garde du bien d'autrui

**492**

Cet article utilise le mot « garde » auquel il donne son sens ordinaire, c'est-à-dire l'action de garder et de conserver une chose (234).

**493**

Cet article oblige celui qui a la garde de la chose à faire les actes nécessaires à la conservation. L'obligation en est une de diligence, ainsi qu'il est énoncé aux articles 512 et 513.

**494**

Cet article énonce des règles de droit commun.

**495**

Cet article reprend le droit commun et prévoit le cas où celui qui a la garde peut utiliser le bien.

**496**

Cet article prévoit le cas où le bien produit des fruits ou doit faire l'objet d'un paiement.

**497**

Cet article reprend la règle énoncée, en matière de dépôt, à l'article 1810 C.C.

**498**

Le premier alinéa de cet article est une application de la règle énoncée à l'article 218 du Livre *Des obligations*. Le deuxième alinéa pose une exception à la règle énoncée à l'article 219 du Livre *Des obligations* lorsque la garde est gratuite.

## Section III

### De la simple administration du bien d'autrui

#### 499

Cet article énonce les règles générales applicables au second palier de gestion du bien d'autrui. La simple administration comprend l'idée de «conservation en bon état», par opposition à la garde qui n'exige que les actes nécessaires à la conservation.

#### 500

Cet article vise les droits attachés au bien, notamment, en matière de valeurs mobilières, le droit de vote, de conversion ou d'option.

#### 501

Le mot «améliorations» désigne ici les constructions nouvelles et les dépenses «somptuaires» qui, au moins pour les dernières, sont une prérogative du droit de propriété. Les réparations d'entretien sont couvertes par l'article 499. Bien que le simple administrateur ne soit pas tenu de faire fructifier le bien, il relève de la bonne gestion qu'il place les argents dont il n'a pas besoin pour son administration.

#### 502

La perception des fruits constitue en droit actuel un acte de pure administration. Il est donc normal de l'exiger du simple administrateur.

#### 503

L'administrateur doit, dans l'exécution de sa charge, continuer l'utilisation à laquelle le bien producteur de fruits est affecté. La simple administration permet de concéder un bail, mais elle ne permet pas le bail emphytéotique (235).

L'article 431 emporte exception au deuxième alinéa de cet article en faveur du créancier qui a une hypothèque générale sur une entreprise ou un commerce; cette règle reprend celle de l'article 25 de la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations* (236).

#### 504 et 505

Ces articles s'inspirent en partie de l'article 919 alinéa 6 C.C. Ils ne reconnaissent pas au simple administrateur un pouvoir général d'aliénation. Elle ne peut avoir lieu que dans les conditions qui y sont prévues.

**506**

Cet article vise une situation qui diffère de celle des articles précédents. Il suppose qu'il y a des sommes à placer ou un portefeuille de biens et valeurs qui sont considérés comme des placements. Si un bien a été confié à l'administrateur autrement qu'à titre de placement, il ne pourra l'aliéner ou le modifier autrement qu'en vertu des articles 504 et 505 (237).

## Section IV

### De la pleine administration du bien d'autrui

**507**

La pleine administration permet à l'administrateur de faire tous actes se rapportant aux biens administrés. Elle est propre, notamment, aux fiduciaires, aux tuteurs et aux administrateurs des corporations. Le contrat de mandat conserve par ailleurs ses règles propres (238).

L'administrateur doit faire fructifier le bien, en outre d'en assurer la garde et le bon état. Cette obligation ne l'oblige pas cependant à faire les améliorations autres que les réparations qui ne tombent pas dans le cadre de sa charge. Il faudra, à cet effet, se rapporter à chaque situation particulière pour déterminer les pouvoirs et devoirs additionnels de l'administrateur.

**508**

Cet article s'inspire de l'article 981j C.C. L'obligation de l'administrateur est une obligation de diligence (obligation de moyens). Il ne peut être tenu de compenser les pertes subies par suite de décisions prises de bonne foi avec prudence et diligence (239).

Sous réserve des termes de l'acte créant l'administration et des critères applicables à une bonne gestion, l'administrateur peut faire tous les actes de disposition à titre onéreux, y compris le bail emphytéotique.

On a généralement admis que le fiduciaire jouissait de pleins pouvoirs d'aliénation dans la recherche de l'intérêt des bénéficiaires. La règle du présent article couvre tous les administrateurs à qui les pleins pouvoirs sont confiés; plus explicite que celle de l'article 981j C.C., elle ne laisse pas de doutes quant à sa portée.



## CHAPITRE II

### DES DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATEUR

#### 509

La définition de cet article est formulée en termes très généraux. Elle comprend, notamment, le tuteur, le curateur, le fiduciaire, l'exécuteur testamentaire, le mandataire, l'administrateur d'une corporation, le gérant d'une société, le gérant d'affaire, le séquestre, le copropriétaire et l'administrateur de la communauté. Elle ne couvre pas l'emphytéote qui, pendant la durée du bail, est un propriétaire, ni le grevé de substitution qui est propriétaire jusqu'à l'ouverture.

La personne qui « agit comme administrateur » peut être autorisée ou le faire sans droit. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit en possession des biens qu'elle prétend administrer pour encourir la responsabilité de l'administrateur. Il en est ainsi de celui qui s'immisce dans l'administration d'un autre ou laisse entendre qu'il a l'autorité voulue pour agir.

#### 510

Cet article pose une règle nouvelle de même nature que celle de l'article 118 (majorité) du Livre *Des personnes*, qui édicte que le mineur commerçant, artisan, professionnel et salarié est réputé majeur pour les fins de son commerce, de son art, de sa profession ou de son emploi. La règle de l'article proposé s'applique, même au cas où l'administration est gratuite (240).

Des dispositions expresses empêchent toutefois le mineur d'être exécuteur testamentaire ou fiduciaire (241).

#### 511

Cet article se rapproche de l'article 453 C.P.C. sur les jugements déclaratoires; il ne vise pas à permettre à l'administrateur de faire approuver ou ratifier ses actes par le tribunal, mais seulement à clarifier ses pouvoirs et obligations.

#### 512

Cet article impose à l'administrateur du bien d'autrui un devoir de loyauté, c'est-à-dire non seulement une entière fidélité aux engagements pris ou à ceux qui sont imposés par la loi, mais une obéissance totale aux règles de l'honneur et de la probité et une prise en charge des intérêts du bénéficiaire.

L'obligation imposée par cet article va plus loin que l'obligation du bon père de famille prévue aux articles 290, 343, 441r, 981k et 1710 du Code civil. Cette obligation se rapproche plutôt de celle qui est exigée du fiduciaire.

Le devoir général de loyauté de l'administrateur l'oblige, par exemple, à communiquer au bénéficiaire tous les renseignements utiles et qui peuvent influencer sur sa volonté de maintenir l'administration, la modifier ou y mettre fin.

Plusieurs dispositions du présent chapitre traitent du devoir de loyauté de l'administrateur. La fin du premier alinéa de cet article soulève un important problème de politique législative. Doit-il y avoir un devoir «exclusif» ou doit-on permettre à l'administrateur de pouvoir se trouver en situation de conflit d'intérêts? Fréquents sont les cas où il y a conflit d'intérêts: ceux de l'exécution testamentaire ou de la fiducie à titre gratuit sont les plus évidents. En effet, l'exécuteur ou le fiduciaire sont souvent des héritiers ou légataires qui doivent agir pour eux, ainsi que pour les autres. La règle générale ne doit pas alors être exclusive de l'intérêt multiple de l'administrateur comme, par exemple, en matière de mandat (242). Le deuxième alinéa en atténue donc la portée afin de protéger l'administrateur qui est lui-même bénéficiaire.

### 513

Cet article reprend un principe déjà formulé aux articles 1710, 1766, 1802 et autres du Code civil (243).

Cet article qui impose à l'administrateur une obligation de diligence, donne à ce dernier la discrétion nécessaire pour choisir la méthode appropriée d'administration. Il peut aussi refuser de faire des actes qui entraîneraient un coût trop élevé pour le bénéficiaire ou eu égard à la valeur du bien. Cette décision pourrait d'ailleurs mettre fin à son administration.

Cet article et le précédent énoncent les obligations générales de l'administrateur; les dispositions qui suivent les complètent.

### 514

Cet article complète les articles 512 et 527; il se rapporte à l'exercice des pouvoirs confiés à l'administrateur en lui interdisant d'en tirer un profit personnel.

**515**

Cet article emploie le mot «intérêt» dans un sens très général, plus vaste encore que le mot «droit», et couvre des situations où l'«intérêt» de l'administrateur peut n'être qu'indirect.

**516**

Cet article vise la responsabilité imposée par la loi à l'administrateur. Celui-ci pourra toujours invoquer les articles précédents pour démontrer qu'il a agi selon les normes imposées et compte tenu des circonstances. Il ne peut cependant pas se dégager de son obligation d'agir conformément à la loi ni de la responsabilité qui en découle.

**517 et 518**

Ces articles ont pour but d'assouplir le régime de l'administration quant à la caution et l'inventaire. Si la loi ou la convention n'impose pas cette obligation, le bénéficiaire peut s'adresser au tribunal pour faire rendre une ordonnance à cet effet.

L'exécuteur testamentaire est tenu de faire inventaire par les dispositions du Projet (244).

**519**

Il a paru utile de permettre à l'administrateur de souscrire, aux frais du bénéficiaire, une assurance-responsabilité relative à sa gestion.

**520**

Cet article impose à l'administrateur une obligation qui relève d'une bonne gestion.

**521**

La dénonciation requise par cet article n'a pas à revêtir une forme particulière, sauf, évidemment, les exigences des règles de preuve.

Le droit des compagnies impose une obligation similaire aux administrateurs à l'égard des contrats qui sont passés par la corporation (245).

**522 et 523**

Ces articles s'inscrivent dans le cadre de l'élimination des conflits d'intérêts dans la personne de l'administrateur. Le premier alinéa de l'article 522 reprend les règles des articles 1484 et 1706 C.C.

Ces dispositions s'appliquent de façon générale, à titre de régime supplétif, sous réserve des règles particulières qui les complètent (en les renforçant ou en y dérogeant). Ce sera en particulier le cas de la *Loi des*

*compagnies*, où les règles concernant les contrats entre l'administrateur et la corporation font l'objet de règles spéciales.

L'utilisation des mots «directement et indirectement» au deuxième alinéa de l'article 522 évite d'entrer dans une définition de l'opération entre personnes liées et dans les présomptions de distance (*arm's length*). Ce sera une question de fait dans chaque instance que celle de savoir s'il y a bris de l'obligation.

Il a paru souhaitable, au troisième alinéa de l'article 522, de ne décréter que la nullité relative.

## 524

Cet article complète le précédent en l'étendant à tout contrat dont l'administrateur est chargé.

Des dispositions particulières feront exception à cette règle, notamment, en matière de corporations où il y aura lieu de préciser les modalités d'exécution du contrat.

Le cas de la société est différent, si l'associé, agissant en cette qualité, transige pour la société; s'il n'agit qu'en qualité de gérant, la prohibition s'applique.

Ici encore une nullité relative paraît s'imposer.

## 525

Cet article complète les précédents; il est inspiré du dernier alinéa de l'article 290 C.C. qui défend au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit ou d'aucune créance de son pupille.

Le deuxième alinéa prévoit également la nullité relative.

## 526

Cet article constitue une nouvelle application du principe de l'élimination des conflits d'intérêts.

Une exception évidente à cette règle: l'administrateur des biens communs.

## 527

Cet article établit l'interdiction pour l'administrateur de profiter des biens qu'il administre, de même que celle relative aux possibilités de gain qui pourraient se présenter à lui dans le cours de l'administration. Il s'agit d'une application de l'obligation de loyauté (voir les articles 592 et 593, quant aux sanctions de cette obligation). La règle s'inspire du droit corporatif et de l'article 1803 C.C.

**528**

Cet article s'inspire de l'article 763 C.C. et vise à éliminer les doutes résultant de cet article, spécialement en matière de corporations. L'autorisation du bénéficiaire n'est plus requise pourvu que les conditions de cet article soient remplies.

La prohibition de disposer à titre gratuit s'étend à la renonciation à un droit qui appartient au bénéficiaire, sans contrepartie valable (246); elle couvre aussi le compromis (247).

Appliqué aux corporations, l'article vide la question des donations autres que celles d'usage (e.g. dons de charité), à moins que les administrateurs n'obtiennent l'approbation préalable des actionnaires.

**529**

Cet article constitue une exception à la règle de l'article 59 C.P.C. à l'effet que nul ne peut plaider au nom d'autrui.

**530**

Cet article impose une obligation qui relève d'une bonne gestion.

**531**

Le compte annuel est exigé de plusieurs administrateurs et, en particulier, du tuteur (248).

Comme pour le compte final (249), la forme et les formalités du compte annuel sont laissées aux usages. L'article 589 fournit des remèdes aux abus, dans les deux cas (voir aussi l'article 590 concernant les frais de compte).

Dans certains cas, la loi exige une formalité plus stricte pour la reddition de compte (e.g. tutelle et curatelle: intervention du Curateur public).

**532**

Cet article et les suivants s'inspirent principalement du *Uniform Principal and Income Act* (250). La règle d'impartialité existe en Common Law sous le nom d'«*even hand rule*» et requiert que l'administrateur répartisse entre les différents bénéficiaires les revenus et dépenses de l'administration.

Cette règle s'applique, qu'il y ait plusieurs bénéficiaires simultanés, en parts égales ou inégales, ou plusieurs bénéficiaires successifs, ou plusieurs bénéficiaires dont certains ont droit au revenu et d'autres au capital.

Cet article et les suivants fournissent un guide supplétif quant à

l'obligation d'impartialité de l'administrateur. Ces dispositions permettent d'éviter les difficultés de l'administration courante.

### 533

Cet article fournit une règle quant à la norme d'une saine gestion. Il sert à introduire les dispositions qui suivent.

Cette disposition est, de plus, soumise à l'obligation générale de l'administrateur prévue aux articles 512 et 513, en<sup>t</sup> autres.

### 534

Cet article précise la portée du droit du bénéficiaire au revenu des biens administrés.

### 535

L'énumération de cet article n'est pas exhaustive. Elle vise à créer une base d'interprétation tout en donnant solution à quelques situations qui présentent des difficultés en droit actuel. La notion de revenu provenant des ressources naturelles (e.g. mines) n'a pas été ajoutée; certaines règles existent déjà au chapitre de l'usufruit.

### 536

Cet article est le pendant de l'article quant à la notion de capital; l'énumération n'est pas, ici non plus, exhaustive.

Le paragraphe 4 précise la règle relative aux dividendes, en se fondant sur la déclaration qu'en fait la corporation (251).

### 537

Cet article introduit les articles suivants.

### 538

Cet article énumère les dépenses qui, d'une manière générale, sont imputées au revenu. Il s'agit d'une classification fondée sur la pratique des administrateurs professionnels, s'inspirant du *Uniform Principal and Income Act* (252).

Le paragraphe 1 comprend les primes d'assurance. En cas d'assurance de dommages (e.g. incendie), ces primes servent aussi bien à protéger le capital que les revenus. En assurant le capital, cependant, la police protège également le revenu et la pratique courante est à l'effet d'imputer cette dépense au seul revenu.

**539**

Cet article permet à l'administrateur de répartir les dépenses importantes sur une période d'années, afin de régulariser le revenu. Il s'agit de dépenses imputables au revenu, de toute manière, e.g. réparation d'un toit ou dépense d'entretien.

**540**

Cet article complète les deux articles précédents, quant aux dépenses imputées sur le capital.

**541, 542, 543, 544 et 545**

Ces articles précisent le principe de l'attribution du revenu et le moment où celle-ci est faite.

**546**

Cet article complète les précédents.

**547**

Cet article propose une solution à un problème qui se pose fréquemment dans la pratique corporative.

**548**

Cet article constitue une application additionnelle de la règle d'impartialité.

**549**

Cet article énonce la règle qui est suivie en pratique dans le cas des biens dont la valeur diminue.

**550**

Cet article n'appelle aucun commentaire particulier, si ce n'est quant à la sanction de l'obligation qui y est créée pour l'administrateur. On a jugé préférable de laisser le régime de responsabilité (a. 512 et 513) s'appliquer ici, plutôt que de tenter de préciser une règle particulière. En droit américain, l'unanimité n'est pas faite quant aux sanctions découlant de l'inexécution de l'obligation prévue par l'article proposé (253).

## CHAPITRE III

### DU PLACEMENT DES BIENS D'AUTRUI

#### 551

Cet article reprend l'article 981q C.C.; les dérogations sont prévues, soit par la loi: le grevé (254), soit par l'acte: le fiduciaire ou l'exécuteur.

#### 552

Cet article reprend, en en modifiant le début, l'article 981o C.C. Il établit une présomption de bonne gestion en faveur de tout administrateur. Celui qui est tenu de se limiter à cette énumération répond de toute perte résultant d'un placement non autorisé ( article 560 ). La responsabilité de l'administrateur qui n'est pas astreint au présent article est régie par les articles 512 et 513.

#### 553

Cet article reprend l'article 981o alinéa 2 C.C.

#### 554

Cet article reprend l'article 981p C.C.

#### 555

Cet article reprend l'article 981r C.C.

#### 556

Cet article reprend la règle de l'article 981s C.C. en éliminant la référence au grevé de substitution.

#### 557

Cet article reprend en substance l'article 981t C.C. Il réfère aux autres dispositions de la loi et, notamment, à l'article 513.

## CHAPITRE IV

### DE LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR

#### 558

Cet article crée une présomption de faute contre l'administrateur rémunéré.



**559**

Cet article s'inspire de l'article 1710 C.C. Le premier alinéa reprend une règle de droit commun; il sert à introduire l'exception contenue dans le deuxième alinéa.

**560**

Cet article reprend en substance l'article 981u C.C. (255).

**561**

Cet article a paru nécessaire, puisqu'il ne s'agit pas toujours d'un «dommage». Les recours prévus ici ont lieu sans préjudice des sanctions pénales qui pourraient, par ailleurs, être prises.

**562**

Cet article prévoit que l'administrateur ne peut déléguer que les actes non discrétionnaires sauf s'il est autorisé à le faire par l'acte créant l'administration.

**563**

Cet article s'inspire de l'article 716 du Livre *Des obligations*.

**564**

Cet article reprend en substance la règle énoncée, en matière de mandat, à l'article 1711 C.C.

**565**

Cet article est tiré de l'article 1711 alinéa 1 C.C.

**566**

Cet article est tiré des articles 981m et 1712 C.C.

**567**

Le premier alinéa établit le principe de la règle de la majorité en matière d'administration du bien d'autrui. Ce principe s'appliquerait aux exécuteurs testamentaires et aux fiduciaires modifiant ainsi le droit actuel quant à l'exécution testamentaire (256).

La règle de la majorité ne s'applique pas, cependant, lorsque l'acte confie à chaque administrateur des charges distinctes, puisqu'il n'y a pas alors administration conjointe.

Le mécanisme de la dissidence est nouveau. Il s'inspire de la législation applicable aux corporations (257).

**568**

Cet article énonce une règle nouvelle permettant de passer outre à une stipulation de l'acte lorsqu'elle s'avère difficile ou impossible à appliquer (258).

S'il n'y a que deux administrateurs, ils doivent évidemment agir ensemble; en cas de désaccord, le juge pourra les départager.

**569**

Cet article vise à éviter que certains administrateurs puissent, par leur opposition ou leur obstruction, paralyser l'administration lorsque l'acte ou la loi exige qu'ils agissent tous ensemble ou selon une majorité spéciale.

**570**

Cet article est tiré de l'article 1715 C.C.; voir aussi l'article 441u C.C. sur la copropriété.

**571**

Cet article reprend la règle énoncée à l'article 1716 C.C. en matière de mandat.

**572**

Cet article reprend en substance la règle énoncée en matière de mandat à l'article 1729 alinéa 1 C.C. Ses «représentants légaux» comprennent non seulement les successeurs, mais aussi les exécuteurs testamentaires ou les fiduciaires.

**573**

Cet article reprend en substance l'article 1730 C.C.

## CHAPITRE V

### DE LA FIN DE L'ADMINISTRATION

**574**

Cet article s'inspire en partie de l'article 1759 C.C., complété de l'avis aux co-administrateurs et autres.

L'administrateur est justifié de renoncer s'il estime que l'administration nécessite des frais trop élevés eu égard à la valeur du bien ou aux moyens du bénéficiaire ou si on exige qu'il donne caution ou garantie de son administration.

**575**

Cet article précise la date de la fin de l'administration.

**576**

Cet article est en partie tiré de l'article 1759 C.C.

Le second alinéa prévoit, notamment, le cas où l'administrateur démissionnerait à un moment qu'il sait favoriser la manoeuvre d'un tiers, préjudiciable au bénéficiaire. Il vise aussi le cas où l'administrateur s'empresse de démissionner alors que des difficultés sérieuses s'annoncent pour le bien ou l'entreprise administré.

**577**

Cet article se passe de commentaires particuliers.

**578**

Cet article énonce les causes particulières de la fin de l'administration du bien d'autrui. Les causes d'extinction des obligations, ainsi que les règles des contrats nommés, peuvent également s'appliquer à l'administrateur du bien d'autrui.

**579**

Cet article est nouveau. Non seulement l'administrateur peut-il être révoqué dans de telles circonstances, mais il a alors l'obligation de résigner ses fonctions, à peine de responsabilité personnelle.

**580**

Cet article s'inspire des articles 1713 et 1722 C.C.

**581**

Cet article est tiré de la règle prévue à l'article 1756 C.C. en matière de mandat. Cette règle est normale lorsque l'administrateur est choisi par le bénéficiaire (e.g. mandat, administrateur de corporation).

La loi prévoit plusieurs cas où l'administrateur ne peut pas être révoqué unilatéralement par le bénéficiaire, notamment en matière de tutelle ou d'exécution testamentaire (259). En matière de fiducie, la révocation du fiduciaire ne pourrait être obtenue que par requête au tribunal (260).

**582**

Cet article reprend en substance les dispositions propres à plusieurs types particuliers d'administration (e.g. a. 917, 981d C.C.).

Le tribunal saisi d'une requête en révocation pourra toujours ordonner la mise sous séquestre du bien, d'office ou sur demande, conformément à l'article 742 C.P.C. Il n'est pas nécessaire de le préciser ici.

**583**

Cet article s'inspire de l'article 1722 C.C.

**584**

Cet article est tiré de l'article 1760 C.C.

**585**

Cet article s'inspire de plusieurs dispositions du Code civil applicables aux administrateurs (e.g. a. 920, 981e et 1755 par. 3 C.C.).

**586**

Cet article est tiré de l'article 1761 C.C.

## CHAPITRE VI

### DE LA REDDITION DE COMPTE

**587**

Cet article ne prévoit pas la forme du compte. Les parties devraient normalement s'entendre ou alors suivre les formalités usuelles de la comptabilité. S'il y a désaccord, l'article 534 C.P.C. fournit la solution quant à la forme du compte (deux chapitres et récapitulation).

Sous réserve de l'article 589, la vérification préalable du compte n'est pas exigée. Il a paru préférable de s'en remettre aux usages, quitte à utiliser la procédure d'expertise devant les tribunaux si ces moyens ne suffisent pas (voir l'article 589).

L'article 530 traite du compte annuel, à distinguer du compte final.

**588**

Cet article s'inspire des articles 913 alinéa 4 et 981m alinéa 1 C.C.; l'article 566 du Projet impose la solidarité de l'obligation.

**589**

Cet article complète l'article 587 du Projet en accordant au bénéficiaire le droit d'exiger une reddition de compte en bonne et due forme. Deux recours lui sont accordés: l'un est une vérification simple, autorisée

par le tribunal (par expert); l'autre est la procédure formelle de reddition de compte en justice.

**590**

Malgré le principe que pose cet article, l'admissibilité des dépenses de l'administrateur est sujette à sa bonne administration (cf. a. 512 et 513).

Les frais de reddition de compte sont inclus dans les dépenses d'administration (261).

**591, 592, 593 et 594**

Ces articles s'inspirent de l'article 1713 C.C.

**595**

Cet article précise un aspect de l'obligation de loyauté de l'administrateur. Il apparaît nécessaire d'inclure cette disposition en sus de la règle générale (a. 512), vu son importance pratique. En matière de corporations, les règles sur les «transactions d'initiés» complètent cette règle.

L'obligation créée par les articles 591 à 595 est de droit strict. L'administrateur a l'obligation de rendre tout ce qu'il a reçu et tout ce dont il a profité, nonobstant sa bonne foi.

**596**

Cet article est tiré de la fin de l'article 1713 C.C.

Le droit de rétention est restreint aux biens mobiliers en raison du caractère même de la fonction d'administrateur. (La rétention de biens mobiliers est régie par les articles 286 et 287).

**597**

Cet article est tiré de l'article 1714 C.C.

Lorsque l'administrateur a, en une autre qualité, usage des sommes administrées, il faudra distinguer entre ses deux qualités.

**598**

Cet article est tiré de l'article 1724 C.C.

**599**

Cet article est tiré de l'article 1726 C.C.



## TITRE SEPTIEME

### DE LA FIDUCIE

#### CHAPITRE PREMIER

##### DISPOSITIONS GENERALES

###### 600

Cet article remplace l'article 981a C.C. dont il élargit la portée. Il consacre la validité de certaines formes de fiducie que l'on trouve dans les juridictions de Common Law (express trusts) et qui ne sont pas permises en droit actuel (262), sous réserve, toutefois, des dispositions du présent titre et des autres dispositions du Projet.

La fiducie pour le bénéfice d'une personne désigne la fiducie actuelle de l'article 981a C.C. La fiducie pour une fin d'intérêt public est celle des articles 869 et 964 C.C. où, cependant, elle ne paraît permise que dans un testament (263). Le présent article confirme qu'elle puisse être constituée par donation (264). La fiducie pour une fin d'intérêt privé vise celle qui est constituée pour un but particulier, comme la construction d'un monument funéraire. L'article 607 en étend cependant la portée pour couvrir les fiducies qui sont constituées pour l'établissement d'un fonds destiné à assurer le paiement de rentes à des employés et les autres fiducies à titre onéreux.

Le sens du mot «transporte» est précisé par l'article suivant qui énonce que la fiducie est établie par contrat ou par testament. L'exigence du transfert d'un bien pour constituer la fiducie n'empêcherait pas que le constituant ou un tiers puisse postérieurement augmenter le capital de la fiducie en effectuant de nouveaux transferts à titre gratuit ou onéreux de biens. Le Projet confère, en effet, au fiduciaire tous les pouvoirs et lui reconnaît donc la capacité de contracter pour la fiducie (265).

Le bien que le constituant transporte peut être mobilier ou immobilier, corporel ou incorporel. Le transfert peut, en effet, porter sur tout élément du patrimoine. Il peut n'être qu'en garantie de l'exécution d'une obligation, par exemple, le paiement de pensions à des employés ou encore le remboursement d'un emprunt contracté au moyen d'une émission d'obligations (266).

**601**

Cet article est tiré de l'article 981a C.C. Il énonce que la fiducie peut être établie par testament ou par contrat à titre gratuit ou onéreux. Un renvoi explicite aux règles de fond et de forme du contrat ou du testament paraît utile vu les opinions divergentes émises sur le sujet quant à la donation en fiducie (267).

**602**

L'exigence de l'acceptation par le fiduciaire que formule cet article est conforme au droit actuel. Elle se déduit des articles 981a et 981b C.C. (268). Il est par ailleurs suffisant pour dessaisir le constituant qu'un seul fiduciaire accepte. Cette mention est nouvelle (269). Le deuxième alinéa est nécessaire pour couvrir le laps de temps qui peut s'écouler, dans le cas d'une fiducie testamentaire, entre le décès du constituant et l'acceptation du fiduciaire.

La fiducie étant constituée par contrat ou par testament, elle peut être assortie d'une condition, d'un terme ou autre modalité, auxquels les dispositions du Livre *Des obligations* s'appliquent. La fiducie doit, dans tous les cas, être acceptée. Avant cette acceptation, elle n'existe pas. On ne fait donc pas la distinction entre la création et la constitution d'une fiducie (270). Lorsque la fiducie est faite à terme ou sous condition, le fiduciaire pourra prendre les mesures nécessaires pour en assurer l'exécution, même avant l'arrivée de cette modalité. Sauf en matière de fiducie testamentaire, le transfert des biens par le constituant et l'acceptation par le fiduciaire ont lieu, suivant la règle du consensualisme, en même temps (271).

**603**

Cet article est nouveau. La constitution en un patrimoine distinct des biens mis en fiducie ne modifie pas les rapports qui existent, en droit actuel, entre les diverses parties en cause ni les pouvoirs de chacun sur les biens de la fiducie. Les articles qui suivent reprennent l'ensemble des dispositions actuelles du Code civil, ainsi que les règles élaborées par les tribunaux.

L'alinéa deuxième précise que l'acte constitutif règle l'emploi des biens de la fiducie. On se reportera aux articles 623 et suivants quant à la gestion de la fiducie par le fiduciaire.

**604**

Cet article est nouveau. L'emploi des mots «in trust» pour désigner une situation donnée devra s'interpréter, dans chaque cas, selon les circonstances.



**605**

Cet article reprend en substance l'article 869 C.C. L'on maintient le droit actuel qui admet une interprétation libérale quant à la désignation du bénéficiaire de la libéralité pour fins de bienfaisance. Le choix peut en être laissé au fiduciaire (272). Comme toutes les fiducies, la fiducie est soumise à l'application de l'article 636.

Il peut parfois être difficile de distinguer entre une fiducie pour fin d'intérêt public et une fiducie pour une personne. Ainsi, la fiducie constituée en faveur d'une personne morale, par exemple une université, est une fiducie pour une personne. Celle qui serait constituée pour une fin éducative, par exemple la création d'une bourse d'étude, et dont une université serait le fiduciaire, serait une fiducie pour une fin d'intérêt public.

**606**

Cet article est nouveau. Il semble que les mots «ou autres fins permises» de l'article 869 C.C. ne peuvent être interprétés comme comprenant implicitement la fiducie pour une fin d'intérêt privé (273). Il ne paraît pas justifié de permettre, comme dans une fiducie d'intérêt public, que la fin puisse n'être déterminée que par le fiduciaire.

**607**

Cet article est nouveau. Il regroupe les fiducies qui sont constituées autrement que comme modalité d'une donation ou d'un legs. La définition comprend les fiducies constituées à l'occasion d'une émission d'obligations, les fiducies relatives à des placements immobiliers ou à des valeurs mobilières, les fiducies établissant un fonds de retraite et autres.

Cet article étend l'usage de la fiducie à un domaine où le droit actuel ne permet pas de l'utiliser (274). Cet élargissement trouve sa justification première dans la nécessité de fournir à ceux qui résident au Québec des techniques efficaces utilisées chez leurs voisins.

Le titre *De la fiducie* désigne sous le nom de bénéficiaires les personnes qui reçoivent en vertu d'une donation ou d'un legs en fiducie. Le deuxième alinéa de cet article étend l'application des dispositions énonçant les droits et recours des bénéficiaires aux personnes qui reçoivent des paiements ou détiennent des titres en vertu d'une fiducie pour une fin d'intérêt privé. Les dispositions touchant l'existence, la capacité et l'identification des bénéficiaires d'une donation ou d'un legs en fiducie ne leur sont toutefois pas applicables.

## CHAPITRE II

### DU FIDUCIAIRE

#### 608

Cet article est conforme au droit actuel; il est tiré de l'article 981a C.C.

Il est essentiel, dans la fiducie entre vifs, qu'un fiduciaire accepte le transfert. L'article 612 prévoit le cas où le fiduciaire nommé par le testateur n'accepte pas ou doit être remplacé.

#### 609

Cet article est nouveau, mais il est conforme au droit actuel où l'on admet qu'il faut pouvoir s'obliger pour être fiduciaire (275). L'incapacité des corporations, à l'exception des compagnies de fidéicomis, d'agir comme fiduciaire est énoncée au Livre *Des personnes* (276).

#### 610

Cet article modifie le droit actuel où l'on estime, vu la formulation de l'article 981a C.C., que le donateur ne peut être fiduciaire.

Quant au donataire, la présente disposition est conforme au droit actuel (277).

#### 611

Cet article est nouveau. Il est conforme au droit actuel où l'acceptation peut résulter des actes faits par le fiduciaire (278). Bien qu'il puisse paraître souhaitable d'exiger une acceptation formelle de la part du fiduciaire, on a estimé qu'il valait mieux s'en tenir à la règle actuelle (acceptation tacite) à cause des difficultés qui pourraient survenir lorsqu'une personne, sans avoir accepté formellement (par acte écrit), agit *de facto* comme fiduciaire.

**612**

Cet article est, en substance, semblable à l'article 981c C.C.

**CHAPITRE III****DU BENEFICIAIRE****613**

Le premier alinéa de cet article est tiré de l'article 981a C.C.

Le deuxième alinéa est tiré de l'article 777 alinéa 3 C.C.; il reconnaît que le constituant puisse se constituer bénéficiaire de la fiducie en se réservant le droit de recevoir tout ou partie des revenus ou du capital de la fiducie.

**614, 615 et 616**

Ces articles modifient le droit actuel (279); ils s'inspirent en partie de l'article 838 C.C. en permettant que les bénéficiaires d'une fiducie (e.g. les enfants à naître) n'aient la qualité requise pour recevoir qu'au moment où leur droit s'ouvre, et non pas au moment de la constitution de la fiducie. Cette règle est étendue aux fiducies créées tant par donation que par testament. L'article 615 prévoit, en outre, que si un seul des bénéficiaires d'une catégorie ou d'un degré a les qualités requises pour recevoir, sa présence assure l'ouverture du droit pour tous les bénéficiaires de la catégorie ou du degré (e.g. assurant le droit pour les autres enfants à naître).

Les règles de ces articles sont complétées par celles des articles 632 et 633 qui fixent la durée de la fiducie et le moment ultime de l'ouverture des degrés et de la détermination des bénéficiaires.

**617**

Cet article est conforme au droit actuel, bien qu'il n'ait pas d'équivalent dans le Code civil (280). Le mode selon lequel on calcule la partie des revenus auxquels un bénéficiaire a droit est établi par l'acte constitutif et peut, notamment, être exprimé sous forme d'un pourcentage des revenus ou du capital.

**618**

L'article précise la nature du droit du bénéficiaire, compte tenu des controverses qui existent sur ce sujet, même en Common Law (281). Il écarte définitivement la théorie voulant qu'il soit le véritable propriétaire

des biens pendant la durée de la fiducie (282). Ce n'est qu'à la fin de la fiducie que le bénéficiaire du capital pourra en revendiquer les biens (voir a. 630).

Le droit du bénéficiaire d'intervenir dans la fiducie est limité à celui de réclamer ce à quoi l'acte constitutif lui donne droit et à n'intervenir que dans la mesure où la loi le lui permet (283). Parallèlement, le bénéficiaire n'encourt, en principe, aucune responsabilité à l'égard des créanciers du constituant ou de la fiducie. Les créanciers du constituant peuvent, cependant, en vertu du droit commun, attaquer la fiducie qui serait constituée à leur préjudice.

Le bénéficiaire peut disposer de son droit dans la fiducie comme de tout autre bien, sous réserve des formalités qui pourraient être requises pour le transfert. Le Livre *Des successions* propose, par ailleurs, au chapitre *De la substitution*, de priver d'effet les clauses d'inaliénabilité qui ne constituent pas une substitution (284).

## 619

Cet article est nouveau. Le premier alinéa reprend la disposition énoncée, en substitution, à l'article 935 alinéa 2 C.C. Le second alinéa élargit, quant au bénéficiaire et au tiers, la règle élaborée en jurisprudence et qui est interprétée comme permettant l'exclusion de certains bénéficiaires (285).

## 620

Cet article est nouveau. L'acceptation du bénéficiaire n'est pas nécessaire à la constitution de la fiducie. L'acceptation du transfert des biens par le fiduciaire suffit pour dessaisir le constituant (286). Puisque le transfert des biens n'est pas fait au bénéficiaire, mais au fiduciaire, on peut poser une règle qui présume l'acceptation du bénéficiaire. Si la renonciation faite par le bénéficiaire survient après qu'il a accepté le bénéfice que lui confère la fiducie, elle n'a effet que pour l'avenir, selon les règles ordinaires de la résiliation.

## 621

Cet article est de droit nouveau. Il élabore des règles supplétives de dévolution des biens de la fiducie en cas de défaut d'un bénéficiaire et ainsi comble une lacune du droit actuel (287). Ces règles particulières de dévolution sont requises en raison de la nature de la fiducie et des droits des bénéficiaires auxquels on ne peut appliquer les règles communes de dévolution.

Cette disposition ne vise que les fiducies constituées à titre gratuit au bénéfice d'une ou de plusieurs personnes (288).

Le Livre *Des successions* introduit la représentation dans les legs (289). Cette règle vaudrait en fiducie testamentaire.

## 622

Cet article est de droit nouveau. Il complète le précédent.

# CHAPITRE IV

## DE L'ADMINISTRATION DE LA FIDUCIE

### 623 et 624

Ces articles proposent une formulation nouvelle des dispositions que l'on trouve présentement aux articles 981b, 981j et 981k C.C. Ils sont complétés par l'article 618 qui précise que le bénéficiaire n'a pas de droit réel sur les biens de la fiducie. Le fiduciaire est la seule personne qui a le pouvoir de prendre possession des biens de la fiducie et d'agir valablement à leur égard.

L'article 624 renvoie aux dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui (290).

En vertu de ce Projet, l'administrateur jouissant de la pleine administration est autorisé à faire toute espèce d'actes à l'égard du bien qu'il gère, y compris les actes d'aliénation (291), à l'exception des actes de disposition à titre gratuit et sujet à son obligation de bonne administration. L'administrateur est cependant astreint aux placements énumérés à l'article 981o C.C. (a. 551 et s.), à moins de dérogation expresse. Ces règles s'appliqueraient au fiduciaire, sauf dans la mesure où l'acte constitutif viendrait modifier l'étendue de ses pouvoirs.

Quant aux obligations du fiduciaire en tant qu'administrateur, il est tenu d'agir avec la prudence et la diligence de la personne raisonnable ou, le cas échéant, de l'administrateur professionnel. Il est assujéti à certaines règles de nature à éviter les conflits d'intérêts. L'administrateur rémunéré répond du dommage causé au bien qu'il gère ou de sa perte. Lorsqu'il y a plusieurs administrateurs qui occupent les mêmes fonctions, leur responsabilité est solidaire.

## 625

Cet article est de droit nouveau. Il soumet le bénéficiaire qui s'immisce dans les affaires de la fiducie à la même responsabilité qu'un fiduciaire.

**626**

Cet article est nouveau, sauf quant au paragraphe 3 qui renvoie au titre *De l'administration du bien d'autrui* où l'article 981d C.C. est repris.

Le présent article et les suivants clarifient le droit actuel quant aux recours que le bénéficiaire peut exercer contre la fiducie pendant sa durée (292). Quant au constituant, c'est en raison de l'intérêt moral qu'il a à l'exécution de la fiducie qu'on lui reconnaît un pouvoir d'intervention. Ce pouvoir n'affecte pas la réalité de l'aliénation qu'il a faite.

**627**

Cet article est nouveau. Il prévoit, en faveur du bénéficiaire, un recours analogue à celui que l'article 1031 C.C. reconnaît à tout créancier (293). Il paraît, toutefois, utile de reprendre la règle ici vu la nature particulière du droit du bénéficiaire.

**628**

Cet article est nouveau. Il reconnaît au bénéficiaire la possibilité d'agir contre les actes du fiduciaire, au moyen d'une action de même nature que l'action paulienne (294).

**629**

Cet article est de droit nouveau. On a maintes fois souligné la lacune du droit actuel qui ne prévoit aucun régime de surveillance de l'exécution des fiducies d'intérêt public (295). Les pouvoirs qui sont conférés permettraient au Curateur public d'organiser une surveillance adéquate de ces fiducies, la *Loi sur la Curatelle publique* étant modifiée en conséquence. Ce pouvoir s'étendrait aussi sur les fiducies constituées à titre gratuit pour une fin d'intérêt privé (296).

**630**

Cet article reprend en substance l'article 981 / C.C.

**631**

Cet article renvoie notamment à des dispositions traitant du compte annuel, de l'allocation des bénéfices et des dépenses entre le capital et le revenu, du pouvoir de délégation, de la règle de la majorité, des causes mettant fin à l'administration et de l'obligation de rendre un compte final. Ces dispositions sont tirées des articles 981e à 981h, 981k et 981m C.C., des règles du mandat et de l'usage. La règle de l'article 981g alinéa 1 C.C. est inversée, l'administration étant rémunérée, sauf disposition contraire de l'acte constitutif.

## CHAPITRE V

### DE LA DUREE DE LA FIDUCIE

#### 632

Cet article est nouveau, mais il est conforme à la solution adoptée par la jurisprudence (297). Il applique à la fiducie la disposition de l'article 932 C.C. en matière de substitution.

Le chapitre sur la substitution du Livre *Des successions* contient une disposition expresse énonçant que le degré se calcule par tête et non par souche. Cette règle souffre, toutefois, une exception lorsque le substituant a stipulé qu'au décès de l'un de plusieurs grevés conjoints, sa part doit s'ajouter à celle de ses cogrevés (298). Le deuxième alinéa rend ces dispositions applicables en fiducie et ainsi clarifie le droit existant (299).

#### 633

Cet article est nouveau. Il modifie le droit actuel en édictant que les bénéficiaires du premier degré doivent commencer à jouir de leur droit dans une période maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans suivant la constitution de la fiducie (e.g. en cas d'enfants ou de petits-enfants à naître).

Par ailleurs, la qualité pour recevoir du bénéficiaire du dernier degré (voir l'article 614) doit pouvoir être déterminée à l'expiration des quatre-vingt-dix-neuf ans de la constitution de la fiducie. Cette durée permet suffisamment de flexibilité pour que, dans les circonstances ordinaires (e.g. fiducie en faveur d'un conjoint, puis des enfants, puis des petits-enfants), les bénéficiaires puissent être déterminés sans difficultés. La règle de l'article 616 ne s'applique pas alors, seuls les bénéficiaires déterminés à l'expiration des quatre-vingt-dix-neuf ans pouvant recevoir. Les autres, s'il en est, seront ainsi exclus.

#### 634

Cet article est nouveau. A l'égard de la fiducie pour une fin d'intérêt public, il tranche une question douteuse en droit actuel où l'article 869 C.C., permettant le legs pour une fin de bienfaisance, ne pose aucune règle de durée (300).

Quant aux fiducies pour une fin privée et aux fiducies à titre onéreux auxquelles les mêmes règles s'appliquent (301), la perpétuité paraît être la seule solution satisfaisante (302).

La règle proposée utilise le seul critère proprement applicable, soit le

temps nécessaire à l'accomplissement du but poursuivi. Elle est tempérée par l'article 636 qui permet au tribunal de mettre fin à la fiducie.

### 635

Cet article est nouveau. Il propose une règle supplétive qui détermine le sort des biens lorsqu'une fiducie constituée pour l'accomplissement d'une fin se termine. L'article s'applique aux fiducies à titre onéreux (303).

### 636

Cet article est de droit nouveau. Il formule, en termes généraux, le pouvoir conféré au tribunal de mettre fin prématurément à la fiducie ou de modifier les dispositions de l'acte constitutif (304).

Les modifications à apporter à l'acte constitutif pourraient avoir trait, notamment au nombre de fiduciaires, à l'étendue de leurs pouvoirs ou à tout autre aspect de leur administration.

### 637

Cet article est nouveau. Il donne au tribunal toute la discrétion nécessaire quant à la façon de disposer de la requête. Le juge pourra, notamment, tenir compte de l'intention du constituant et consulter les bénéficiaires de la fiducie.

### 638

Cet article renvoie, lorsque le tribunal met fin à la fiducie, aux dispositions réglant le sort des biens de la fiducie.

- 
- (1) Voir P.B. MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, Montréal, Théoret, 1897, t. 3, p. 12; Y. CARON, *Les servitudes légales sont-elles des servitudes réelles?*, (1962) 42 *Thémis* 123; *Friedman v. Boulrice*, (1919) 56 C.S. 356, à la p. 364; *Duchesneau v. Poisson*, [1950] B.R. 453.
  - (2) Voir, notamment, A. COSSETTE, *De la révision du chapitre de l'usufruit*, (1958) 60 R. du N. 255.
  - (3) Voir J.-G. CARDINAL, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957; P. MARTEL, *Le placement hybride*, (1969) 71 R. du N. 532.
  - (4) L.Q. 1971, c. 74; voir Projet de loi no 7, 1976.
  - (5) Voir le Livre *De la publication des droits*.
  - (6) Adopté par l'Association du Barreau canadien en septembre 1970 et par la Conférence des commissaires pour l'uniformisation du droit en 1971



- (Travaux de la Conférence des commissaires pour l'uniformisation du droit, Ottawa, 1971).
- (7) S.R.Q. 1964, c. 275, a. 22 et s.
  - (8) S.R.Q. 1964, c. 318.
  - (9) L.Q. 1971, c. 74.
  - (10) Au sujet de l'hypothèque mobilière et des lois nord-américaines, voir: Y. CARON, «*L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté? Point de vue d'un juriste québécois*», dans *Aspects of Comparative Commercial Law: Sale, consumer credit and secured transactions*, édité par Ziegel et Foster, McGill, 1969, c. 25, p. 374. Ce texte, rédigé avant la préparation du Projet, reflète la politique adoptée par l'Office.
  - (11) Voir l'article 22.
  - (12) Voir le *Rapport de la Commission d'étude sur la faillite et l'insolvabilité*, Ottawa, 1970, par. 3.2.044, entre autres.
  - (13) Voir, par exemple, *Drouin et al. v. Charest*, [1952] B.R. 1.
  - (14) Voir le Titre 24 du Code municipal; voir aussi A.J.O. BERGERON, «*Vente pour taxes*», (1959) 61 R. du N. 496.
  - (15) S.R.Q. 1964, c. 193, a. 565.
  - (16) Voir l'article 745.
  - (17) S.R.Q. 1964, c. 295, a. 209.
  - (18) La *Loi des assurances*, L.Q. 1974, c. 70, a. 445 et 447, prévoit d'ailleurs l'abrogation de ce privilège.
  - (19) Voir l'article 442k C.C.
  - (20) Voir l'article 242.
  - (21) Voir, sur l'évolution législative de ces dispositions, G. M. GIROUX, *Le privilège ouvrier*, Montréal, Albert Lévesque, 1933, p. 18 à 31.
  - (22) Voir Y. CARON, *The Law of Construction Privileges in Québec*, Mechanics, Liens in Canada, 3e éd., Toronto, Carswell, 1972, c. 14, p. 421 et s.
  - (23) Voir G. M. GIROUX, *op. cit.*, aux p. 36 à 38.
  - (24) Voir, en particulier, *Louis Belle-Ile Lumber Inc. v. Craft Finance Corp.*, [1966] B.R. 135, conf. par [1966] S.C.R. 661; *1900 Tower Ltd v. Cassiani*, [1967] B.R. 787, conf. par C.S.C. le 1er décembre 1967; *Assistance Loan and Finance Corp. v. Bourassa*, [1972] C.A. 631.
  - (25) Voir G. M. GIROUX, *op. cit.*, aux p. 36 à 38.
  - (26) Voir G. M. GIROUX, *op. cit.*, aux p. 39 à 42.
  - (27) Parmi les moyens qui peuvent permettre de minimiser les risques inhérents au financement de la construction immobilière, le plus pratique

semble être de faire en sorte que ce soit le propriétaire ou le bailleur de fonds lui-même qui acquitte les frais de la construction. L'entrepreneur général ne devient alors qu'un intermédiaire chargé de la réalisation des travaux, mais il n'est plus le détenteur des fonds. Sur son autorisation et sur preuve d'exécution des travaux, le bailleur de fonds paie, directement, les créanciers (sous-traitants, fournisseurs et ouvriers). Cette procédure exige sans doute que le propriétaire ou le bailleur de fonds engage à son tour un gérant ou un intermédiaire chargé de cette surveillance et de ces paiements; elle permet tout au moins d'assurer que les fonds servent à payer les sous-traitants et de minimiser le risque de collusion au moyen du privilège. Dans les cas où la créance du sous-traitant ou du fournisseur serait d'importance, il lui serait toujours loisible d'exiger du propriétaire une hypothèque conventionnelle.

- (28) La possibilité d'exiger de l'entrepreneur en construction un cautionnement pour garantir le paiement des ouvriers semble maintenant près de la réalité, si la réforme préparée par le Ministère du travail se concrétisait. Elle existe d'ailleurs dans certains secteurs.
- (29) S.R.C. 1970, c. B-3.
- (30) Voir G. M. GIROUX, *op. cit.*, p. 39, qui déclare que ce privilège est le vice radical de cette législation, avec la protection trop large et inconsiderée qui est accordée à cette catégorie de créanciers.
- (31) Voir G. M. GIROUX, *op. cit.*, p. 40 et 41.
- (32) L.Q. 1970, c. 17, a. 88.
- (33) Voir, *infra*, quant à l'enregistrement; la règle ci-dessus s'appliquerait à l'article 2099 C.C. relatif à la vente de droits de mine.
- (34) Voir l'article 419 C.C.
- (35) Voir l'article 2072 C.C.
- (36) Voir, *supra*, par. a).
- (37) S.R.Q. 1964, c. 275, a. 22 et s.
- (38) Voir l'étude des Services juridiques communautaires, *Service, seizure and sale - A critical examination of the role and function of the Bailiff in the administration of justice, with recommendations for change*, Octobre 1971, soumise au Ministre de la justice.
- (39) Cette préférence a déjà été assimilée à l'ordre de paiement des créanciers d'une faillite: créanciers garantis, créanciers préférentiels, créanciers ordinaires; voir la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, a. 107.
- (40) Voir, aussi, l'article 422.
- (41) Voir, «*Service, seizure and sale*», *op. cit.*
- (42) Voir a. 552 C.P.C.; voir, aussi, a. 652 C.P.C. qui pourrait être généralisé et a. 278.

- (43) Voir, *supra*, par. 4, quant à l'ordre de distribution et voir aussi la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, a. 107.
- (44) S.R.C. 1970, c. S-9, et voir les articles 323, 324 et 325.
- (45) Article 22 et s.
- (46) Voir les dispositions relatives aux hypothèques générales et flottantes, a. 326 à 332.
- (47) S.R.Q. 1964, c. 271.
- (48) D.W.M. WATERS, *Law of Trusts in Canada*, Toronto, Carswell, 1974, p. 15, p. 929 et s.
- (49) Les articles 981a et s. C.C. (*Acte concernant la fiducie*, SQ. 1879, 42-43 Victoria, c. 29) et la *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations*, a. 22 et s.
- (50) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 1901, t. 5, p. 154 et s.; P.B. MIGNAULT, *A propos de fiducie*, (1933-34) 12 R. du D. 73; J.E. BILLETTE, *Traité de droit civil canadien*, Montréal, 1933, t. 1, no 264, et *La fiducie*, (1933-34) 12 R. du D. 159; J. CASGRAIN, *La fiducie dans la province de Québec*, dans *Le droit civil français*, Livre - Souvenir des Journées du droit civil français, 1934, Paris - Montréal, 1956, p. 239; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936; R.-H. MANKIEWICZ, *La fiducie québécoise et le trust de Common Law*, (1952) 12 R. du B. 16; D.N. METTARLIN, *The Québec Trust and the Civil Law*, (1975) 21 McGill L.J. 175. Voir, à titre d'exemples, *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234; *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7.
- (51) La position adoptée par le Code civil de la Louisiane qui transpose directement la notion de propriété fiduciaire de la Common Law n'a paru ni satisfaisante, ni suffisante dans le contexte de la notion de propriété du droit civil du Québec (voir les articles 1731 et 1781 du *Louisiana Trust Code*).
- (52) Voir, à ce sujet, D.W.M. WATERS, *op. cit.*, p. 277 et s.
- (53) Voir C.-H. LALONDE, dans *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958, t. 6, p. 474; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 209 et s.; voir, aussi, *Louisiana Trust Code*, a. 1752.
- (54) Voir R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Trad. O. de Meulenaere, Paris, Librairie Marescq Aîné, 3e éd., rév. 1886-87, t. 3, p. 130.
- (55) Voir R. SAVATIER, «*Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*», (1958) 56 R.T.D.C. 2, no 1.
- (56) Voir, sur la notion de propriété d'une créance, F. FRENETTE, *Chronique de Droit des biens*, (1973) 4 R.G.D. 91; *Ville de Montréal v. Cedar Towers Corporation*, [1972] C.A. 270.
- (57) Voir, notamment, *A.P. Bélair v. La Ville de Ste-Rose*, (1922) 63 S.C.R.

- 526; *The Lower St. Lawrence Power Co. v. L'Immeuble Landry Ltée*, [1926] S.C.R. 655; *Cie de Téléphone Saguenay-Québec v. Ville de Port-Alfred*, [1955] B.R. 855; voir, aussi, W. de M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs and Company (Eastern) Limited, 1932, no 4.
- (58) Voir *In re Amédée Leclerc Inc.: Thibault v. De Coster*, [1965] C.S. 266; *The Grand Trunk Railway Company of Canada v. The Eastern Townships Bank*, (1867) 10 L.C.J. 11 (C.S.).
- (59) Voir les *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1946-47, Paris, Sirey, 1948, p. 999.
- (60) Voir A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, Montréal, Albert Lévesque, 1936, t. II, no 635 et 636; t. III, no 44-bis et 719.
- (61) Voir *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1946-47, *op. cit.*, p. 999.
- (62) Voir A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, dans *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, t. 3, p. 74; P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 1896, t. 2, p. 448 et s.
- (63) Voir les *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1946-47, *op. cit.*, p. 780.
- (64) Voir la *Loi sur les postes*, S.R.C. 1970, c. P-14, a. 44 et la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, c. C-40, a. 80, 81, 128 et s.
- (65) Voir, à ce sujet, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, t. III, no 63; L. FARIBAULT, dans *Traité de droit civil du Québec*, *op. cit.*, t. 4, p. 29.
- (66) Voir *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1946-47, *op. cit.*, p. 1001.
- (67) Voir P. MARTINEAU, *Les Biens*, Cours de Thémis, Montréal, Revue juridique Thémis Inc., 1973, p. 61 et s.; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, *op. cit.*, t. 9, p. 371 et s. Voir, aussi, l'article 33 du Livre *De la prescription*.
- (68) Voir *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1946-47, *op. cit.*, p. 1001, a. 24.
- (69) Voir P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 69; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Editions Montchrestien, 1956, t. 2, no 1468, 1634 et 1635.
- (70) Voir les articles 9 et 83 du Livre *De la publication des droits*.
- (71) Voir A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin, 1972, p. 35.
- (72) Voir les articles 206 et s. et 264 et s.

- (73) Voir R. SAVATIER, *La propriété de l'espace*, D. 1965, chron. XXXV, p. 213.
- (74) Voir les articles 762 à 769 C.P.C.
- (75) Voir A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, t. 3, p. 372.
- (76) Voir A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, t. 3, p. 424; F. LAURENT, *Les principes de droit civil*, 3e éd., Paris, Librairie Marescq Aîné, 1878, t. 8, no 43; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 3, no 921; *Saint-Jean v. Strubbe*, (1905) 27 C.S. 266 (C. de R.), à la p. 272; *Touchette v. Roy*, (1877) 3 Q.L.R. 260 (C. de R.), à la p. 268.
- (77) Voir l'article 28 du Livre *De la prescription*; voir, aussi, P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, *op. cit.*, t. 3, p. 123 et s.; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, t. 3, p. 429; P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 46; F. LAURENT, *op. cit.*, t. 8, no 44; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 3, no 921; *Touchette v. Roy*, (1877) 3 Q.L.R. 260 (C. de R.); *Carrière v. Rivard*, (1937) 75 C.S. 475; *Friedman v. Boulrice*, (1919) 56 C.S. 356; *Papineau v. Nichol*, (1917) 51 C.S. 436; *Harnois v. Comtois*, (1920) 57 C.S. 160 (C. de R.).
- (78) Voir, notamment, *Voyer v. Dumas*, [1950] C.S. 383; *Tremblay v. Leclerc*, [1954] C.S. 383; *Morissette v. Prévost*, [1963] B.R. 52; M. POURCELET, *Le fonds enclavé*, (1965-66) 68 R. du N. 250.
- (79) Voir H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, no 1593.
- (80) Voir l'article 81; voir, aussi, W. de M. MARLER, *op. cit.*, no 88 et s.
- (81) Voir P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 81; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, 4e éd., t. 2, vol. 2, no 1605; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, 2e éd., Paris, Pedone, 1891, t. 2, no 667.
- (82) P. MARTINEAU, *op. cit.*, p. 76 et s.
- (83) Voir les articles 76 et s.
- (84) Voir, *infra*, les commentaires de l'article 93.
- (85) Voir, quant aux modalités d'exercice du droit de rétention, les articles 286 et s.
- (86) Voir *Duchaine v. The Matamajaw Salmon Club*, (1921) 58 S.C.R. 222; (1921) 2 A.C. 426.
- (87) *Ibid.* et voir W. de M. MARLER, *op. cit.*, no 67, 251 et 1019.
- (88) Voir *Civil Code of Louisiana*, J. Dainow, St-Paul, Minn., West Publishing, 1961, 1976 Pocket Part.
- (89) Voir P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, *op. cit.*, t. 2, p. 556.
- (90) Voir *Dassylva v. Dassylva*, [1953] C.S. 22.
- (91) Voir A. COSSETTE, *loc. cit.*, p. 256.
- (92) *Ibid.*

- (93) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 622; F. LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, t. 7, no 18.
- (94) La formulation de l'article reprend celle de la définition du legs à titre universel de l'article 288 du Livre *Des successions*.
- (95) *Ibid.*
- (96) Code civil français, a. 617 et s.; Code civil de l'Ethiopie, a. 1322; Code civil suisse, a. 748 et 749; voir, aussi, H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, 4e éd., t. 2, vol. 2, no 1682.
- (97) Voir l'article 389 du Livre *Des successions*.
- (98) Voir P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien, op. cit.*, t. 4, p. 324 et s.
- (99) Voir, à ce sujet, *Kraus v. Nakis Holding Ltd*, [1969] C.S. 261.
- (100) Voir l'article 12.
- (101) Voir, l'article 261.
- (102) P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien, op. cit.*, t. 3, p. 216.
- (103) Voir H. TURGEON, *Droit de superficie*, (1953) 56 R. du N. 132; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien, op. cit.*, t. 3, p. 184 note (e); J.-G. CARDINAL, *Le droit de superficie, op. cit.*, 1957, W. de M. MARLER, *op. cit.*, no 130 et s.; *Tremblay v. Guay*, [1929] S.C.R. 29; *Cohen et Zalkind v. M.N.R.*, (1967) 67 D.T.C. 5175 (C. de L'E.); *Leboeuf v. Douville*, [1969] B.R. 472; *Morin v. Grégoire*, (1969) 15 McGill L.J. 103 (C.S.); F. HELEINE, *La loi au service de l'équité (Réflexions sur le jugement Morin v. Grégoire)*, (1973) 33 R. du B. 284.
- (104) J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, no 79 et s.
- (105) Voir, aussi, l'article 521 C.C. (abrogé par L.Q. 1969, c. 76, a. 3).
- (106) J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, no 56 et s.
- (107) *Ibid.*, no 93 et s.
- (108) J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, no 39 et s.; P. MARTEL, *Le placement hybride*, (1969) 71 R. du N. 532, à la p. 540; voir, aussi, la législation française sur le bail à construction, Loi no 64-1247 du 16 décembre 1964.
- (109) S.R.Q. 1964, c. 322.
- (110) Voir l'article 265.
- (111) J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, no 45.
- (112) P. MARTEL, *loc. cit.*, p. 540 et s.; J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, p. 112.
- (113) Voir l'article 5 de la *Loi française sur le bail à construction*; P. MARTEL, *loc. cit.*, p. 550.
- (114) Voir l'article 7 de la *Loi française sur le bail à construction*.
- (115) Voir l'article 1619 C.C.

- (116) Voir à l'introduction la Note sur l'abolition des privilèges.
- (117) Voir G. LE DAIN, *Security upon moveable property in the Province of Québec*, (1956) 2 McGill L.J. 77 et la jurisprudence citée.
- (118) Voir *Salvas v. Vassal*, (1897) 27 S.C.R. 68; *Garage Central d'Amos Ltée v. Lamarre*, [1955] B.R. 725; *I.A.C. Corp. v. Marmette*, [1957] B.R. 861.
- (119) Voir *Bissonnette v. Cie de Finance Laval*, [1963] S.C.R. 616; voir, aussi, *Wilfrid Bédard Inc. v. Assistance Loan & Finance Corp.*, [1966] B.R. 113.
- (120) Voir, *infra*, le commentaire sous l'article 440.
- (121) L.Q. 1971, c. 74.
- (122) *Ibid.*, a. 29 à 42, 67 à 71.
- (123) Voir, par exemple, a. 2088 C.C. français.
- (124) Voir, à ce sujet, MEGARRY and WADE, *The Law of Real Property*, 2e éd., 1959, p. 843 à 845, 847 et 848.
- (125) U.C.C., a. 1-201(37).
- (126) Voir, par exemple, U.P.P.S.A., Barreau Canadien, sept. 1970, a. 1(y).
- (127) F.N. CATZMAN, A.S. ABEL, I.S.C. BAXTER, *Personal Property Security Law*, Toronto, Carswell, 1976, p. 33; Law Reform Commission of Saskatchewan, février 1976; *Proposals for a Personal Property Security Act*, p. 1, 4, 7 et 8; Law Reform Commission of British Columbia, 1975, *Debtor-Creditor Relationships*, Part 5, *Personal Property Security*, p. 26, 27, 30 et 31. Voir, aussi, JOHN F. VARCOE, *Finance leasing, an analysis of the lessor's rights upon default by the lessee*, (1976) *Canadian Business Law Journal*, vol. 1, no 2, p. 117.
- (128) Voir les articles 441, 1679, 1713, 1723, 1770, 1812, 1816a, 1969 et 2001 C.C.
- (129) Les règles générales de l'hypothèque conventionnelle s'appliqueraient alors. Les cas les plus fréquents de telle hypothèque seront ceux où il y aura réparation d'un meuble important (e.g. machinerie lourde).
- (130) Les cas prévus sont les suivants: a. 419 C.C. (repris dans l'article 84); a. 732 C.C. (repris dans l'article 217 du Livre *Des successions*); a. 2072 C.C. (repris dans l'article 422). Les articles 1539 et 1546 C.C. seraient abrogés, selon le chapitre *De la vente*. Les articles 417 (possesseur), 581 et 582 C.C. (emphytéose) et 958 C.C. (grevé de substitution) ne prévoient pas de droit de rétention, mais plutôt l'enlèvement des améliorations (ou la possibilité de les laisser sur place).
- (131) Voir, à ce sujet, *Morisset Ltée v. Castonguay*, (1940) 68 B.R. 128; *Laurentide Finance Co. v. Paquette*, [1967] C.S. 62.
- (132) Voir, à cet effet, *Laurentide Finance Co. v. Paquette*, [1967] C.S. 62; *Atlas Thrift Plan Corp. Ltd. v. J. Lussier et al.*, [1955] R.P. 181 (C.S.).

- (133) Voir *Standard Credit Corporation v. G. Nadeau*, [1956] R.L. 127 (C.S.); voir aussi *Hamel v. Gravenor et al.*, [1960] B.R. 1223.
- (134) Voir Rapport du Comité, Canada, 1970, par. 3.2.045, (recommandation 34).
- (135) Voir les articles 22 à 26.
- (136) Voir les articles 22 et s.
- (137) Voir, aussi, quant aux hypothèques générales et flottantes, les articles 326 à 334.
- (138) Repris dans le chapitre *De la vente*, article 357 du Livre *Des obligations*.
- (139) Voir U.C.C., a. 9-204(1) et (5).
- (140) Voir les articles 1914 C.C. et 719 C.P.C.
- (141) Cette question ne semble pas avoir été abordée devant nos tribunaux. La règle découle de l'article 2017 C.C. et, *a contrario*, de l'article 2038 C.C.
- (142) On aurait pu le faire dans l'affaire *Grondin v. Lefavre et al.*, [1931] S.C.R. 102, dans laquelle le tribunal a jugé, en vertu de l'article 1017 C.C. que les règles et usages de la bourse de New York s'appliquaient à la convention des parties. Dans presque tous ces cas, d'autres règles du droit civil permettaient aux parties de trouver une solution au litige.
- (143) Voir, *re Quintal*, (1968) II C.B.R. n.s. 47 (C.S.), où on a considéré comme contraire à l'ordre public la mise en gage de salaires futurs.
- (144) Voir a. 1031 C.C.; *Jarry Automobile Ltée v. Medicoff*, [1947] C.S. 465; *Crown Life Insurance Co. v. Perras*, [1953] B.R. 659; *Lauwers v. Tardif*, [1966] C.S. 79.
- (145) S.R.C. 1970, c. S-9.
- (146) Au moyen de la déclaration prévue à l'article 381 cette disposition reprend en partie celle de l'article 2120a C.C. Voir, aussi, l'article 294 quant à l'objet de l'hypothèque générale; également, l'article 381 quant à l'enregistrement et l'article 431 quant à la prise de possession par le créancier.
- (147) Voir, par exemple, U.C.C., a. 9-204(4)(b); G. GILMORE, *Security Interest in Personal Property*, 1965, vol. I, no II.6, p. 356.
- (148) Cette définition est reprise dans l'article 411 du Livre *Des obligations*, sous une forme modifiée. Il s'agit toujours de la vente (ou autre contrat) de l'ensemble ou d'une partie substantielle d'une entreprise, de son inventaire, outillage ou équipement, qui a lieu en dehors du cours des affaires.
- (149) Voir en ce sens, la *Loi sur les Corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, c. 33, a. 77(1) et l'*Ontario Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, a. 57(1)(c) (modifié par S.O. 1972, c. 138, a. 16).
- (150) Voir *Laval Transport Inc. v. Chartré et al.*, [1957] B.R. 263; *Canadian*



- Brass & Bedsteads v. Duclos*, (1916) 18 R.P. 206 (C.S.); *La Manufacture de sceaux et de boîtes de Trois-Rivières v. Béliveau*, (1921) 30 B.R. 389; *Canadian Footwear Co. Ltd. v. T.G.C. et al.*, (1928) 10 C.B.R. 470 (C.S.).
- (151) Voir, *infra*, les commentaires sous l'article 431.
- (152) Cette lacune a été comblée partiellement par la modification récente apportée à l'article 1979a C.C., mais elle subsiste par ailleurs.
- (153) Voir *Compagnie d'Assurance Canadienne Mercantile v. Mongrain*, [1953] B.R. 203; *Sirois v. Hovington*, [1969] B.R. 97.
- (154) Voir *Canadian Terrazo and Marble Company Ltd v. B. Kaplan Company Ltd*, [1966] C.S. 505, à la p. 508.
- (155) C'est ce que précise l'article 406.
- (156) Voir L. RAUCENT, *Des créances hypothécaires à ordre ou au porteur*, (1966) *Revue pratique du notariat belge*, no 2519, p. 137.
- (157) *Loi relative à certaines formes de transmission des créances*, France, Loi 76-519, 15 juin 1976.
- (158) S.R.C. 1970, c. B-5.
- (159) L'article 380 sert, dans le présent cas, d'équivalent à l'article 2121 C.C.
- (160) Voir *La Compagnie Gagnon (Chibougamau) Limitée v. Lapointe*, [1973] C.S. 254.
- (161) Voir les articles 22 à 26.
- (162) S.R.C. 1970, c. B-1, a. 88 et 89.
- (163) Article 9-402.
- (164) R.S.O. 1970, c. 344, a. 47(2), qui le restreint aux biens d'inventaire et aux comptes d'un commerçant.
- (165) Voir, aussi le *Rapport sur l'enregistrement*, 2e partie, Des droits, O.R.C.C., 1976, XLVI.
- (166) R.S.O. 1970, c. 344, a. 47(5); l'article du projet uniforme porte le même numéro. Cette disposition n'a pas été conservée dans la loi uniforme modèle du Barreau canadien (sept. 1970).
- (167) *Rapport no 3*, 1965, p. 8 et 9.
- (168) Voir D.W. LEE, *Perfection by Registration*, (1969) 47 *Rev. Bar. Can.* 420, aux p. 460 à 465.
- (169) Voir, *Chaput v. Hébert*, (1932) 53 B.R.; *F. Dolan v. J.C. Baker et al.*, (1892) 1 B.R. 392.
- (170) Voir l'article 479.
- (171) Voir l'article 482.
- (172) Voir les articles 328 et 481.

- (173) L'alinéa 5 de l'article 2127 C.C. est repris à l'article 59 du Livre *De la publication des droits*.
- (174) Voir l'article 394 qui prévoit une règle de priorité pour ce qui est de l'hypothèque de créance. L'article 383 est d'application plus générale.
- (175) *Lemcovitz v. Laurentide Acceptance Corp.*, [1966] B.R. 160.
- (176) Voir *Grobstein v. Hollander*, [1963] B.R. 440.
- (177) *Kuehne & Nagel (Canada) Ltd v. Polygraph-Export G.M.B.H.*, [1963] C.S. 679.
- (178) Article 9-304(4) et (6).
- (179) R.S.O. 1970, c. 344, a. 26(1) et 26(3).
- (180) Voir *Dupuis v. Savoie*, [1950] C.S. 361; *Benning v. Thibaudeau*, (1890) 20 S.C.R. 110; *Compagnie d'Assurance Canadienne Mercantile v. Mon-grain*, [1953] B.R. 203; *Sirois v. Hovington*, [1969] B.R. 97.
- (181) Voir a. 20; voir également H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, no 1416, (éd. 1956) p. 1112-1113.
- (182) Voir l'article 431 du Livre *Des obligations*.
- (183) Voir aussi l'article 341 du présent Livre et 432 du Livre *Des obligations*.
- (184) Dans le cadre d'un système central d'enregistrement, la procédure serait simplifiée puisqu'un seul dépôt vaudrait pour toute la province.
- (185) Voir *Jankauskas v. Société Nationale de Fiducie*, [1963] R.L. 146 (C.S.); *Lamy v. Rouleau*, [1927] S.C.R. 288; *Pinsonnault v. Coursol*, (1909) 15 R.L. 55 (C.A.).
- (186) S.R.Q. 1964, c. 318.
- (187) R.S.O. 1970, c. 344, a. 26(1) et (2).
- (188) Article 9-304(4) et (6).
- (189) *Personal Property Security Act*, s. 26(2) et (3); *U.C.C.*, a. 9-304(5) et (6).
- (190) Voir l'article 387.
- (191) L'article 26 de la loi d'Ontario prévoit un délai de dix jours; le U.C.C. prévoit un délai de vingt et un jours.
- (192) Voir *Paquin v. Dunlop et al.*, (1933) 71 C.S. 506; *Groncin v. Lefaiivre*, [1931] S.C.R. 102.
- (193) S.R.Q., 1964, c. 271.
- (194) Voir les articles 479, 481 et 482.
- (195) Voir *Laberge v. Gaudreault*, (1925) 63 C.S. 190; *Demers v. Strachan*, (1916) 50 C.S. 74 (C. de Rév.).

- (196) Voir *Bélangier v. Lacroix*, (1893) 3 C.S. 479.
- (197) Voir les articles 487 et s. du titre *De l'administration du bien d'autrui*.
- (198) Cette situation peut se produire non seulement dans le cas de la prescription de dix ans (a. 2251 C.C.) mais aussi dans le cas de la prescription trentenaire (a. 2242 C.C.). Voir les articles 40 et 41 du Livre *De la prescription*.
- (199) Voir, par exemple, les a. 1065 et 1077 C.C. (repris dans le Livre *Des obligations*, a. 254 et 298).
- (200) Voir *Re Nadeau: Canada Permanent Trust Co. v. Miller*, (1969) 15 C.B.R. 171 (C.S.); *Forte v. Coast to Coast Paving Ltd.*, [1972] C.S. 718.
- (201) Voir l'article 503.
- (202) Voir l'article 816 et s. du Livre *Des obligations*.
- (203) Voir, par exemple, la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, c. 33, a. 89-96.
- (204) Voir *Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, a. 61.
- (205) Cette question devrait être reprise dans une réforme éventuelle de la *Loi des compagnies du Québec*.
- (206) Voir, par exemple, *Campbell v. Beyer*, (1906) 30 C.S. 86.
- (207) Voir la *Loi de la protection du consommateur*, a. 38 et 39 qui continue cependant de s'appliquer.
- (208) Voir le Livre *Des obligations*, article 278.
- (209) Cette règle souffre cependant une exception en vertu de la *Loi de la protection du consommateur*, a. 38 et 39 (entre autres) au cas où le débiteur a acquitté au moins les deux tiers de sa dette.
- (210) Voir a. 1138 et 1139 C.C. Voir l'article 205 du Livre *Des obligations*.
- (211) S.Q. 1938, c. 90.
- (212) Voir, notamment, *Beaumont v. La Société de prêt et placement de Québec*, [1967] C.S. 262; *Caisse populaire de Scott v. Guillemette*, [1962] B.R. 293; *Re Gagné: Lamarre v. Cité de Lévis*, (1940) 78 C.S. 117; *Galarneau v. Dufort*, (1938) 76 C.S. 399; *Inter Provincial Building Credits Ltd. v. Pelletier et al.* [1970] C.S. 94; *Labine v. Viau*, [1942] B.R. 406; *Royal Trust v. Degré*, [1943] C.S. 6.
- (213) Voir, à titre d'exemple, *Inter Provincial Building Credits Ltd. v. Pelletier et al.*, [1970] C.S. 94.
- (214) Voir, en corrélation, l'article 1185 C.C.; voir également, l'article 344 du Livre *Des obligations*.
- (215) Au surplus, les a. 1202a, d, j, k et l C.C. seraient supprimés, puisqu'ils deviennent inutiles.

- (216) Ces dispositions se retrouvent au Livre *De la publication des droits*, a. 90.
- (217) Voir l'article 2085 C.C. et le Livre *De la publication des droits*, a. 89.
- (218) Voir l'article 40 de ce Livre.
- (219) Voir *Final Report of the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code*, Philadelphie, 25 avril 1971, a. 9-403(2).
- (220) R.S.O. 1970, c. 344, a. 53.
- (221) Articles 1979a et 1979e C.C. Dans le cas de nantissement agricole ou forestier, le délai prévu pour l'ouverture de crédit est aussi de cinq ans.
- (222) L.Q. 1973, c. 38.
- (223) Voir *Grondin v. Lefavre et al.*, [1931] S.C.R. 102; cette décision porte sur un cas de gage, mais le principe est néanmoins établi.
- (224) Voir le commentaire de l'article 7 concernant les a. 379 et 380 C.C.
- (225) Voir, aussi, l'article 321.
- (226) Article 9-307(1).
- (227) Approuvé par l'Association du Barreau canadien, septembre 1970, a. 30(1).
- (228) Voir, en droit romain, la décision du préteur Scaevola, rapportée à D. 20.1.34, à l'effet que l'hypothèque générale sur un commerce («*taberna*») n'emporte pas droit de suite sur les marchandises vendues par le commerçant.
- (229) Voir *Traders Finance Corp. v. Landry*, [1958] B.R. 120.
- (230) Voir *Varin v. Guérin*, (1893) 3 C.S. 30; *La Banque St-Jean v. Nolin*, (1917) 51 C.S. 138.
- (231) Voir l'article 331 du Livre *Des obligations*.
- (232) *Idem*.
- (233) Voir, à ce sujet, au Livre *Des obligations*, les articles 708 (mandat), 802 (dépôt), 823 et 824 (prêt); le Livre *Des successions*, a. 339; le Livre *Des personnes*, a. 131 et 132; la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, c. 33, a. 120.
- (234) Voir Dictionnaire de droit Dalloz: «II - Obligation de celui qui a entre les mains la chose d'autrui de veiller à sa conservation» et la référence aux mots dépôt, gage, gestion d'affaires, louage, mandat.
- (235) Voir M. FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, no 244.
- (236) S.R.Q. 1964, c. 275.
- (237) Voir le Chapitre III du présent titre, *Du placement des biens d'autrui*.

- (238) Voir mandat en termes généraux et mandat exprès: l'article 710 du Livre *Des obligations*.
- (239) Voir les articles 512 et 513.
- (240) Voir l'article 490.
- (241) Voir l'article 332 du Livre *Des successions*; également, l'article 609 du présent Livre.
- (242) Voir le Livre *Des obligations*, a. 712 et 714 (mandat).
- (243) *Ibid.*, a. 714 et 719 (mandat); 803 (dépôt), 829 et 830 (prêt).
- (244) Voir le Livre *Des successions*, a. 343; voir aussi, le Livre *Des personnes*, a. 224.
- (245) Voir la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, c. 33, a. 115.
- (246) Voir M. FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie*, *op. cit.*, no 259.
- (247) Voir P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, 1896, t. 2, p. 235, note (a).
- (248) Voir a. 587 quant au compte final; voir, aussi, l'article 224, sur le condominium et le Livre *Des personnes*, a. 143.
- (249) Voir l'article 587.
- (250) American Law Institute, 1962 Revision, s. 8(a).
- (251) Voir les difficultés notées à ce sujet dans *Trust Général du Canada v. Maillet*, [1972] C.S. 342.
- (252) *Op. cit.*, a. 13(a) et (b).
- (253) Voir *Restatement*, Trusts 2d, no 241; *Uniform Principal and Income Act*, *op. cit.*, s. 12(a) et (d), *contra*.
- (254) Voir le Livre *Des successions*, a. 380.
- (255) Voir a. 551.
- (256) Voir les articles 913 al. 1 et 981f C.C.
- (257) Voir la *Loi des corporations commerciales canadiennes*, a. 118(1) à (3).
- (258) Voir l'exception créée par l'article 166 du Livre *Des personnes*.
- (259) Voir l'article 336 du Livre *Des successions* et les articles 151, 152 et 153 du Livre *Des personnes*.
- (260) Voir l'article 636.
- (261) Voir, aussi, les articles 517 à 521, 538 et 540, quant à l'imputation des dépenses, à la réparation du préjudice causé et à l'assurance.
- (262) Voir *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7, à la p. 18; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 8 et s.

- (263) Voir *Abbott v. Fraser*, (1876) 20 L.C.J. 197 (C.P.); *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234.
- (264) Voir *Mathison v. Shepherd*, (1909) 35 C.S. 29, à la p. 53 (C.Rev.); J.-G. CARDINAL, *Les hommes meurent, les fondations demeurent*, (1960-61) 63 R. du N. 431.
- (265) Voir l'article 623 et s., aussi que l'article 507 et s.
- (266) Voir *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7.
- (267) Voir P.B. MIGNAULT, *A propos de fiducie*, (1933-34) 12 R. du D. 73, à la p. 75; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 210; G. BRIERE, *Les libéralités*, Montréal, Revue juridique Thémis Inc., 1975, 6e éd., p. 259; *Mathison v. Shepherd*, (1909) 35 C.S. 29 (C.Rév.); *Harwood v. Moncel*, (1923) 61 C.S. 497; *O'Meara v. Bennett*, (1929) 47 B.R. 286 (C.J.C.P.); *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; *Taylor v. Royal Trust Company and Folt*, (1936) 74 C.S. 180; *Reford v. National Trust Co. Ltd*, [1968] B.R. 689.
- (268) Voir, à ce sujet, P.B. MIGNAULT, *A propos de fiducie*, *loc. cit.*, à la p. 73. *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283, à la p. 290 et s.; *Reford v. National Trust Co. Ltd*, [1968] B.R. 689.
- (269) Voir R.-H. MANKIEWICZ, *loc. cit.*, (1952) 12 R. du B. 16, à la p. 27, no 22; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 227.
- (270) Voir *O'Meara v. Bennett*, (1929) 47 B.R. 286 (C.P.); M. FARIBAULT, *Trust Business in Québec*, (1960-61) 63 R. du N. 383, à la p. 386; J. NADON, *Transfert des actions «in Trust»*, (1957) 17 R. du B. 217.
- (271) Voir l'article 446 du Livre *Des obligations* qui fait de la donation un contrat purement consensuel.
- (272) Voir *Abbott v. Fraser*, (1876) 20 L.C.J. 197 (C.P.); *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234; A. J. McCLEAN, *The Common Law and the Québec Trusts*, 1967 Edition du Centenaire, U.B.C.L.R. - C. de D. 333, p. 342 et s.; J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 182 et s.
- (273) Voir *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234, à la p. 263 et s.
- (274) Voir *Shmelzer v. Van Duyse*, [1964] R.P. 15 (C.S.); *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7, à la p. 18.
- (275) Voir P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, *op. cit.*, t. 5, p. 159 et s.; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 189 et s.; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 260.
- (276) Voir l'article 252 de ce Livre.
- (277) Voir G. BRIERE, *op. cit.*, p. 258.
- (278) Voir M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 235.

- (279) Voir *Mathison v. Shepherd*, (1909) 35 C.S. 29 (C.Rév.); *Harwood v. Moncel*, (1923) 61 C.S. 497; *contra: Tucker v. The Royal Trust Co.*, [1976] C.S. 895; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 153 et s.
- (280) Voir *Masson v. Masson*, (1912) 47 S.C.R. 42; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 304 et s.
- (281) Voir D.W.M. WATERS, *The Nature of the Trust Beneficiary's Interest*, (1967) 45 Rev. Bar. Can. 219.
- (282) Voir R.-H. MANKIEWICZ, *loc. cit.*, no 35 et s.
- (283) Voir les articles 625, 627 et 628; voir, aussi, *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283, à la p. 294.
- (284) Voir l'article 361 du Livre *Des successions*.
- (285) Voir *McGibbon v. Abbott*, (1885) 8 L.N. 267 (C.P.); *Lussier v. Tremblay*, [1952] 1 S.C.R. 389, à la p. 406; G. BRIERE, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 260.
- (286) Voir l'article 602 et, à ce sujet, *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; P.B. MIGNAULT, *A propos de fiducie*, *loc. cit.*, p. 75; *Louisiana Trust Code*, a. 1808.
- (287) Voir D.N. METTARLIN, *loc. cit.*, à la p. 216.
- (288) Voir l'article 635.
- (289) Voir l'article 254 de ce Livre.
- (290) Voir l'article 507 et s.
- (291) Voir J.-G. CARDINAL, *La fiducie du Code civil*, (1966) 26 R. du B. 522, à la p. 527 et 531.
- (292) Voir les diverses opinions exprimées dans *Dansereau v. Paquette*, (1940) 69 B.R. 90; *Erlanger v. Goldsobel*, [1961] B.R. 437; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 311 et s.; P. GRAHAM, *Some Peculiarities of Trusts in Québec*, (1962) 22 R. du B. 137, p. 145 et s.; R.-H. MANKIEWICZ, *loc. cit.*, no 63.
- (293) Voir M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 313; voir, aussi, les articles 195 et 196 du Livre *Des obligations*.
- (294) Voir les articles 197 et s. du Livre *Des obligations*; M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec*, *op. cit.*, no 128.
- (295) Voir *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234, aux p. 243 et 273; M. FARIBAULT, *Trust Business in Québec*, *loc. cit.* p. 387; A. J. McCLEAN, *loc. cit.*, p. 343 et s.
- (296) Voir l'article 606.
- (297) Voir *Masson v. Masson*, (1912) 47 S.C.R. 42; *Cogné v. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591.
- (298) Voir les articles 364 et 365 du Livre *Des successions*.

- 
- (299) Voir M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec, op. cit.*, no 174 et la jurisprudence qui y est citée; *Cogné v. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591; P. GRAHAM, *loc. cit.*, à la p. 148.
- (300) Voir M. FARIBAULT, *La fiducie dans la province de Québec, op. cit.*, no 187 et s.; *Abbott v. Fraser*, (1876) 20 L.C.J. 197 (C.P.).
- (301) Voir l'article 607.
- (302) Voir D.W.M. WATERS, *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, p. 265 et s. et p. 421 et s.
- (303) Voir l'article 607.
- (304) La règle élaborée en droit anglais par l'affaire de *Saunders v. Vautrier*, (1841) Cr. & Ph. 240; 4 Beav. 115; 41 E.R. 482 n'est pas retenue par le Projet. L'autorisation du tribunal est toujours nécessaire pour mettre fin à la fiducie.







Achevé d'imprimer le 9 juin 1978,  
sur les presses de l'imprimerie  
Thérien Frères (1960) Limitée, à Montréal.