

LE PRATICIEN ET CERTAINS ASPECTS DU CHANGEMENT CONVENTIONNEL OU JUDICIAIRE D'UN RÉGIME MATRIMONIAL, PENDANT LE MARIAGE

par JEAN-GUY BERGERON

Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	220
A. Le changement conventionnel de régime pendant le mariage	221
a) Le champ d'application de cette technique de changement et les avantages de son utilisation	221
1. Le champ d'application de cette technique de changement	221
2. Avantages de l'utilisation de la technique de changement conventionnel d'un régime	224
b) Les effets d'un changement conventionnel de régime dans le temps	225
1. Les effets remontent à la date du contrat de modification	225
2. Cette rétroactivité limitée n'empêche pas une plus large diffusion des règles de qualification des biens dans le temps	228
B. Le changement de régime par voie judiciaire	233
a) Le point de départ des effets du changement	233
1. Interprétation traditionnelle	233
2. La Réforme de 1970 nous oblige à modifier cette interprétation	235
b) La règle de qualification de la séparation de biens obtenue judiciairement se diffuse largement dans le temps	239
CONCLUSION GÉNÉRALE	239
ANNEXE	240

INTRODUCTION

Nous avons choisi d'analyser certains aspects du changement conventionnel et du changement judiciaire d'un régime matrimonial, pendant le mariage¹.

En premier lieu, nous tenterons de solutionner certains problèmes engendrés par le changement conventionnel, nouveauté du droit québécois rompant avec une tradition séculaire.

Ces problèmes se regroupent autour de trois questions importantes:

Quel est le champ d'application du formalisme décrété par les articles 1265 à 1266b du Code civil²?

Quels sont les effets dans le temps d'un changement conventionnel?

Quelle est la technique du changement conventionnel?

La question de la technique du changement conventionnel étant assez simple, nous limiterons notre étude aux deux premières questions.

En deuxième lieu, nous nous préoccupons de la séparation de biens judiciaire. Nous n'aborderons pas la question de son champ d'application, car les articles 1440 et 1441 C.c. lui donnent un contour bien défini; il revient au juge d'exercer sa discrétion pour voir si la situation présentée entre dans ce champ. La séparation de biens découlant d'une séparation de corps se moule au contour de cette dernière.

Par ailleurs, la question des effets dans le temps d'un changement judiciaire se présente tout naturellement, vu l'article 1442 C.c.

L'article 1442 C.c. nous confronte avec une dimension particulière des effets dans le temps, soit l'assujettissement des effets de la séparation de biens à l'exécution du jugement et la rétroactivité des effets au jour de la demande, une fois le jugement exécuté. Nous essayerons de démontrer que le législateur, en regroupant les modes

1. Nous n'envisageons pas le changement des conventions matrimoniales avant la célébration du mariage, tel que prévu par l'article 1264 C.c.

2. *Code civil de la province de Québec*, nous reproduisons ces articles, ainsi que certains autres, en annexe.

d'obtention d'une séparation de biens judiciaire dans le même article, a changé l'interprétation traditionnelle: par exemple, nous pensons que la séparation de biens découlant d'une séparation de corps a maintenant des effets rétroactifs au jour de la demande.

Ce particularisme de l'article 1442 ne devra pas nous faire oublier les autres dimensions de la question des effets dans le temps.

A

LE CHANGEMENT CONVENTIONNEL DE RÉGIME PENDANT LE MARIAGE

La législation de 1969³ permet aux époux de changer conventionnellement leur régime matrimonial même pendant le mariage; néanmoins, ces conventions ne seront valables que si elles se conforment à certaines règles impératives, soit les articles 1265 à 1266b du Code civil.

Cette mutabilité contrôlée est donc une nouvelle réalité qui justifie la démarche déjà proposée: le changement conventionnel obéissant à des normes strictes, il est impérieux de déterminer le champ d'application de cette technique de changement ainsi que les avantages de son utilisation; étant donné qu'un changement de régime substitue une situation juridique à une autre préexistante, il est nécessaire d'apprécier les effets de ce changement dans le temps.

a) Le champ d'application de cette technique de changement et les avantages de son utilisation

1. Le champ d'application de cette technique de changement

Une démarche importante consiste à décrire le champ d'application de cette technique. Le premier réflexe du praticien est évidemment de se conformer à ces règles impératives dans les cas où antérieurement à 1970 on concluait à une impossibilité de réaliser une convention parce qu'elle heurtait le "cadre matrimonial".

3. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, 1969 L. Qué., c. 77; cette loi est entrée en vigueur le 1er juillet 1970. Cette loi a opéré une véritable réforme des régimes matrimoniaux. Pour la désigner nous utiliserons dorénavant deux appellations courantes: soit la Réforme de 1970, soit le Bill X.

Pour connaître avec le plus de précisions possibles quels étaient ces cas, il fallait distinguer entre la *prohibition de changer le régime* et la *prohibition de faire certains contrats*. Rappelons-nous que l'ancien article 1265 C.c. prévoyait à la fois l'impossibilité de changer de régime et l'impossibilité pour les époux de se faire des donations entre vifs⁴.

La présence de ces deux règles dans le même article pouvait laisser entrevoir qu'elles étaient dépendantes l'une de l'autre. Me Louis Marceau nous expose l'autonomie des deux principes:

“La question d'admissibilité de principe des contrats entre mari et femme n'est donc pas, en Droit québécois, directement affectée par la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Bien sûr, comme toutes les autres règles légales organisant les rapports juridiques des époux, elle limitera considérablement leur liberté d'agir: toute convention ayant pour but ou pour effet de faire obstacle à quelque règle de leur régime conventionnel ou légal leur sera prohibée. Mais la prohibition n'en demeure pas moins spéciale et n'a pas pour objet un contrat que des époux feraient sans changer les données de leur pacte matrimonial. En d'autres termes, elle ne permet pas de nier *a priori* la possibilité pour des époux de recourir à quelque espèce de contrat: il faudra seulement que la convention nouvellement arrêtée ne contredise pas les conventions matrimoniales déjà existantes.”⁵

Un exemple simple peut nous permettre de visualiser ce principe de Me Marceau: on ne pouvait, durant le mariage, décider que tel bien serait propre alors que son régime le qualifiait de commun; mais on n'était pas obligé de maintenir tel bien dans son patrimoine, sinon les biens seraient devenus, à toutes fins pratiques, des biens hors commerce.

Depuis 1970, la prohibition pour les époux de faire certains contrats entre eux est disparue. Et au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux s'est substitué le principe d'une mutabilité

4. Parmi les autres contrats prohibés, il y avait ceux couverts par la prohibition velleienne (art. 1301 C.c.) et la vente entre époux (art. 1483 C.c.). A noter que le contrat de vente était considéré comme un contrat type, de sorte que la prohibition visait tout contrat n'ayant pour but que le transfert de propriété entre époux:

“Tous les contrats entre époux sont valables, sauf ceux qui, comme la vente, ont pour but unique d'opérer entre leur patrimoine respectif une mutation de propriété”.

Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, no 130, p. 156.

5. *Ibid.*, no 89, pp. 122, 123.

contrôlée. Il est donc important de se rappeler l'autonomie de ce dernier principe: aujourd'hui, par exemple, ce n'est pas parce que la donation est permise entre époux qu'elle pourra toujours se faire sans l'application des articles 1265 et ss. C.c.

Une bonne illustration de l'application des articles 1265 et ss. C.c., c'est la donation entre vifs contenue dans un contrat de mariage.

À supposer qu'un époux ait donné \$20,000.00 à son épouse payables dans les 10 ans; s'il veut faire une autre donation, il n'a qu'à suivre les règles ordinaires des donations. S'il veut ajouter \$10,000.00 à cette donation, mais à condition que toute la donation (donc y inclus les \$20,000.00 portés en son contrat de mariage) ne soit exigible que dans 15 ans, il porte atteinte à son *cadre matrimonial*.

S'il veut diminuer ou éteindre la donation qu'il a faite dans son contrat de mariage, plusieurs hypothèses sont possibles.

Ou il s'est réservé la possibilité de payer en tout temps avant le terme: il paie et sa femme peut lui remettre la somme. Ou le terme fixé est échu: ils peuvent agir de la même façon. Qu'arrive-t-il si le terme n'est pas échu? Nous pensons qu'il y a possibilité d'agir encore de la même façon. En effet, le terme est en faveur du donateur et il n'est pas impératif⁶. La rigidité du cadre matrimonial ne peut éliminer cette souplesse du terme.

Tout se fait alors en conformité avec le contrat de mariage: on respecte complètement sa charte.

À première vue, il semble donc suffisant de recourir à un moyen quelconque d'extinction de la donation pour éviter le formalisme des articles 1265 et ss. C.c.

Ainsi, la simple renonciation par la femme à la donation à elle consentie serait une démarche plus rapide. Cependant, elle heurte le cadre matrimonial: la femme éteint l'obligation de son mari, mais alors, elle abandonne directement un droit.

Il faudrait aussi se méfier d'un autre moyen assez rapide qui consisterait pour la femme à faire une donation et ainsi arriver à donner application aux règles de la compensation. En effet, plusieurs contrats de mariage portent la clause suivante:

6. Arts. 1090 et 1091 C.c.

“Les présentes donations sont faites à titre d'aliments et sont faites à la condition expresse que les biens et les argents donnés par les présentes et tous biens les remplaçant, aussi bien que les revenus en provenant, seront dispensés de toute saisie pour les dettes de la donataire, à moins que la donataire consente à ce qu'ils soient saisissables.”

En présence d'une telle clause, la compensation ne serait pas possible à cause de l'article 1190 C.c. qui mentionne en son paragraphe 3 l'impossibilité de compenser “une dette qui a pour objets des aliments insaisissables”⁷.

Sans l'établir en principe, nous pensons que nous pouvons énoncer une règle passablement générale:

Tous les modes d'extinction des obligations n'ont pas la même portée sur le cadre matrimonial. Ceux qui sont en même temps des modes d'exécution d'une obligation ne modifient pas ce cadre, contrairement à ceux qui ne font qu'éteindre une obligation, telle la remise. Le dénouement logique d'une obligation c'est son exécution et non sa simple extinction. Par une simple *remise*, on perturbe donc ce dénouement: alors, on change le pacte matrimonial.

2. Avantages de l'utilisation de la technique de changement conventionnel d'un régime.

Pour la modification des donations, il appert que la voie d'évitement des articles 1265 et ss. C.c. se situera dans des opérations souvent dédoublées. Le praticien qui veut ainsi minimiser les coûts et les procédures devra songer au moins aux deux embûches suivantes:

- Il y aura toujours le risque que les créanciers de la femme utilisent l'action paulienne⁸.
- Il y aura une double imposition sur les dons.

Or ces risques pourront être évités par les procédures de modification des conventions matrimoniales.

Pour ce qui est de l'action paulienne, les créanciers ne pourront l'utiliser si on leur a signifié la requête en homologation et s'ils ont négligé de s'opposer à son homologation: toute la modification leur est alors opposable.

7. La cause d'objection à la compensation étant en faveur de la femme, il n'y a qu'elle qui puisse la demander par le moyen d'une exception. Art. 1194 C.c.

8. Arts. 1032 et ss. C.c.

En ce qui concerne l'imposition des donations, c'est l'embûche décisive qui doit convaincre le praticien d'agir par un changement conventionnel de régime. En effet, son opération se situe alors toujours à l'intérieur d'un contrat de mariage, et c'est le seul moyen de bénéficier de l'espèce d'exemption de l'article 908 de la *Loi sur les impôts*⁹. Cette exemption fait que le contribuable n'est pas cotisable au moment où il fait la donation, mais au moment où il l'exécute.

Ainsi, les époux qui s'entendent pour réduire une donation devraient tout simplement faire renoncer le donataire par changement conventionnel de régime. Il serait aussi sage, pour ceux qui veulent consentir une donation en plus, sans l'exécuter immédiatement, de suivre ces formalités au moins pour des raisons d'ordre fiscal.

Enfin, signalons rapidement que cette technique est la seule valable pour faire des donations entre vifs essentiellement révocables par la seule volonté du donateur¹⁰. Elle permet en outre de créer des institutions contractuelles. En bref, elle permet d'établir, tout ce que dans son contrat de mariage original, on aurait pu établir comme conventions.

b) Les effets d'un changement conventionnel de régime dans le temps

La principale pierre d'achoppement du changement conventionnel se situe au niveau de ses effets dans le temps.

1. Les effets remontent à la date du contrat de modification

D'une part, Comtois affirme que le changement conventionnel a un effet rétroactif au jour du mariage¹¹.

9. 1972 L. Qué., c. 23 et modifications.

10. Art. 824 C.c.

11. Roger COMTOIS, *Les principales dispositions du Bill 10*, Cours de Perfectionnement, Chambre des Notaires, 1970, p. 120, question 3.

D'autre part, Caparros invoque l'impossibilité de reconnaître un tel effet rétroactif à ce changement¹². En effet, dit-il, il n'y a pas de rétroactivité à moins qu'elle ne soit déclarée expressément. En outre, prenant le jugement de séparation de biens à titre d'exemple, il nous signale que ses effets ne remontent qu'au jour de la demande¹³. Enfin, le changement conventionnel est une cause de dissolution du régime et sa conséquence essentielle est la liquidation du régime¹⁴; donc les biens devraient alors garder la nature que leur donne la liquidation.

On analyse alors le problème sous une seule dimension, à savoir *le point de départ des effets du changement*.

À cet égard, nous endossons l'opinion de Caparros: la rétroactivité, au jour du mariage, est impossible malgré la généralité de l'article 1261 C.c. qui fixe le point de départ de tout régime matrimonial au jour du mariage. Soutenir le contraire, c'est courir le risque de heurter le sens commun.

Un exemple nous aidera à comprendre.

Un époux, marié en communauté de biens, vend seul un immeuble de la communauté. Même s'il change son régime de communauté pour un régime de séparation de biens et si cet immeuble lui devenait un bien propre, cela n'empêcherait pas la femme d'exercer l'action en nullité de l'article 183 C.c.¹⁵. Il n'y a pas rétroactivité à l'égard des tiers acquéreurs¹⁶ eu égard aux pouvoirs des époux. Le conjoint n'abdique pas implicitement son droit

12. Ernest CAPARROS, *Le problème de la date d'entrée en vigueur du nouveau régime lors d'une mutabilité conventionnelle de régime matrimonial*, (1973) 14 C. de D. 335. Ernest CAPARROS, *Mutation conventionnelle du régime matrimonial: date d'entrée en vigueur*, (1974) 15 C. de D. 905: l'auteur réaffirme son interprétation en se fondant sur deux décisions du juge Beaudoin (*Pelletier et Bouchard*, requérants, C.S.Qué., no 11-094, 28 juin 1972; *Galibois et Turcotte*, requérants, C.S.Qué., no 11-093, 28 juin 1972, rapportée à (1974) 15 C. de D. 887): le juge Beaudoin décide que la date d'entrée en vigueur d'un changement conventionnel est le jour de l'homologation et qu'en outre les parties ne peuvent changer cette date.

13. Art. 1442 C.c.

14. V. arts. 1266r et ss., art. 1310, arts. 1338 et ss. C.c.

15. Elle a un intérêt suffisant, même si en pratique ça ne lui sera pas profitable.

16. Cette règle vise d'autres tiers:

– Il faut y inclure les créanciers garantis contre qui le défaut de pouvoir peut être invoqué par le conjoint: ex.: le créancier à qui le mari a consenti une hypothèque sur un immeuble commun sans le concours de son épouse.

– Nous incluons aussi tous les autres créanciers.

d'action. *La loi applicable est donc celle du temps où l'acte a été fait*: c'est d'ailleurs ce principe qu'a retenu le législateur lors de la réforme des régimes matrimoniaux¹⁷.

Caparros a donc raison d'exiger qu'une règle spécifique énonce la rétroactivité au jour du mariage, si on veut qu'elle existe.

À l'égard des époux, en se limitant exclusivement au point de départ des effets du changement conventionnel de régime, il existe encore un choix entre trois possibilités, le jour de la célébration du mariage étant exclu:

- le jour où le nouveau contrat a été fait,
- le jour de l'inscription de la requête en homologation,
- le jour de l'homologation.

Personnellement, nous pensons que l'article 1266 C.c. nous amène à choisir le jour où le contrat a été fait. L'homologation est, en l'occurrence, déclarative de droit: chacun reconnaît qu'un jugement déclaratif a un effet rétroactif. Or ici elle ne peut être déclarative que des droits constatés par le contrat, la requête n'étant qu'une procédure pour saisir le juge de ce contrat.

D'autre part, l'article 1266 C.c. exprime cette exigence sous la forme d'une condition suspensive¹⁸. Si le législateur avait voulu faire du jour de l'homologation le point de départ, n'aurait-il pas dit ceci à l'article 1266 C.c.:

“Toute convention entre époux ayant pour objet de modifier leur régime matrimonial ou leur contrat de mariage doit être constatée par acte notarié portant minute; elle n'a d'effet que du jour où elle est homologuée par le tribunal de leur domicile”?

À l'égard des tiers, l'article 1266b C.c. dispose que le changement conventionnel “n'a d'effet que par l'enregistrement d'un avis au registre central des régimes matrimoniaux”. Cette formulation nous oblige à ne retenir qu'une date, soit celle de l'enregistrement; la formulation ne sous-entend aucune condition suspensive: elle est équivalente à l'expression “elle n'a d'effet que du jour de l'enregistrement...”.

17. V. Bill X, art. 99 du texte original.

18. Or, suivant l'article 1085 C.c., la “condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée”.

2. Cette rétroactivité limitée n'empêche pas une plus large diffusion des règles de qualification des biens dans le temps.

La fixation du point de départ du changement conventionnel au jour du contrat constatant ledit changement ne doit pas nous faire oublier une autre dimension, soit celle de la diffusion des nouvelles règles de qualification des biens dans le temps. Nous illustrerons cette dimension par deux exemples.

— À l'occasion du contrat original, les règles établissant la composition des patrimoines réfléchissent souvent sur des biens possédés antérieurement au mariage, tant sous son rapport actif que sous son rapport passif. Ainsi quand deux époux choisissent la communauté de biens, les meubles dont ils ont la propriété avant de se marier sont des biens communs¹⁹, et leurs dettes mobilières d'avant le mariage font partie du passif commun²⁰.

Ainsi, à l'occasion d'un changement conventionnel de régime, il ne faudra pas se surprendre d'une pénétration des règles de qualification dans le passé: il est normal qu'elles aient une emprise sur des biens possédés avant le jour du changement.

— La liquidation d'un régime de communauté n'empêche pas l'application des règles de la communauté, nouvellement adoptée par un époux qui se marie en secondes noces: personne ne prétendra que les biens résultant de la liquidation du premier régime seront définitivement des biens propres.

De la même façon, la liquidation du régime original n'empêche pas l'application des règles de qualification des biens contenues dans le nouveau régime, suite à un changement conventionnel.

Mais à l'occasion d'un changement conventionnel de régime, cette diffusion des règles de qualification n'est acceptable que pour l'ACTIF.

L'admettre pour le PASSIF créerait un blocage du fonctionnement des règles de dissolution et de liquidation. De plus, on compromettrait les droits acquis des créanciers. D'ailleurs, si on y songe bien, c'est ce qui se passe en cas de remariage: l'*actif* résultant de la liquidation du premier régime sera sous l'emprise totale du

19. Art. 1272 C.c.

20. Art. 1280 C.c.

nouveau régime; par contre, les créanciers, sous le premier régime, ont droit d'être payés en vertu des règles du premier régime, mais suivant les règles gouvernant le passif après dissolution.

ACTIF

Retenons l'hypothèse d'un couple qui est marié en séparation de biens et qui, ensuite, opte pour la société d'acquêts. Pour liquider leur régime de la séparation de biens, les époux reprennent leurs biens respectifs, lesquels biens se qualifient toujours comme biens personnels. Si les époux disent dans leur contrat simplement ceci:

“Les futurs époux adoptent le régime de la société d'acquêts tel qu'établi par le Code civil de la Province de Québec”

il est certain qu'ils adoptent toutes les règles de la société d'acquêts.

Or, le réseau général de qualification des biens se résume ainsi: Tous les biens sont soit des propres, soit des acquêts; ceux dont on a la propriété avant le jour de la célébration du mariage sont des propres; les biens acquis ou échus ultérieurement seront soit des propres, soit des acquêts, selon les articles 1266d et ss. C.c.

À l'occasion d'un changement de régime, le législateur n'a pas cru bon de reformuler un réseau de qualification. C'est donc toujours le même qui existe et il est préférable qu'il en soit ainsi: malgré la dissolution et la liquidation du premier régime, les biens existants ne resteront pas dans un état statique de biens propres. *Le premier critère de classification est toujours le jour de la célébration du mariage et non le jour du contrat changeant le régime*: les biens qu'un époux a avant son mariage seront des propres; ceux qu'il acquiert ou ceux qui lui échoient par la suite, durant le mariage, *même avant le changement de régime*, seront des biens propres ou des biens acquêts selon les règles habituelles.

Cette interprétation est en outre conforme à la réalité pour les motifs suivants:

- i) Le législateur lui-même écarte explicitement certaines règles de qualification, lorsqu'il désire y faire exception.

Ainsi l'article 1266h C.c., traitant des pensions alimentaires, des pensions d'invalidité, des rentes et pensions de retraite non rachetables par anticipation, qualifie d'acquêts:

“... les produits et revenus qui en proviennent et qui sont échus ou perçus *au cours du régime* ...”

L'article 12661 C.c. qualifie d'acquêts tous les produits et revenus qui proviennent des droits de propriété industrielle et intellectuelle et qui sont perçus ou échus *au cours du régime*.

- ii) Si les époux énuméraient expressément chacune des règles de la société d'acquêts pour qu'elles leur soient applicables, nul ne douterait de la validité de telles clauses énumératives. La clause décrétant l'application de ces mêmes règles, mais de façon générale²¹, doit avoir exactement la même force obligatoire. Chaque règle non écartée devient forcément la loi des parties.

Cette interprétation semble plus difficile à retenir pour des époux qui passeraient de la communauté de biens à la société d'acquêts: en effet, en partageant les biens communs, la résultante sera d'attribuer aux époux des biens que, à première vue, aucune règle de la société d'acquêts ne qualifie; on oublie alors la règle générale de l'article 1266d C.c.²²:

"Les acquêts de chaque époux comprennent tous les biens non déclarés propres par une disposition de la présente section..."

Qu'arrivera-t-il des biens réservés de la femme?

Si elle accepte la communauté, ces biens entrent dans le partage de la communauté et la même règle générale s'impose.

Si elle renonce à la communauté, elle les garde francs et quittes suivant l'article 1425f C.c. L'article 1266d 2. du nouveau régime devra leur être applicable.

Nous constatons que le respect des règles de classification doit se faire en respectant les effets de la liquidation.

21. "Les futurs époux adoptent le régime de la société d'acquêts tel qu'établi par le Code civil de la Province de Québec".

22. — La manière d'approcher le problème serait semblable si les époux passaient de la société d'acquêts à la communauté de biens, car les biens acquêts partagés constitueraient des biens communs au sens de l'article général 1273 C.c.

— Eu égard à la disposition générale de l'article 1266d C.c., nous pensons même qu'elle exclura certaines règles particulières: le bien commun possédé par tel époux avant le mariage (1272.1 C.c.) ne pourra pas lui rester un propre selon 1266e.1 C.c.; la liquidation a "marqué" le bien.

En résumé, les règles particulières ou générales qualifieront les biens personnels à un époux; quand il s'agit d'un bien partageable, les règles générales de l'article 1273 C.c. et de l'article 1266d C.c. identifieront comme acquêts la part attribuée à chaque époux par le partage²³.

PASSIF

Les effets d'un changement conventionnel sur le passif s'analysent différemment. On ne peut unilatéralement²⁴ modifier le gage commun des créanciers: on affecterait alors les droits acquis par des tiers; cette affectation signifierait que le changement de régime a un effet *rétroactif* antérieur au jour du contrat constatant le changement: nous nous objectons à une telle proposition.

Les créanciers antérieurs au changement de régime seront donc payés suivant le régime de l'époque de la création de leurs créances. Mais ils seront payés suivant les règles non pas d'un régime encore en existence, mais plutôt suivant les règles d'un régime dissous et liquidé²⁵. Les créanciers des époux qui passent de la communauté à la société d'acquêts ne seront plus payés suivant les dispositions des articles 1290 et ss. C.c. mais plutôt selon les articles 1369 et ss. C.c. en cas d'acceptation de la communauté par la femme, et selon les articles 1353b, 1382 et 1425f C.c. en cas de refus de la communauté par la femme.

Dès lors, comment justifier la nécessité de signifier la requête en homologation à tous les créanciers²⁶?

En laissant s'opérer le changement, les créanciers risquent de venir en concours sur tel patrimoine avec des créanciers dont l'exécution n'aurait pu porter que sur d'autres patrimoines.

Ainsi, supposons que les créanciers du mari peuvent compter sur \$100,000.00 de biens communs. La femme a créé une dette de \$50,000.00 à laquelle s'est opposé le mari. Les créanciers du mari ne subissent donc pas le concours du créancier de la femme (art. 1290

23. Cette identification serait aussi vraie, relativement à toute la masse de biens communs conservée par le mari, pour le cas où la femme renoncerait à la communauté.

24. Unilatéralement, c'est-à-dire par les époux seuls sans l'accord des créanciers.

25. Dans la mesure où il y aura eu l'enregistrement d'un avis conformément à l'article 1266b C.c.

26. Art. 1266 C.c.

C.c.). Mais en laissant la communauté se dissoudre, ils risquent de voir passer une partie de leur gage commun à l'exécution de la dette de l'épouse. Les créanciers ont donc particulièrement intérêt à s'opposer à l'homologation pour qu'il n'y ait pas de partage. Quand il y a partage, les créanciers peuvent obtenir un nouveau débiteur, mais cela ne leur attribue pas un droit de suite capable de leur conférer une préférence²⁷.

Conclusions:

1- Même s'il est nécessaire de liquider le régime existant, lors d'un changement conventionnel, le réseau de qualification du nouveau régime doit atteindre tous les biens, sauf si la loi ou la convention²⁸ ne pose des limites.

Même en séparation de biens judiciaire, c'est ce qui existe; toutefois, cela est moins apparent parce qu'il en résulte un régime de séparation de biens, lequel régime ne prévoit aucune masse partageable; *mais tout bien est propre dorénavant, peu importe que l'effet de la séparation une fois exécutée ne remonte qu'au jour de la demande.*

2- Parce qu'il viserait les droits des tiers, un nouveau réseau de qualification du passif ne peut avoir d'emprise sur les dettes antérieures au changement de régime contrairement à l'actif. D'aucuns prétendent que nous retenons deux règles contradictoires: qualifier l'actif ne conduit-il pas à déterminer le gage commun des créanciers de l'un ou l'autre époux? L'actif serait pour eux tellement lié avec le passif, que pour les deux il conviendrait d'adopter l'uniformité de principes. Mais en payant les dettes suivant un régime dissous, nous détachons complètement l'actif du passif: après une

27. L'exemple paraît plus clair encore pour un régime de société d'acquêts liquidé:

Supposons le mari dont les créanciers peuvent compter sur \$100,000.00 d'acquêts. En liquidant, la femme touchera \$50,000.00. Le créancier de la femme et les créanciers du mari seront payés sur cette somme au prorata. En effet, l'article 1267d C.c. donne deux débiteurs aux créanciers du mari après partage, mais il ne leur donne pas de préférence.

Avant la liquidation, les acquêts du mari étaient le gage exclusif de ses créanciers.

Note: C'est la manière de liquider suggérée par la loi. Prudemment, les praticiens proposeront de partager l'actif amputé du passif non encore exigible, et éviteront ainsi le problème.

28. Par exemple, il est certain que conventionnellement les parties, passant de la séparation de biens à la société d'acquêts, peuvent limiter l'application des règles de leur nouveau régime aux biens acquis après le changement.

communauté liquidée, la créance ne s'exécute pas sur les biens communs, ou sur les propres, mais sur les biens de tel époux. N'est-ce pas la façon de procéder lors d'une séparation de biens judiciaire?

B

LE CHANGEMENT DE RÉGIME PAR VOIE JUDICIAIRE

Il y a deux façons d'obtenir une séparation de biens forcée: ou on peut intenter une action principale en séparation de biens lorsqu'il y a maladministration des biens éventuellement partageables²⁹; ou la séparation de biens sera la conséquence d'un jugement en séparation de corps³⁰.

a) Le point de départ des effets du changement

Le commencement des effets ne présente pas la même difficulté que lors d'un changement conventionnel: le législateur a prévu explicitement le cas.

Après avoir soumis l'interprétation traditionnelle des textes, nous en proposerons une autre que nous jugeons plus conforme au nouvel article 1442 C.c.

1. Interprétation traditionnelle

Une première disposition veut que la séparation de biens prononcée en justice remonte, quant à ses effets, au jour de la demande³¹.

À défaut par le législateur de prévoir expressément cet effet rétroactif, la séparation de biens judiciaire n'aurait eu d'effets qu'à compter du jugement, car il constitue un jugement "créatif de droits et d'obligations" et non "déclaratif de droits et d'obligations"; ces derniers jugements seuls voient leurs effets remonter automatiquement au jour de la demande³².

29. Arts. 1440 et 1441 C.c.

30. Art. 208 C.c.

31. Art. 1442 al. 1 C.c.

32. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, C. Theoret, Librairie de droit et de jurisprudence, T. VI, p. 275.

Ce premier principe est applicable à la "séparation de biens prononcée en justice": cette expression a pour but d'englober exclusivement les "séparations de biens" qui ont leur autonomie³³ et non celles qui ne sont qu'une conséquence d'un jugement en séparation de corps. Quand elle est un des effets de la séparation de corps, la séparation de biens commence au jour du jugement³⁴.

Le deuxième principe de l'article 1442 C.c. a pour but d'éviter d'accorder des effets à une séparation de biens fictive, n'ayant pour fin principale, par exemple, que l'élimination des droits des créanciers, et non la correction d'une mauvaise administration: de là, la nécessité d'exécuter le jugement pour qu'il entraîne une modification du régime. On comprend donc que la séparation de biens prononcée en même temps ou tout simplement découlant d'une séparation de corps, soit détachée de cette exigence.

Le régime de communauté ou de société d'acquêts ne peut convenir à deux personnes qui devront désormais vivre chacune pour soi; c'est à la lumière de cette réalité que le législateur a attribué comme conséquence immédiate à une séparation de corps, la séparation de biens. Sous cet éclairage, il semble que, dans ce cas, il soit suffisant que les effets de la séparation de biens commencent au même jour que ceux de la séparation de corps, soit au jour du jugement prononçant cette dernière³⁵.

Ainsi, à notre avis, en est-il de la séparation de biens, non exécutée, prononcée distinctement mais en même temps que la séparation de corps, car les motifs de celle-ci sont les seuls à soutenir celle-là; la non-exécution fait présumer l'absence de motifs sérieux capables de générer les effets normaux du jugement de séparation de biens.

Si nous voulons résumer les règles énoncées, nous arrivons au schéma suivant:

-
33. Celle découlant d'une action particulière en séparation de biens.
Celle découlant d'une action particulière en séparation de biens mais jointe à une action en séparation de corps.
 34. Le jugement en séparation de corps est créatif de droits. À défaut de stipulation explicite au contraire, les effets de cette séparation ne peuvent commencer qu'au jour du jugement.
 35. Nous verrons ultérieurement que cette impression constitue une demi-vérité.

1. La séparation de biens autonome:

Ses effets remontent au jour de la demande, moyennant exécution du jugement. Aucun effet en l'absence d'exécution.

2. La séparation de biens greffée à une séparation de corps:

Ses effets remontent au jour de la demande, moyennant exécution du jugement de séparation de biens.

Ses effets commenceront au jour du jugement de séparation de corps, même en l'absence de l'exécution du jugement de séparation de biens.

3. La séparation de biens conséquent à la séparation de corps:

Ses effets commencent dès le jour du jugement de séparation de corps.

Malgré l'exécution de la séparation de biens, ses effets ne remonteront jamais au jour de la demande.

Ce schéma est en conformité avec l'interprétation des anciens articles 1312 et 1314 C.c.³⁶ et avec les effets reconnus à la séparation de corps à ce moment-là³⁷.

2. La Réforme de 1970 nous oblige à modifier cette interprétation

La volonté du législateur était vraisemblablement de maintenir cette interprétation avec l'article 1442 C.c.

- 1- Il énonce le principe de la rétroactivité des effets au jour de la demande: c'est la reprise de l'ancien article 1314 C.c.
- 2- Il énonce le principe de l'assujettissement de la séparation de biens à l'exécution: c'est la reprise de l'ancien article 1312 C.c.
- 3- Enfin, il y énumère les exceptions à cette nécessité d'exécuter: c'est la consécration de la reconnaissance des effets attachés à la séparation de corps.

36. *Code civil de la province de Québec*, avant le 1er juillet 1970.

37. Roger COMTOIS, *Traité de la Communauté de biens*, Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, no 118.
MIGNAULT, *op. cit.*, p. 276.

Néanmoins, nous croyons que le législateur s'est écarté de cette interprétation en joignant tous ces principes dans un même article.

"La séparation de biens prononcée en justice", dans ce contexte d'interdépendance des textes, est une expression assez large pour englober toutes espèces de séparations de biens judiciaires, y compris celle découlant d'une séparation de corps.

Voici les arguments que nous invoquons pour soutenir cette interprétation:

1- Au 2e alinéa de l'article 1442 C.c., le pronom "Elle" est employé à trois reprises. Les deux premières fois qu'on l'utilise, il tient certainement la place de l'expression complète "*la séparation de biens prononcée en justice*", et non de l'expression raccourcie "*la séparation de biens*". Il est clair qu'on veut exiger l'exécution de "*la séparation de biens prononcée en justice*".

Quand le législateur utilise ce même pronom "Elle" une troisième fois, il réfère donc aussi à l'expression complète. Mais cette utilisation relie à cette expression "*la séparation de biens jointe à un jugement de séparation de corps*" ou "*la séparation de biens résultant du jugement de séparation de corps*". Ce rattachement colore donc tout le sens à donner aux mots; *dès qu'il s'agit d'une séparation de biens obtenue à la suite d'un jugement*, par opposition à celle résultant d'un changement conventionnel de régime, *nous devons décider que "c'est une séparation de biens prononcée en justice"*.

2- La version anglaise de l'expression "la séparation de biens prononcée en justice" confirme cette qualification générale:

"Separation of property judicially obtained..."

Le mot "*obtained*" a un sens plus général que le mot "*decided*" qui aurait été plus proche parent du mot français "*prononcée*", tel qu'on voudrait l'entendre pour maintenir l'interprétation traditionnelle.

Le mot "*obtained*" a assez d'amplitude pour qu'on admette qu'une séparation de biens découlant d'une séparation de corps "*is judicially obtained*".

3- N'est-il pas exact de prétendre en outre qu'un juge en "prononçant" sur le principal, i.e. la séparation de corps, *prononce* sur ses conséquences accessoires qui y sont de toute

nécessité rattachées, parce qu'elles dérivent de l'essence même du principal³⁸.

Il est des mesures accessoires conséquentes à la séparation de corps qui ne sont pas aussi intimement reliées à la séparation de corps: la garde des enfants et la pension alimentaire. Aussi faut-il les demander expressément au tribunal pour qu'il se prononce spécifiquement.

Donc en "prononçant" sur la demande de séparation de corps, le juge "prononce" sur ses composantes et la séparation de biens est de celles-ci.

Si nous acceptons l'interprétation suggérée, nous établissons le tableau suivant:

- 1- Toutes les séparations de biens obtenues judiciairement remontent, quant à leurs effets, au jour de la demande.
- 2- Pour les séparations de biens judiciaires découlant d'un jugement autonome et non jointes à un jugement de séparation de corps, les effets sont suspendus jusqu'à l'exécution du jugement.
- 3- Pour toutes les autres séparations de biens judiciaires, les effets ne sont pas conditionnels à l'exécution du jugement.

Nous pensons qu'il est opportun que toute séparation de biens judiciaire voie ses effets remonter au jour de la demande pour les deux motifs suivants:

- 1- Le contexte habituel de durcissement, conduisant souvent à des gestes démesurés et incontrôlables, justifie largement une protection pécuniaire rétroactive au jour de la demande.
- 2- Les autres mesures de protection, à savoir la saisie avant jugement (art. 814 C.P.C.), la dénonciation de la demande au registrateur (art. 815 C.P.C.), sont applicables tant à la séparation de biens qu'à la séparation de corps. Ne serait-il pas aussi normal de lui reconnaître la mesure de protection que constitue la *rétroactivité*? Ne serait-elle pas la meilleure garantie de l'efficacité des autres mesures?

Le tableau nous démontre l'inutilité de joindre une demande de séparation de biens à une demande de séparation de corps, car à elle

38. Du moins, ainsi l'a voulu le législateur à l'article 208 C.c. en décrétant l'automatisme de la séparation de biens dans cette circonstance.

seule la séparation de corps entraîne des effets aussi complets. Cette situation est désirable. Pourquoi exiger de multiplier les procédures et les frais? Cette exigence s'inscrirait en marge de la préoccupation juridique actuelle.

La nécessité de l'exécution pour la séparation de biens autonome se justifie peut-être, mais à ce compte il faudrait l'encadrer dans un délai. Sinon, les tiers seront dans l'incertitude.

Le législateur a cru bon de limiter cette incertitude pour les actes faits par un époux en outrepassant les pouvoirs que lui accorde son régime matrimonial: le délai est de deux ans suivant l'article 183 C.c.

Antérieurement, le délai minimal reconnu pour l'action en nullité était le délai de prescription général, soit trente ans³⁹.

Nous croyons qu'un délai de deux ans serait évidemment trop long. En France, les parties ont trois mois pour commencer les opérations de liquidation et un an de la date du début des opérations pour les terminer⁴⁰, sinon la séparation de biens est nulle.

L'exemple le plus simple peut nous montrer l'incertitude du tiers acquéreur en l'absence d'un délai pour l'exécution, vu l'effet rétroactif que cette dernière entraîne.

Supposons une demande en séparation de biens le 18 novembre 1970, par une épouse mariée en communauté. Le 18 novembre 1971, le mari achète un immeuble. Le jugement intervient le 18 novembre 1972. L'immeuble est revendu le 18 novembre 1974 sans le concours de la femme.

Tant qu'il n'y aura pas d'exécution du jugement de séparation de biens, et que les délais de l'article 183 C.c. ne seront pas écoulés, le tiers risquera une action en nullité. En effet, les époux sont encore en communauté et le mari a vendu un immeuble de la communauté sans le consentement de sa femme.

39. La doctrine préconisait entre 1964 et 1970 une action en nullité ouverte à la femme mariée en communauté seulement si le partage lui accordait le bien que son mari avait aliéné sans son concours.

V. Roger Comtois, *supra*, *op. cit.*, p. 363.

La jurisprudence accordait une action en nullité immédiate, (*Rossy c. Cinq-Mars*, 1966 C.S. 423; *Taillefer c. Damien*, 1970 B.R. 975), le délai de prescription étant celui de l'article 2242 C.c.

40. *Code civil français*, art. 1444.

Si la femme exerce l'action en nullité avant qu'il n'y ait exécution, cette exécution n'affectera pas évidemment l'intérêt de la femme à prendre son action: au moment où elle exerce son action, l'immeuble est encore commun. L'exécution postérieure ne peut faire perdre ce droit acquis.

S'il y a exécution du jugement, l'immeuble sera naturellement un bien propre, parce que le mari l'aura acquis alors qu'il est réputé avoir le régime de la séparation de biens.

b) La règle de qualification de la séparation de biens obtenue judiciairement se diffuse largement dans le temps.

À l'occasion de notre conclusion sur l'étude du changement conventionnel, nous avons précisément utilisé l'exemple de la séparation de biens judiciaire pour raffermir notre position.

Nous soulignons de nouveau que la séparation de biens judiciaire entraîne, elle aussi, une dissolution et une liquidation d'un régime.

Le nouveau régime étend sa seule et unique règle de qualification des biens (art. 1437 C.c.) à la totalité de l'actif. Si nous n'appliquons pas d'autres règles de qualification, c'est parce qu'il n'en existe pas.

Pour le passif, en cas de séparation de biens judiciaire, il est encore plus évident qu'on ne peut priver les tiers de leurs droits acquis: l'article 1446 C.c. leur permet de

“... se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits.”

La reconnaissance de la diffusion dans le temps des règles de qualification d'un nouveau régime, quand il y a changement, n'est donc pas un principe nouveau. Ce principe a toujours été sous-jacent à tout changement de régime résultant d'une séparation de biens judiciaire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous croyons que le législateur a agi sagement en formulant ses règles de la façon indiquée.

Pour le changement conventionnel, la situation qu'il a engendrée assure la pleine équité aux époux et aux tiers.

Pour le changement judiciaire, le texte même du nouvel article 1442 C.c. donne heureusement prise à une interprétation différente de l'interprétation traditionnelle. Par ailleurs, il serait indiqué que le législateur prévoit deux choses: d'une part qu'il fixe un délai pour l'exécution du jugement en séparation de biens, d'autre part qu'il soumette toute séparation de corps à la publicité imposée par l'article 818 C.P.C., s'il est vrai que la séparation de biens qui en découle a effet du jour de la demande.

ANNEXE

Certains textes de lois

1- Avant la Réforme de 1970

Art. 1265 C.c.: Après le mariage, il ne peut être fait aux conventions matrimoniales contenues au contrat, aucun changement pas même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli.

Les époux ne peuvent non plus s'avantager entre vifs si ce n'est conformément aux dispositions de la loi qui permettent au mari, sous certaines restrictions et conditions, d'assurer sa vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants.

2- Suivant la Réforme de 1970

Art. 1261 C.c.: Le régime matrimonial, qu'il soit légal ou conventionnel, prend effet du jour de la célébration du mariage; on ne peut stipuler qu'il prendra effet à une autre époque.

Art. 1265 C.c. Il est loisible aux époux pendant le mariage de modifier leur régime matrimonial ainsi que leur contrat de mariage pourvu que, par une modification ainsi faite, ils ne portent pas atteinte aux intérêts de la famille ni aux droits de leurs créanciers.

Les donations portées au contrat de mariage ne peuvent néanmoins être modifiées que du consentement de tous les intéressés.

Art 1266 C.c.: Toute convention entre époux ayant pour objet de modifier leur régime matrimonial ou leur contrat de mariage doit être constatée par acte notarié portant minute; elle n'a d'effet que si elle est homologuée par le tribunal de leur domicile.

La requête en homologation, avec avis du jour de sa présentation, doit être signifiée à tous les créanciers de chacun des époux et, le cas échéant, à toutes les personnes encore vivantes qui étaient parties au contrat de mariage; à cette requête doit être annexée une liste des créanciers de chacun des époux et de la communauté ou de la société d'acquêts, s'il y a lieu, avec un bilan indiquant l'actif et le passif de chacun des époux et de la communauté ou de la société d'acquêts, s'il y a lieu. Avis de la requête, de la date et du lieu de sa présentation doit en outre être publié en la manière prévue à l'article 139 du Code de procédure civile.

Art. 1266a C.c.: Le jugement d'homologation doit être signifié sans délai par le protonotaire ou, suivant le cas, le greffier du tribunal qui l'a rendu, au dépositaire de la minute du contrat de mariage original et au dépositaire de la minute de tout acte modifiant le régime matrimonial. Le dépositaire de la minute est tenu de faire mention du jugement qui lui a été signifié sur la minute et sur toute copie qu'il en délivre, en indiquant la date du jugement, le numéro du dossier, le nom du district et celui du tribunal.

Il en est de même pour tout jugement qui fait droit à une demande en séparation de biens, en séparation de corps, en nullité de mariage ou en divorce.

Art. 1266b C.c.: L'acte fait en vertu des dispositions des articles 1264 et 1266 n'a d'effet à l'égard des tiers que par l'enregistrement d'un avis au registre central des régimes matrimoniaux. Cet avis énonce:

1° Les noms et prénoms des époux, de même que leur date de naissance;

2° Les noms et prénoms du père et de la mère de chacun des époux, s'ils sont connus;

3° La date de l'acte, de même que les nom, prénoms et domicile d'exercice du notaire qui l'a reçu;

4° La date de l'acte constatant les conventions matrimoniales qui ont fait l'objet d'un changement, de même que les nom, prénoms et domicile d'exercice du notaire qui l'a reçu;

5° La date du jugement d'homologation, de même que le numéro du dossier, le nom du district et celui du tribunal, le cas échéant.

Art. 1442 C.c.: La séparation de biens prononcée en justice remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Elle est sans effet tant qu'elle n'a pas été exécutée en la manière réglée au Code de procédure civile, à moins qu'elle ne soit jointe à un jugement de séparation de corps ou ne résulte de ce jugement.

3- Art. 99 de la Loi de 1969:

Les conjoints qui se sont mariés avant le 1er juillet 1970 ont désormais la capacité et les droits que la présente loi leur reconnaît suivant leur régime matrimonial.

Le présent article ne porte atteinte à aucun contrat, ni à aucune obligation existants.

Toute action intentée avant le 1er juillet 1970 peut être continuée comme si la présente loi n'avait pas été adoptée.