

L'Enregistrement des donations par contrat de mariage*

Roger Comtois**

Demandons-nous d'abord quel est le but de cette mesure. L'enregistrement se justifie-t-il aujourd'hui, autant que lors de la codification? Même s'il fallait répondre négativement à cette question, cela n'empêcherait pas l'application des règles que nous allons maintenant analyser. Même si les règles sont devenues désuètes, en pratique, tant qu'elles n'ont pas été supprimées du Code, il faut bien les appliquer.

Les codificateurs écrivent, sous l'article 54¹ du Projet, ce qui suit:

La section suivante a rapport à l'enregistrement. Il remplace par statut l'ancien mode de l'insinuation au greffe.

Entre les tiers acquéreurs ou créanciers dont les intérêts viennent en conflit, les lois ordinaires concernant l'enregistrement des droits réels s'appliquent aux donations comme aux autres actes translatifs d'immeubles. Mais notre ancien droit requérait avant ces lois une publicité plus générale en fait de donations, y assujettissant également les biens meubles. Les créanciers, qu'il est plus facile de frauder par un acte simulé tacitement où une déclaration d'acceptation suffit, que par une prétendue vente où la simulation du prix se pourrait prouver, du moins en dernier recours par le serment des parties, ont droit à n'être pas trompés dans l'exercice de leurs actions par une possession frauduleusement retenue; on a regardé comme motif additionnel en faveur de l'enregistrement l'intérêt de l'héritier, qui doit pouvoir connaître si ce qu'il croit accepter est réellement à lui. Aussi nos lois d'enregistrement, loin d'abolir cette formalité quant aux donations comme telles, l'ont au contraire expressément ordonné.

Mignault² s'inspirant de ces motifs dit que l'enregistrement des donations se justifie tant par l'intérêt du donateur, que par l'intérêt des héritiers du donateur et celui des tiers.

a) L'intérêt du donateur: la crainte de cette publicité peut empêcher de faire une libéralité immodérée, scandaleuse;

b) Les héritiers du donateur ont intérêt à l'enregistrement: ils sont informés de la donation et de la diminution du patrimoine de leur auteur, avant d'être appelés à accepter la succession du donateur;

* Un extrait du livre à venir, *Essai sur les donations par contrat de mariage*.

** Notaire, docteur en droit, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

¹ *Cinquième Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles*, Code civil du Bas Canada, (Québec, 1865), t. 2, pp. 160 et 162, ci-après appelé le Cinquième Rapport. Art. 54 du Projet est maintenant art. 804 C.c.

² *Droit civil canadien*, t. 4, (Montréal, 1899), p. 147.

c) Quant aux tiers, qui ont déjà contracté avec le donateur et qui pourraient le faire après la donation dans l'ignorance de cette disposition, l'enregistrement a aussi son utilité.

Billette³ critique avec raison ces motifs.

a) L'intérêt du donateur. Ce motif ne paraît pas sérieux. Billette estime même que ce motif est tout simplement ridicule. Peut-on soutenir sérieusement que la publicité de la donation va empêcher un donateur de disposer de ses biens! Cela ne paraît pas sérieux à notre époque où l'on connaît la pleine liberté de contracter et de tester. S'il fut un temps où un donateur pouvait être gêné par ce mode de publicité, il faut bien reconnaître que cette époque est depuis longtemps révolue.

b) L'intérêt des héritiers du donateur. Ce motif, toujours suivant Billette, ne paraît guère plus sérieux. A ce compte, dit-il, il faudrait exiger l'enregistrement de toute créance.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est le remède approprié dans tous ces cas.

c) L'intérêt des tiers.

Nous ne voyons pas bien la protection qu'assurerait aux tiers la publicité de donations faites postérieurement. Et quant aux contrats postérieurs, serait bien irréflecté et imprudent celui qui se fierait aux apparences, à notre époque moderne.

Et Billette conclut:

Au-delà des règles de l'enregistrement des droits réels qui protègent les tiers dans leurs acquisitions et leurs créances hypothécaires, etc., nous ne voyons dans l'enregistrement des donations, qu'un pur formalisme hérité de l'ancien droit, et auquel on n'a pas eu le courage de renoncer. Qui n'admettra que l'enregistrement des donations mobilières ne soit autre chose qu'une vaine et ridicule formalité? Qui, héritier ou tiers, va jamais au bureau d'enregistrement du domicile du donateur au moment de la donation, pour s'assurer de l'enregistrement d'un contrat de mariage ou d'un don, avant d'accepter une succession ou de vendre, prêter ou contracter d'une manière générale? Il n'y a absolument aucune raison digne de ce nom, qui puisse autoriser ce formalisme d'un autre âge et plus tôt on l'aura fait disparaître, plus tôt disparaîtra une source féconde d'injustices flagrantes et de déboursés inutiles. On n'a qu'à consulter les recueils de jurisprudence, et l'on verra combien de justes dons ont été détournés de leur objet par une simple et pure question de formalité.

Cela est d'autant plus vrai que l'enregistrement des donations mobilières est extrêmement difficile à vérifier. Comme il n'existe pas d'index aux noms qui soit parfait, dans un ordre alphabétique efficace, une foule de donations sont enregistrées et il est impossible

³ *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, *Donations et testaments*, (Montréal, 1933), pp. 528-529.

au tiers de les découvrir à l'enregistrement. La même remarque ne s'applique pas, toutefois, aux donations d'immeubles.

Le véritable motif de ce formalisme, se trouve plutôt dans l'ancien droit où existait les réserves héréditaires au profit de la famille en ligne descendante. Nous comprenons très bien la rigueur de ces dispositions dans un droit qui empêche un propriétaire de transmettre des biens en dehors de sa famille légitime. Mais aujourd'hui, alors que l'on connaît la liberté illimitée de tester, ce formalisme n'a plus sa raison d'être. Quoi qu'il en soit, comme nous le disions au début de ce chapitre, tant que ces règles n'auront pas disparu du Code, il faut en étudier l'application. Et, il y a une raison de plus: pour le cas où l'on ferait disparaître dans notre droit familial la liberté de tester, pour établir une légitime ou une réserve, il importe de bien connaître ce système et de se demander si ce moyen peut être utilisé dans un droit nouveau pour sanctionner l'obligation familiale de transmettre ses biens à ses proches.

Nous allons étudier les points suivants: en quoi les règles de l'enregistrement des donations diffèrent-elles des règles générales de l'enregistrement? L'enregistrement des donations par contrat de mariage est-il soumis aux mêmes dispositions que l'enregistrement des donations ordinaires? Quand faut-il enregistrer une donation par contrat de mariage? Où doit s'effectuer l'enregistrement des donations par contrat de mariage? Quelles sont les conséquences du défaut d'enregistrement des donations par contrat de mariage? Et, en corrélaire, nous étudierons le problème extrêmement important du caractère onéreux ou gratuit des conventions matrimoniales comportant «donation».

L'ENREGISTREMENT DES DROITS REELS ET L'ENREGISTREMENT DES DONATIONS — DISTINCTIONS

Le Code civil, à propos de l'enregistrement des donations, rappelle⁴ que les effets de l'enregistrement des donations entre vifs et du défaut de cet enregistrement, quant aux immeubles et aux droits réels, sont réglés par les lois générales sur l'enregistrement des droits réels. Et l'article 807, reprenant le même thème, énonce:

Les donations faites en ligne directe par contrat de mariage ne sont pas affectées faute d'enregistrement *quant à ce qui excède les effets des lois générales d'enregistrement.*

Or il faut se demander maintenant en quoi l'enregistrement des donations est différent de l'enregistrement des droits réels ordinaires. Notons quatre distinctions principales.

⁴ Art. 805 C.c.

1. Le défaut d'enregistrement d'un acte de vente, par exemple, ne peut être opposé que par un tiers acquéreur, à certaines conditions. L'aliénateur et ses héritiers, ne peuvent pas invoquer le défaut d'enregistrement. Les créanciers ne le peuvent pas non plus.

Or, quand il s'agit d'une donation, le défaut d'enregistrement peut être invoqué, suivant les articles 805 et 806, par les héritiers et légataires du donateur, ses créanciers et tous autres intéressés.

Un contrat à titre onéreux est parfait par le seul consentement des parties. Dans le cas d'un contrat à titre gratuit, cette proposition est moins vraie. La donation est sans doute parfaite entre le donateur et le donataire par le seul consentement des parties. Mais, à l'égard des héritiers du donateur et de ses créanciers, la proposition ne tient plus. C'est dire que l'enregistrement est une condition de forme sinon essentielle, du moins naturelle à la perfection d'une donation. Une donation n'est valable, à toutes fins pratiques, que si elle a été enregistrée.

Ce principe et cette distinction s'expliquent bien dans une illustration pratique des dispositions de l'article 807 C.c. :

Les donations faites en ligne directe par contrat de mariage ne sont pas affectées faute d'enregistrement quant à ce qui excède les effets des lois générales d'enregistrement.

Supposons que le père du futur époux est intervenu dans un contrat de mariage pour faire une donation à son fils. Il lui a donné une somme d'argent et un immeuble. La donation est exempte d'enregistrement comme donation. Mais quant à la transmission de l'immeuble, elle doit être enregistrée, suivant les règles générales d'enregistrement, pour être opposable au tiers. C'est ainsi que si la donation n'a pas été enregistrée, comme c'est le cas dans l'hypothèse, et que le père a vendu le même immeuble à un tiers acquéreur, pour valeur, et que cet acte d'acquisition a été enregistré, le tiers acquéreur pourra revendiquer l'immeuble entre les mains du futur époux. Mais il ne pourrait pas revendiquer la somme de deniers qui est l'objet de la donation. Au surplus, les héritiers du père et ses créanciers ne pourront pas s'opposer à l'efficacité de cette donation sous le motif qu'elle n'a pas été enregistrée.

2. L'article 2085 du Code civil énonce également une règle qui pose une distinction entre l'enregistrement des actes à titre onéreux et l'enregistrement des donations: «[L]'avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non enregistré appartenant à un tiers et soumis à la formalité de l'enregistrement, ne peut préjudicier aux droits de celui qui a acquis [l'immeuble] depuis pour valeur, en vertu d'un titre dûment enregistré, sauf les cas où l'acte procède d'un failli». Un tiers acquéreur de l'immeuble a été notifié d'une vente faite

du même immeuble, antérieurement. Cette notification ne saurait lui causer préjudice et il pourra demeurer en possession de l'immeuble, s'il a lui-même enregistré son titre. Mais si ce tiers avait acquis l'immeuble à titre gratuit, la notification qu'on lui aurait faite d'une transaction antérieure, quoique non enregistrée, lui serait opposable.

3. L'enregistrement, en général, s'applique aux droits réels immobiliers. Le titre même du chapitre est révélateur: «De l'enregistrement des droits réels». Le mot «réels» est pris dans son sens anglais: «*real property*» par opposition à «*personal property*», c'est-à-dire les immeubles par opposition aux meubles. En donation, la règle est différente. Toutes donations, même mobilières, doivent être enregistrées. Il faut cependant remarquer que, en matière mobilière, la possession et la tradition publique peuvent être une cause d'exemption d'enregistrement, ce qui n'a pas lieu pour les immeubles. Nous étudierons cette règle plus loin.

4. Enfin, en matière de donation, le législateur a imposé à certaines personnes le devoir et l'obligation de procéder à l'enregistrement. L'article 810, troisième alinéa, énonce que le mari, les tuteurs et administrateurs et autres sont tenus de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu.

L'ENREGISTREMENT DES DONATIONS ORDINAIRES ET L'ENREGISTREMENT DES DONATIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE

Après avoir dit en quoi l'enregistrement des donations est assujéti à des règles différentes de l'enregistrement des actes ordinaires, il faut se demander si l'enregistrement d'une donation faite en un contrat de mariage est soumis aux mêmes règles que l'enregistrement d'une donation ordinaire.

En principe, les mêmes règles s'appliquent à ces deux donations. Il y a toutefois lieu d'observer certaines particularités à propos de l'enregistrement des donations par contrat de mariage:

a) Les donations faites par des ascendants sont exemptées de l'enregistrement;

b) La dispense d'enregistrement quant aux donations mobilières suivies de tradition et de possession publique offre certaines particularités à propos des donations de meubles faites en un contrat de mariage; et

c) Le mari est obligé d'enregistrer les donations consenties à sa femme, sous les réserves que nous dirons.

a) Les donations en ligne directe par contrat de mariage. Article 807 C.c.

Les codificateurs disent au sujet de cet article:^{4a}

La donation en ligne directe par contrat de mariage n'y est sans doute soustraite (à la nécessité de l'enregistrement) que parce qu'on lui suppose une publicité suffisante; quoiqu'il en soit, cette exception de l'ancien droit a été conservée.

On voit là que l'ancien droit n'a jamais eu d'objection aux donations faites aux membres de la famille en ligne directe descendante.

Billette⁵ note avec raison que s'il manque l'une des deux conditions posées au premier paragraphe de l'article 807, soit: a) une donation en ligne directe et b) faite dans un contrat de mariage, l'enregistrement est requis suivant la règle générale de l'article 806.

Et Billette pose un cas particulier:

Ainsi, l'ascendant, suivant l'article 820, peut donner, non seulement aux futurs époux, mais à leurs frères et soeurs. Quant à ces derniers, la donation est évidemment en ligne directe et par suite, ne requiert pas l'enregistrement.

Par ailleurs, suivant le même article,

«... [L]es parents autres que les ascendants et même les étrangers, peuvent dans un contrat de mariage, donner, mais des biens présents seulement, à des tiers, parents ou étrangers, pourvu que les époux ou leurs enfants à naître soient avantagés par la même disposition, soit en biens présents, soit en biens à venir.⁶

La donation de biens présents que feraient en même temps ces tiers, parents ou étrangers, en ligne directe, devrait-elle être enregistrée? Nous ignorons si le législateur a jamais pensé à cette alternative, si même elle a été considérée par l'ancien droit. Mais il nous semblerait qu'elle entrerait dans les termes du premier paragraphe de l'article 807, et que les héritiers ou créanciers du donateur, ou autres intéressés, ne pourraient soulever le défaut d'enregistrement, quant aux donataires en ligne directe, *bien qu'ils pourraient l'invoquer quant aux futurs époux avantagés en même temps*. Sans l'enregistrement, la donation à ces derniers serait sans effet, alors qu'elle aurait tout son effet à l'égard des donataires en ligne directe. Le formalisme conduit toujours à de semblables et ridicules situations.⁷

On aura noté, au passage, que cette exemption vaut tant pour les biens présents que pour les biens à venir, donc tant pour les donations entre vifs que pour les donations à cause de mort.

b) Donation d'effets mobiliers avec tradition réelle et possession publique.

^{4a} Cinquième Rapport, *loc. cit.*, p. 162.

⁵ *Op. cit.*, p. 541.

⁶ Voir art. 818 C.c.

⁷ Billette, *op. cit.*, p. 541.

C'est l'article 808, qu'il s'agit maintenant d'interpréter à la lumière des circonstances propres au contrat de mariage: les donations d'effets mobiliers, soit universelles, soit particulières, sont exemptées de l'enregistrement lorsqu'il y a tradition réelle et possession publique par le donataire.

Il faut d'abord remarquer que le don manuel qui est exempt de toute forme quelconque et dispensé d'enregistrement, peut difficilement avoir lieu entre époux, car les donations sont défendues entre époux. Pour qu'une donation soit possible, il faut qu'elle ait été prévue dans le contrat de mariage.

Il y a plus, l'exemption n'a lieu que s'il y a tradition et possession publique. La possession du donataire ne doit pas être équivoque, bien au contraire elle doit être apparente pour tout le monde et elle doit être exclusive.

Mignault écrit à ce propos:⁸

Ainsi, si le donateur et le donataire habitent le même appartement, si, par exemple, un mari donne, par contrat de mariage, des effets mobiliers à sa femme, même séparée d'avec lui de biens, et que ces effets garnissent le domicile commun des époux, je crois qu'il faut décider en principe que la femme n'aura pas en ce cas possession publique, car on ne pourra, règle générale, distinguer son patrimoine de celui de son mari. Il en serait autrement, à mon avis, si les circonstances de l'espèce faisaient voir d'une manière claire et évidente que la femme est réellement le possesseur des effets qui garnissent le domicile commun. Ainsi, elle est propriétaire de la maison, ou le bail de cette maison est en son nom, et elle tient elle-même la maison. De telles circonstances affaibliraient la présomption qui résulte de l'article 175, lequel oblige le mari de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. Mais sauf ce cas exceptionnel, je crois qu'une telle donation ne peut pas être invoquée contre un créancier même chirographaire du mari, en l'absence d'enregistrement. Seul l'enregistrement de la donation rendra publique la possession que la femme prétend avoir de ces effets mobiliers. C'est ce que le juge Mathieu a jugé dans la cause de *McGarvey v. Sauvalle*.⁹

Même les circonstances que signale Mignault, savoir, le fait que la femme est propriétaire de la maison et que le bail est en son nom, nous paraissent insuffisantes à rendre publique la possession des meubles et à exempter de l'enregistrement. Va-t-on obliger les fournisseurs, par exemple, à aller vérifier à l'enregistrement pour s'assurer que la femme est propriétaire de l'immeuble? Et, quant au bail, il est rarement enregistré. Et alors, comment peut-on blâmer un créancier qui a présumé que les biens meubles garnissant le domicile appartenaient au mari? C'est dire que, entre mari et femme, l'exemption de l'article 808 peut très rarement s'appliquer.

⁸ *Op. cit.*, t. 4, pp. 152-153.

⁹ (1887), 15 R.L. 462.

c) L'obligation du mari à l'égard de l'enregistrement des donations consenties en faveur de l'épouse. Ce point sera étudié plus loin.

Ainsi, à part ces trois exceptions, les donations par contrat de mariage sont soumises au régime général de l'enregistrement des donations. Toutes donations par contrat de mariage, qu'elles soient universelles ou particulières, immobilières ou mobilières, doivent donc être consignées au registre.

A ce propos, je vous fais part d'une consultation donnée au sujet de l'enregistrement d'une clause testamentaire révocable, stipulée en un contrat de mariage.

L'article 8 d'un contrat de mariage énonçait :

8. Advenant le cas de décès de l'un ou de l'autre des futurs époux, dans ce cas, tous les biens de l'époux défunt, tant meubles qu'immeubles, sans exception ni réserve, iront et appartiendront en toute propriété à l'époux survivant; mais il est bien entendu entre les parties que cette clause n'aura d'effet que dans le cas où les futurs époux décèderaient sans avoir disposé autrement de leurs biens par testament ou autrement, car les futurs époux se réservent expressément la faculté de tester.

Or, ce contrat de mariage n'avait pas été enregistré au domicile du mari, lors du contrat, et du vivant du donateur.

Cette situation a donné lieu à une consultation contenant deux propositions, dont nous retiendrons la première, exprimée dans les termes suivants :

La donation à cause de mort, prévue dans la clause sous examen, étant révocable à la volonté des parties à la donation, est une simple disposition testamentaire et comme telle non sujette pour sa validité à l'enregistrement. Cette proposition s'appuie sur les motifs suivants :

Selon l'article 754 du Code civil, toute personne peut disposer de ses biens à titre gratuit par donation entre vifs ou par testament. Le Code fait donc une distinction entre la donation entre vifs et la donation par testament. L'une des caractéristiques essentielles de la donation entre vifs c'est son irrévocabilité dès qu'elle a été acceptée¹⁰ alors qu'il en est différemment pour le testament lequel peut toujours être révoqué par le testateur de son vivant.¹¹

Or, l'article 757 du Code civil énonce que certaines donations peuvent être faites irrévocablement entre vifs dans un contrat de mariage, pour n'avoir cependant effet qu'à cause de mort. Elles participent de la donation entre vifs et du testament.

L'auteur voit dans le mot « irrévocablement » l'indication que l'article établit une des distinctions qu'il y a lieu de faire entre les donations qui participent de la donation entre vifs et du testa-

¹⁰ Art. 755 C.c.

¹¹ Art. 756 C.c.

ment, soit celles qui sont faites irrévocablement dans un contrat de mariage pour n'avoir effet qu'à cause de mort et celles qui participent du testament, soit celles faites aussi dans un contrat de mariage pour n'avoir effet qu'à cause de mort, mais qui peuvent être révoquées à la volonté du donateur.

Cette distinction s'explique en ce que, dans les donations révocables à volonté, l'élément contractuel disparaît pour ne laisser subsister que la disposition testamentaire. Elles ne sont donc plus alors que de simples clauses testamentaires, et doivent être considérées comme telles, bien qu'elles soient aussi mises dans un contrat de mariage ainsi que le précise expressément l'article 830 du Code civil.

L'auteur cite ensuite cet article puis il ajoute :

Il est vrai que le deuxième paragraphe de l'article 807 pose une règle générale à l'effet que : « Toutes autres donations en contrat de mariage, même entre futurs conjoints, et même à cause de mort, demeurent sujettes à être enregistrées comme les donations en général... »

Mais cette disposition du Code doit être interprétée, compte tenu des données exposées ci-dessus, en ce qu'elle pose une règle générale qui s'applique aux donations entre vifs faites irrévocablement et non aux simples clauses testamentaires même si celles-ci sont faites dans un contrat de mariage.

Autre argument à l'appui de ce que je viens d'énoncer, de moindre valeur juridique je le reconnais s'il était isolé, c'est que le deuxième paragraphe de l'article 807 C.c. se trouve dans le chapitre qui traite des donations entre vifs. En effet, l'article 807 C.c. fait partie du Chapitre II, portant l'en-tête « Des donations entre vifs ». Raison donc de plus pour affirmer que cette disposition du Code vise les donations entre vifs et non celles qui ne participent que des testaments.

Comment réfuter ces arguments ? A notre avis, il est faux de prétendre qu'une donation à cause de mort cesse d'être une donation ou une institution contractuelle du fait qu'elle soit révocable. Comme nous l'avons dit, les donations par contrat de mariage, qu'elles soient faites entre vifs ou à cause de mort, sont sujettes aux conditions qui peuvent être valablement stipulées. Toutes conditions sont valables, à l'exception des conditions purement potestatives suspensives. La clause testamentaire, dans la forme que nous lui connaissons, comporte une clause résolutoire soit purement potestative, soit simplement potestative. Les deux sont admises en donations par contrat de mariage. Ces clauses testamentaires révocables demeurent donc des instructions contractuelles et, comme telles, elles ne sauraient échapper aux exigences de l'article 807 que l'auteur a beaucoup de difficulté à mettre de côté. L'institution contractuelle, comme il a déjà été dit, ressemble, dans ses effets, au testament. Mais, dans sa forme, elle tient plutôt du contrat. Et le fait qu'elle soit révocable ne lui enlève pas son caractère contractuel. De plus, s'il fallait donner raison à l'auteur, ne pourrait-on pas exiger que cette institution

contractuelle soit faite dans la forme d'un testament, soit en forme notariée avec un notaire et deux témoins ou avec deux notaires ?

Nous croyons que l'auteur a raison d'ajouter qu'il n'y a aucune motivation à l'enregistrement d'une donation révocable à la volonté du donateur : elle ne le protège pas contre un acte irréfléchi de libéralité de sa part puisqu'il conserve toujours la faculté de la révoquer. Elle ne protège pas davantage les droits du donataire ou des tiers qui n'en ont qu'en autant que le donateur ne change pas d'idée. (Sauf que le donateur ne peut pas disposer à titre gratuit.) Alors pourquoi l'enregistrement ? Pourquoi le législateur aurait-il prescrit ce formalisme inutile sous peine de nullité de la donation ? L'avoir assujettie à une telle obligation me paraît insoutenable.

Tout comme l'auteur, nous ne voyons pas une grande utilité à l'enregistrement. Comme d'ailleurs nous ne voyons pas tellement d'utilité à toutes ces règles d'enregistrement des donations. Mais il n'en reste pas moins que les règles sont là et que tant que le Code n'aura pas été révisé et réformé, il faudra bien l'appliquer avec toute la sévérité qu'il exige.

QUAND L'ENREGISTREMENT D'UNE DONATION PAR CONTRAT DE MARIAGE DOIT-IL ETRE EFFECTUE ?

Le principe : l'acte doit être enregistré du vivant du donateur. Voyons d'abord la base de ce principe et nous signalerons ensuite les exceptions : sur l'enregistrement des substitutions, sur la conservation du privilège du donateur et sur l'inefficacité de l'enregistrement au cas de faillite du donateur.

Sous l'ancien droit, les donations devaient être insinuées — rapelons maintenant que l'insinuation a été remplacée par l'enregistrement — dans le délai de quatre mois pour ceux qui demeuraient dans le Royaume et dans le délai de six mois pour ceux qui sont hors du Royaume. Ces délais et cette règle avaient été prescrits par une Ordonnance de 1549 et l'Ordonnance de 1731 sur les donations, à l'article 26, référerait à ces règles. L'enregistrement effectué dans le délai pouvait avoir lieu après le décès du donateur et du donataire et produisait un effet rétroactif. Notons que l'Ordonnance de 1731 n'a pas été enregistrée au Conseil souverain et qu'elle n'a donc jamais eu force de loi au pays.

Le système d'enregistrement établi par le statut 4 Victoria, chapitre 30, ne fit pas disparaître les délais d'insinuation que nous venons de mentionner. Il en fut de même des statuts 14-15 Victoria, chapitre 93 et des *Statuts Refondus du Bas-Canada* de 1861, chapitre 37.

Mais, la codification abolissant l'insinuation (c'est l'article 804), abolissait en même temps, d'après l'article 809, les règles relatives à l'insinuation, particulièrement quant aux délais de l'ancien droit. Billette signale que les codificateurs «... ont eu grandement tort de ne pas conserver ces délais dans une matière de pur formalisme, et de ne pas les imposer dans le nouveau système d'enregistrement, mais seulement, évidemment, à l'égard des héritiers et des créanciers du donateur ou autres intéressés, et non à l'égard des tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires, etc., suivant les règles ordinaires de l'enregistrement des droits réels. La nécessité d'un délai quelconque est évidente surtout à raison du décès du donateur ou du donataire avant qu'il soit possible d'effectuer tel enregistrement, car, comme nous le verrons, le donateur et le donataire doivent être vivants, comme sous l'ancien droit, lors de l'enregistrement, pour que le contrat-donation soit considéré complété et parfait.»¹²

L'enregistrement doit avoir lieu du vivant du donateur. Aucun texte ne le dit expressément. Mais comme l'enregistrement est une formalité nécessaire quant aux héritiers du donateur, que le contrat n'est pas complet, tant qu'il n'a pas été enregistré, et enfin que les héritiers du donateur obtiennent cette qualité d'héritiers au moment du décès du donateur, il faut bien en conclure que, à l'égard de ceux qui peuvent invoquer le défaut d'enregistrement, rien n'est plus possible après le décès du donateur. Si c'est le donateur qui est décédé, le droit des héritiers est né dès le décès et un enregistrement postérieur à la naissance de ce droit ne saurait l'affecter, le modifier ou l'éteindre.¹³

Mignault,¹⁴ pour soutenir que l'enregistrement doit avoir lieu du vivant du donateur, invoque l'article 777 alinéa 5:

[S]i sans réserve d'usufruit ou de précaire le donateur reste en possession sans réclamation jusqu'à son décès, la revendication peut avoir lieu contre l'héritier, pourvu que l'acte ait été enregistré du vivant du donateur.

C'est la seule allusion directe à l'obligation d'enregistrer une donation du vivant du donateur. D'après Billette, cet article n'est qu'une application particulière d'un principe général inhérent à la formation complète du contrat-donation. La condition qu'il impose n'est donc pas spéciale au cas de revendication et ne diffère nullement des conséquences des règles générales posées aux articles 804 et suivants.

¹² *Op. cit.*, p. 548.

¹³ *Ibid.*, p. 549.

¹⁴ *Op. cit.*, t. 4, p. 159.

Les exceptions :

a) La substitution. L'article 981 C.c. prescrit que l'enregistrement des actes portant substitution se fait, dans les six mois de la date de la donation entre vifs ou du décès du testateur. La donation comportant substitution est donc assujettie à une règle particulière. Il y a maintenant un délai. Et l'enregistrement effectué dans le délai a un effet rétroactif. Par conséquent, un contrat de mariage comportant substitution pourrait être enregistré après le décès du donateur, pourvu que l'enregistrement ait lieu dans les six mois du contrat de mariage.

b) Le privilège du donateur. L'article 2100 du Code civil énonce que le donateur conserve ses droits et privilèges par l'enregistrement de l'acte dans les trente jours à compter de sa date. Ce délai n'a aucune importance pour le donataire mais il est une condition à l'exercice du privilège du donateur. Si la donation a été faite avec charge, le délai aura son importance.

c) La faillite du donateur. Les articles 2023 et 2090 C.c. ainsi que certaines dispositions de la *Loi de faillite*^{14a} énoncent que la faillite du donateur est un obstacle à l'enregistrement et qu'elle rend nul l'enregistrement fait dans les trente jours qui ont précédé cet événement. Mignault¹⁵ ajoute à ce sujet: «cette nullité ne peut être invoquée que par les tiers; le donateur ou ses héritiers ne me paraissent pas avoir qualité pour s'en plaindre.»

LIEU D'ENREGISTREMENT DU CONTRAT DE MARIAGE

L'article 804 C.c. ne paraît pas, à la première lecture, causer de difficulté. En effet, cet article énonce que :

Les donations d'immeubles doivent être enregistrées au bureau de leur situation; celles des choses mobilières doivent l'être au bureau du domicile du donateur, à l'époque de la donation.

Notons que cet article reproduit l'ancien statut 14-15 Victoria, chapitre 93, article 4 qui se trouve également à l'article 28 des *Statuts Refondus du Bas-Canada* de 1861, chapitre 37, sous une réserve: dans le premier statut il était question de la résidence du donateur et non du domicile.

Une difficulté se présente à propos des contrats de mariage contenant une donation réciproque de la part des deux époux. Faudrait-il alors enregistrer le contrat au domicile de chacun des futurs conjoints, si ces domiciles sont différents? Puisque, dès le mariage, les deux

^{14a} S.R.C. 1952, c. 14.

¹⁵ *Op. cit.*, t. 4, p. 159.

époux n'ont qu'un domicile, ne suffirait-il pas d'enregistrer le contrat au domicile conjugal?

Il y a eu beaucoup de controverse sur cette question et les praticiens n'ont pas tous la même opinion sur cette matière. Nous vous référons à une étude de Me Jean-Guy Cardinal.¹⁶

Il est extrêmement important de déposer le contrat au bureau d'enregistrement qu'il faut, car autrement l'enregistrement serait inefficace. Me Georges-M. Giroux écrivait à ce propos:¹⁷

Un contrat de mariage portant donation mobilière non enregistré au bureau du domicile du donateur à l'époque de la donation, mais enregistré à un autre bureau, n'est donc pas un contrat de mariage enregistré.

L'article parle du domicile à «l'époque de la donation». Que faut-il entendre par cette expression? S'agit-il du jour où le contrat de mariage a été exécuté ou du jour de la célébration du mariage?

Pour soutenir qu'il s'agit du domicile au jour de la célébration du mariage, on cite notamment l'article 1269 C.c. qui dit que la communauté commence du jour de la célébration du mariage. On mentionne aussi les articles 1265 et 1266 C.c. qui énoncent qu'aucune modification ne peut être apportée aux conventions matrimoniales après que le mariage a été célébré. On invoque également l'article 1275 du Code civil suivant lequel si des époux ont acquis un immeuble depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté et avant la célébration du mariage, cet immeuble entre dans la communauté à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat. De ces différentes dispositions on veut conclure que le contrat de mariage ne prend effet que le jour du mariage.

Mais ces arguments ne paraissent pas définitifs puisqu'il y a une distinction entre le choix d'un régime matrimonial et les donations contenues dans l'acte. Les différents articles que nous venons de citer s'appliquent sans doute au régime matrimonial.

Quant aux donations, c'est l'article 822, que nous avons déjà cité, qui détermine la question:

La donation des biens présents ou à venir par contrat de mariage, même quant aux tiers, n'est valide que si le mariage a eu lieu. Si le donateur ou le tiers donataire qui a accepté décèdent avant le mariage, la donation n'est pas nulle, mais sa validité continue d'être suspendue par la condition que le mariage aura lieu.

Il est donc clair que la donation est assujettie, comme à une condition, au mariage futur. Nous rappelons que, outre les diffé-

¹⁶ *Lieu d'enregistrement d'un contrat de mariage*, (1965-66), 58 R. du N. 257.

¹⁷ *A quel bureau d'enregistrement faut-il enregistrer un contrat de mariage*, (1933-34), 36 R. du N. 212.

rentes conditions qui peuvent accompagner une donation stipulée en un contrat de mariage, toutes les donations contenues dans cet acte, sans exception, sont assujetties à une condition intrinsèque: la célébration du mariage.

Ce qui importe ici c'est l'enregistrement des donations, étant donné que les conventions matrimoniales établissant le régime matrimonial n'ont pas, comme telles, à être enregistrées.

Il faut donc en conclure que l'époque de la donation est le jour où le contrat de mariage est exécuté et non pas le jour où le mariage est célébré. Par conséquent, dans les premières hypothèses mentionnées au début de ces observations, le contrat de mariage devra nécessairement être enregistré aux deux domiciles différents. La thèse opposée a déjà été soutenue dans la *Revue du notariat*.¹⁸ Cependant, une décision appuie notre interprétation. En effet il a été décidé dans l'affaire *In re Pierre Edmond Denis*:¹⁹

Le contrat de mariage peut être opposé aux créanciers postérieurs du mari, s'il a été enregistré au domicile qu'avaient les époux lors de sa passation.

Mignault enseigne la même solution.²⁰

Le doyen Cardinal, dans son étude précitée, se pose une seconde question: quel domicile est exigé par le législateur: s'agit-il du domicile réel de l'époux donateur ou d'un domicile élu? En d'autres termes les époux pourraient-ils choisir dans l'acte même un domicile valable pour les fins du contrat et de son enregistrement. Avec M. Cardinal nous croyons qu'il s'agit là d'une matière d'ordre public à laquelle on ne peut renoncer et au sujet de laquelle il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières. C'est dire que ces élections de domicile n'ont absolument aucune valeur.

LE DEFAUT D'ENREGISTREMENT — SÈS CONSEQUENCES

Nous en arrivons maintenant au problème essentiel: quelles sont les conséquences du fait qu'un contrat de mariage n'a pas été enregistré du vivant du donateur?

Nous vous référons ici également à une étude du doyen Cardinal.²¹

Le principe général est connu, le défaut d'enregistrement du contrat de mariage et des donations qu'il contient rend les donations

¹⁸ (1911-12), 14 R. du N. 181.

¹⁹ (1900), 18 C.S. 436.

²⁰ *Op. cit.*, t. 4, p. 186.

²¹ *Défaut d'enregistrement des donations par contrat de mariage*, (1965-66), 58 R. du N. 89.

inefficaces et inopposables aux héritiers du donateur de même qu'aux créanciers en général.

L'application de ce principe est rendue difficile par le troisième alinéa de l'article 810 du Code civil énonçant que le mari, les tuteurs et administrateurs et autres qui sont tenus de veiller à ce que l'enregistrement ait lieu, ne sont pas recevables à en opposer le défaut.

Quels sont les effets de cette restriction?

Et, par ailleurs, toutes les prétendues donations contenues en un contrat de mariage ne sont pas nécessairement des donations véritables. Il peut s'agir de conventions matrimoniales.

Nous avons donc à étudier ces différentes hypothèses.

Pour apprécier le principe dans toutes ses conséquences, il faut faire une première distinction, suivant que le donateur qui décède est le mari ou la femme.

Supposons d'abord que la femme décède. Elle avait fait une donation à son mari par contrat de mariage et ce contrat de mariage n'avait pas été enregistré du vivant de la donatrice. Ici, il n'y a aucune difficulté, le principe s'applique intégralement et les héritiers de l'épouse donatrice peuvent invoquer le défaut d'enregistrement du contrat de mariage à l'encontre du mari donataire.

Mais si la réalité est différente et si c'est le mari qui est décédé le premier, les héritiers du mari donateur pourront-ils invoquer contre la femme donataire survivante, le défaut d'enregistrement du contrat de mariage?

Il semblerait que l'épouse puisse toujours recueillir les biens, nonobstant le défaut d'enregistrement du contrat de mariage. C'est en effet ce que laisse entendre l'article 810: le mari tenu d'enregistrer ne peut invoquer le défaut d'enregistrement de la donation et les enfants, ses successeurs, ne le peuvent pas davantage.

Mais une nouvelle difficulté se présente: est-ce que tous les maris, quel que soit leur régime matrimonial, sont tenus d'effectuer l'enregistrement?

Billette²² étudie longuement cette question. Nous résumons sa pensée.

Tout d'abord, l'obligation d'enregistrer doit résulter d'un texte de loi. La convention, à elle seule, ne suffit pas pour donner une responsabilité à quiconque. L'article 810 le dit en toutes lettres:

Le donateur n'est pas tenu des conséquences du défaut d'enregistrement, quoiqu'il se soit obligé à l'effectuer.

²² *Op. cit.*, pp. 551 et seq.

Billette fait remarquer que si le donateur pouvait être garant du défaut d'enregistrement, ses héritiers le seraient aussi et cette formalité imposée pour leur protection deviendrait absolument illusoire.

Les codificateurs disent que les trois règles contenues dans l'article 810 viennent de l'ancien droit. Ils citent Ricard et l'Ordonnance de 1731. Ricard enseignait que le mari en général est tenu de veiller à l'enregistrement des donations faites à sa femme, par lui ou par d'autres. Mais il disait que l'obligation du mari n'est pas absolue et qu'elle souffre deux exceptions : lorsque la donation a été acceptée avec l'autorisation judiciaire et lorsque la femme est séparée de biens. Billette conclut de cette source que, lors de la codification, il fallait distinguer entre les différents régimes matrimoniaux et qu'on n'obligeait le mari à veiller à l'enregistrement que dans les cas où il n'y avait pas séparation de biens ou autorisation judiciaire. L'article 940 du Code français semble plutôt avoir emprunté à l'article 30 de l'Ordonnance de 1731. Il impose l'enregistrement des dons « de biens susceptibles d'hypothèque », faits à la femme, à la diligence du mari. Mais des commentateurs distinguent et libèrent le mari de l'obligation s'il n'administre pas les biens de la femme.²³

Par l'article 4 du Statut 4 Victoria, chap. 30, tous les droits réels affectant les immeubles devaient être enregistrés dans les douze mois. L'article 21 du même statut obligeait le mari à faire enregistrer les hypothèques ou charges qui grevaient ses immeubles en faveur de sa femme. Cet article 21 est devenu ensuite une loi permanente. Mais il faut en conclure que l'obligation du mari de faire enregistrer les hypothèques et charges qui grevaient ses immeubles à l'égard de sa femme, faisait partie de notre droit et que c'était la seule modification apportée à l'ancien droit qui pour le surplus était demeuré entier.

Billette de conclure :

C'est dans le droit tel que situé par le court exposé historique ci-dessus, que durent s'inspirer nos codificateurs lorsqu'ils rédigèrent le troisième paragraphe de l'article 810 et l'article 2113.

On aura remarqué tout d'abord, que l'article 2113 vient presque textuellement de l'article 21 du Statut 4 Victoria chapitre 30, reproduit dans l'article 30 des *Statuts Refondus du Bas-Canada* de 1861. Sa source est donc statutaire. On aura remarqué aussi que cet article oblige le mari à ne faire enregistrer que les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme. Il n'y est pas fait mention des donations

²³ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 20, 2e éd., (Paris, 1861), no. 271, p. 247; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 9, 2e éd., (Paris, 1899), nos. 1380 et seq., pp. 594 et seq.

de meubles et d'immeubles que le mari ou d'autres peuvent faire à sa femme, ni des hypothèques ou charges que d'autres que lui peuvent consentir sur leurs immeubles, en faveur de sa femme. C'est donc à tort, qu'on a voulu voir dans l'article 2113, une disposition générale obligeant le mari à faire enregistrer toutes donations, de meubles comme d'immeubles et autres droits réels. Le caractère purement temporaire et présent de cette disposition à son origine, repousse une telle interprétation et en explique la véritable portée. Le texte définitif ne saurait d'ailleurs être interprété autrement, si l'on conserve aux mots leur véritable sens. Les immeubles seuls sont mentionnés à l'article 2113 et l'obligation du mari n'est relative qu'aux hypothèques et charges qui affectent et grèvent ses immeubles, et non ceux des autres. Enfin le don d'un immeuble n'est pas une charge qui affecte cet immeuble.

C'est également à tort qu'on a vu la source du troisième paragraphe de l'article 810 dans le droit statutaire. Il vient directement de l'ancien droit antérieur à l'Ordonnance de 1731. Sa forme même, quant à l'obligation de veiller à l'enregistrement, sauf pour le mari, vient de l'article 31 de la dite Ordonnance. On aurait en effet conservé le mode singulier de légiférer par une incidente, et non pas une disposition principale. Mais en comprimant le texte qu'on voulait peut-être tout simplement résumer sous une forme lapidaire, on a omis des membres de phrases qui étaient nécessaires pour en faire une disposition obligatoire et non pas uniquement descriptive ou qualitative.

Quant au mari, on a ignoré complètement et à dessein sans doute, l'article 30 de l'Ordonnance, qui, on se le rappelle, ne faisait aucune distinction entre la femme commune et la femme séparée, qu'il mentionnait nommément. Le silence des codificateurs à ce sujet mérite d'être observé. Ils ont tout simplement ajouté le mari aux tuteurs et administrateurs et autres, mentionnés à l'article 31 de l'Ordonnance, après en avoir retranché, et c'est significatif, tout ce qui faisait de cet article une disposition obligatoire, et notamment le mot *qualité*. L'on retiendra ainsi qu'ils citent Ricard, où l'on trouve des distinctions admises par l'ancien droit, et que, de droit et même de leur aveu, ils étaient censés reproduire.²⁴

A part ces données historiques, Billette s'appuie sur le sens littéral et normal des termes pour affirmer que le mari séparé de biens n'est pas tenu d'enregistrer les donations qu'il a faites à sa femme par contrat de mariage. L'objet de l'article 810, paragraphe 3, est de refuser à certaines catégories de personnes le droit d'opposer le défaut d'enregistrement. La disposition législative n'est pas absolue. On réfère au mari, aux tuteurs et aux administrateurs qui *sont tenus de veiller* à ce que l'enregistrement ait lieu. Cette incidente qualifie aussi bien le mari, les tuteurs et administrateurs que les autres. Il résulte donc qu'il n'y a que les maris, tuteurs et administrateurs qui sont tenus de veiller à l'enregistrement et qui ne peuvent en opposer le défaut.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 555-557.

Avec cette interprétation littérale, il ne sera même pas nécessaire d'invoquer tous les arguments que le juge Demers mentionnait dans la cause de dame *Demers v. Raby*.²⁵

Dans les provinces de droit écrit, le mari était tenu de faire enregistrer le contrat de mariage, mais cette obligation n'existait pas dans les pays de coutume. Aussi avant le Code, il me paraît indiscutable qu'en pays coutumier, la femme qui devenait séparée de biens était tenue de faire enregistrer la donation à elle faite par son mari... Telle était la loi d'après l'admission de la Cour de revision re *Pelletier v. Lapalme*²⁶ quand le Parlement du Canada-Uni a adopté des lois de l'enregistrement... Lors du Code, la seule modification du droit coutumier était donc quant aux charges qui peuvent grever les immeubles du mari en faveur de sa femme.

Mignault²⁷ et Roch²⁸ estiment que l'obligation du mari existe sous tous les régimes. L'opinion de Mignault a été reprise et appuyée dans deux décisions: *Marchessault v. Durand*²⁹ et *Leclaire v. Landry*.³⁰ Il est à noter que ces jugements affirment que

le don mutuel d'usufruit entre époux par contrat de mariage doit être enregistré et le mari majeur, quel que soit le régime entre lui et sa femme commerçante ou séparée de biens, est tenu de faire enregistrer les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme.

Billette explique ces décisions par le motif qu'un usufruit est une servitude et qu'une servitude est une charge et que l'article 2113 oblige le mari, sous tous les régimes, à enregistrer les hypothèques et autres charges dont ses immeubles sont grevés au profit de sa femme. Cet argument ne nous convainc pas.

Nous croyons, bien au contraire, que l'obligation d'enregistrer n'a pas lieu à l'égard du mari qui n'administre pas les biens de la femme.³¹ Signalons une décision récente, dame *St-Martin v. Héritiers de J.-C. D'Aoust*,³² où l'on a statué que l'enregistrement d'une donation faite par contrat de mariage, mutuellement par les deux époux, est sujette à l'enregistrement, lequel est «une formalité essentielle à sa validité» et le défaut de tel enregistrement peut être invoqué par les héritiers légaux de la donatrice, ce qui rend cette donation

²⁵ (1920), 26 R.L. n.s. 66, à p. 71.

²⁶ (1897), 12 C.S. 97.

²⁷ *Op. cit.*, t. 4, p. 161.

²⁸ *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, (Montréal, 1901), p. 200.

²⁹ (1888), 16 R.L. 193.

³⁰ (1890), 19 R.L. 342.

³¹ Depuis les amendements de 1964 à l'article 1297, la femme a l'administration de tous ses biens personnels. Ne faut-il pas alors conclure que la femme même commune doit enregistrer elle-même les donations qui lui sont faites par contrat de mariage? Nous le croyons. L'article 810 C.c. aurait dû être amendé.

³² [1964] C.S. 21.

non avenue quant à eux. Il est à noter que, dans ce cas, c'est l'épouse donatrice qui était décédée.

Dans cette même affaire de *St-Martin v. Héritiers de J.-C. D'Aoust*, on avait prétendu que les clauses d'un contrat de mariage par lesquelles les futurs époux donnent chacun au survivant d'eux les biens qui leur appartiendront à leur décès, est plutôt une convention matrimoniale qu'une donation. Et cela pose le problème de l'enregistrement des conventions matrimoniales, par opposition aux donations.

Le deuxième paragraphe de l'article 1411 C.c. énonce que la stipulation par laquelle les époux ont convenu que la totalité de la communauté appartiendrait au survivant, est une simple convention de mariage et non une donation. L'on trouve une disposition analogue dans l'article 1402 C.c. au sujet du préciput et dans l'article 1432 C.c. au sujet du douaire. Cette proposition est extrêmement importante au point de vue de l'enregistrement.

Troplong³³ dit de la stipulation prévue à l'article 1411 :

Ce pacte n'est pas considéré comme une donation. C'est une convention autorisée par le droit commun... une convention entre associés...

Et il ajoute que le conjoint survivant est censé avoir été propriétaire *ab initio*, dès le moment des acquisitions. A cet égard, la communauté est véritablement considérée comme une société. A la suite du partage, le conjoint survivant, comme un associé, est, à cause de l'effet déclaratif du partage, censé avoir été titulaire des biens entrés dans la communauté, depuis la date de leur achat. Cette explication est valable et elle va nous éclairer sur la juste interprétation qu'il faut donner à l'article 1411.

INTERPRETATION DE L'ARTICLE 1411 C.c.

Peut-on considérer que seule la clause par laquelle la totalité de la communauté appartient au survivant ou à l'un d'eux seulement est exempte des formalités relatives aux donations? En d'autres mots, est-ce que l'article 1411 doit recevoir une interprétation limitative? Une décision de la Cour d'appel³⁴ le laisse entendre. Le juge Bossé écrit dans cet arrêt que la donation mutuelle d'usufruit est en réalité une donation et que si nos législateurs avaient pensé autrement, ils s'en seraient exprimés comme ils l'ont fait dans les articles 1402, 1411 et 1432 du Code civil. Cette opinion est aujourd'hui isolée. La doctrine et la jurisprudence, tant en France qu'au Québec, exemptent

³³ *Le Droit civil expliqué*, 2e éd., (Paris, 1851), *Du contrat de mariage*, t. 3, no. 2173, p. 670, commentaires sur l'art. 1525 C.N.

³⁴ *Marchessault v. Durand*, (1889), M.L.R. 5 B.R. 364.

de l'enregistrement et des autres formalités relatives aux donations toutes les conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne constituent pas véritablement des donations, d'après les critères que nous énoncerons. A notre avis, la clause voulant qu'une quote-part de la communauté appartienne au survivant, au delà de la moitié mais inférieure à la totalité, constitue véritablement une convention matrimoniale et non une donation. Nos tribunaux ont statué que la clause d'un contrat de mariage disant qu'en l'absence d'enfant lors de la dissolution du mariage toute la communauté appartiendrait au survivant³⁵ et que la disposition par donation viagère et mutuelle au survivant des époux de la totalité des biens du premier mourant³⁶ constituent des conventions de mariage valables même si elles n'ont pas été enregistrées. En France, un arrêt des Chambres réunies^{36a} proclame que les avantages matrimoniaux ne peuvent pas être considérées comme des libéralités, même quand ils résultent de clauses non envisagées par le Code. Suivant un autre arrêt,^{36b} l'interdiction pour les héritiers d'un conjoint de faire la reprise des apports, comme le prévoit l'article 1525, premier alinéa, correspondant à l'article 1411 du Code civil de la province de Québec, n'enlève pas à la stipulation son caractère de convention matrimoniale, non sujette aux formalités des donations.

Mais l'interprétation libérale que l'on donne à l'article 1411 ne doit pas être poussée trop loin. Nous ne croyons pas que les époux séparés de biens puissent se prévaloir de cette disposition.^{36c} Même sous le régime de la communauté, certaines conventions constitueront de véritables donations. Telle serait la donation à cause de mort portant non seulement sur les biens de la communauté mais sur les propres du conjoint prédécédé.^{36d} Pour bénéficiaire de ce régime exceptionnel, la clause doit porter sur la totalité ou sur une partie de la communauté, même si elle inclut une attribution des apports du premier mourant au profit de la société, et elle doit être faite au profit des époux, ou de l'un d'eux, au cas de survie. Le caractère aléatoire de cette condition est la justification même de la convention.

³⁵ *Franchère v. Bouthillier*, (1897), 3 R.J. 256.

³⁶ *Huot v. Bienvenu*, (1902), 21 C.S. 341, confirmé par (1903), 33 S.C.R. 370; *Lapointe v. Larochelle*, (1936), 74 C.S. 75. Voir aussi: (1902-03), 5 R. du N. 152; (1925-26), 28 R. du N. 100; A. Lavallée, *Quid*, (1949-50), 52 R. du N. 434.

^{36a} *Admin. de l'Enregistr. v. Grégoire*, Cass., ch. réun., 19 déc. 1890, D.P. 1891.1.417, S. 1891.1.129 (*Sub. nom. Grégoire v. Enregistrement*).

^{36b} *Pety v. Behaghel*, Cass., ch. civ., 2 août 1899, D.P. 1901.1.433, S.1900.1.233; et *Bintz v. Bintz*, Cass., ch. civ., 2 août 1937, D.H. 1937.534.

^{36c} C'était le cas dans l'affaire *Marchessault*, (1889), M.L.R. 5 B.R. 364.

^{36d} (1902-03), 5 R. du N. 154.

La clause portant que la communauté appartiendra à tel époux, qu'il survive ou non, c'est-à-dire à cet époux et à ses héritiers est exclusive de communauté.^{36e} Comme telle, cette clause peut valoir, mais elle constitue, à notre avis, une donation et non une convention matrimoniale, puisque l'époux bénéficiaire et ses héritiers en tireront un avantage certain alors que l'autre conjoint en subira un appauvrissement aussi sûr. Il n'y a plus ici le caractère onéreux et aléatoire essentiel aux conventions matrimoniales. Lorsque la stipulation profite non plus au survivant ou à ses héritiers, mais à des tiers, comme les enfants, cet arrangement cesse d'être une convention matrimoniale exemptée de l'enregistrement, mais constitue une donation qui devra être consignée au registre du vivant du donateur.³⁷

DIVISIBILITE DE LA CLAUSE

La même clause peut constituer à la fois une donation et une convention. Tel serait l'objet de la stipulation contenue en un contrat de mariage en communauté conventionnelle par laquelle le survivant doit recevoir toute la communauté et en outre les propres du procédé. Faudra-t-il alors considérer les deux objets de la stipulation comme une seule et unique donation ou diviser la clause par rapport à ces deux objets? Le juge Girouard de la Cour suprême, dans l'arrêt *Huot v. Bienvenu*³⁸ soutient qu'il est possible de diviser la clause: «La question est de savoir si la clause du contrat de mariage qui consacre à la fois une stipulation et une donation est indivisible... Nous sommes d'avis qu'elle est divisible et qu'elle peut établir deux conventions distinctes. La donation de propres exclus de la communauté faite en contrat de mariage est sujette à l'enregistrement, tandis que la stipulation de l'universalité des biens de la communauté ne l'est pas. L'une peut avoir son effet sans l'autre.»

^{36e} Mignault, *op. cit.*, t. 4, p. 385.

³⁷ Exemple de cette clause dans *Comeau v. Tourigny*, [1937] S.C.R. 283. La clause prévoyait que: «Advenant la mort du futur époux, avant la future épouse, sans laisser d'enfants dudit futur mariage, tous les biens qu'il possédera alors appartiendront à ses enfants du premier lit...» L'on a jugé, avec raison, que cette donation ne devait porter que sur la moitié des biens de la communauté. C'est qu'il ne s'agissait pas d'une convention de mariage, mais d'une donation. Les époux avaient exécuté un contrat de mariage en communauté universelle. Faribault (page 404) résume assez curieusement cet arrêt, lorsqu'il écrit: «Il a été jugé que lorsque le contrat de mariage stipule une communauté universelle, cela ne veut pas dire qu'elle comprendra tous les biens qui forment cette communauté, mais seulement la part qui appartient au mari.»

³⁸ (1903), 33 S.C.R. 370, à p. 372.

La convention prévue par l'article 1412 du Code civil permettant aux époux de stipuler une communauté universelle de leurs biens, est aussi une convention matrimoniale et non une donation.

LE CARACTERE ONEREUX DE CERTAINES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE

Nous venons de dire que les conventions matrimoniales, par opposition aux donations, ne sont pas sujettes aux règles de l'enregistrement des donations. Il y a d'autres raisons de souligner un caractère onéreux de certaines conventions ou donations d'un contrat de mariage: l'action paulienne et des raisons de droit fiscal.

a) L'action paulienne.

Il est plus facile de faire annuler son action paulienne, un contrat à titre gratuit qu'un contrat à titre onéreux. En effet, l'article 1034 C.c. dit qu'un contrat à titre gratuit est réputé fait avec intention de frauder si, au temps où il est fait, le débiteur, est insolvable. Il suffit donc pour faire annuler cet acte de prouver l'insolvabilité du donateur au moment de la donation. S'agit-il d'un contrat à titre onéreux, l'article 1035 C.c. exige en outre que le débiteur insolvable ait fait affaires avec une personne qui connaissait cette insolvabilité.

Tel est le point qui, précisément, a été étudié dans l'affaire *Turgeon v. Shannon*.³⁹

b) Les raisons fiscales.

En droit français, il est important, pour établir les droits d'enregistrement et les droits exigibles à l'occasion d'une mutation de propriété, de distinguer les conventions générales des actes de donation. Ici, les lois fiscales nous obligent également à connaître la véritable nature juridique d'un contrat. La *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴⁰ crée un impôt sur les donations. Cet impôt est assez considérable. Si les donations que l'on prétend frapper d'un impôt ne sont pas de véritables actes à titre gratuit, mais bien plutôt des actes à titre onéreux, la transaction ne donnera pas lieu à la perception de l'impôt. Cela a été discuté, notamment, dans l'affaire *Houghton*.⁴¹ Quant à la *Loi des droits sur les successions*^{41a} (provinciale) et quant à la *Loi des biens transmis par décès*^{41b} (loi fédérale), l'on ne pourra

³⁹ (1901), 20 C.S. 135.

⁴⁰ S.R.C. 1952, c. 148.

⁴¹ *Houghton v. M.N.R.*, (1956), 15 Tax A.B.C. 246, commenté par C. H. Wayland, *Tax on Gifts Made under Marriage Contracts*, (1956), 59 R. du N. 272.

^{41a} S.R.Q. 1964, c. 70.

^{41b} 7 Eliz. II, S.C. 1958, c. 29.

pas considérer comme transmise à cause de mort et imposable une «donation» qui n'est à la vérité qu'un acte à titre onéreux, une espèce d'engagement que le donateur a pris à l'égard du donataire pour compenser une renonciation que le donataire a faite à certains droits qui lui appartenaient. Ce point a été discuté dans les deux arrêts suivants: *Royal Trust Co. v. R.*⁴² et dans l'affaire *In re: Fleet Estate*.⁴³ Pour étudier cette question, nous ferons aussi appel à certains arrêts cités à propos de l'enregistrement des donations par contrat de mariage, notamment l'affaire *Sabourin v. Périard*.⁴⁴

Essayons de cerner les critères de l'acte à titre onéreux de ceux de l'acte à titre gratuit, nous rappelant que, ici comme à propos de la distinction entre les donations à cause de mort et les donations entre vifs, le nom, à lui seul, ne suffit pas pour qualifier parfaitement une opération. Certains actes s'intituleront «donations» alors qu'ils constituent en fait des actes à titre onéreux. Et l'inverse peut être vrai. D'autre part, ici, plus qu'ailleurs, il n'y a pas de cas nettement tranché. Certaines conventions ont à la fois un caractère gratuit et un caractère onéreux. Aussi est-il difficile de caractériser chaque cas en particulier. Quoi qu'il en soit, nous allons tenter de définir les principaux critères et les principales marques de l'acte à titre gratuit et de l'acte onéreux. Nous allons d'abord décrire les caractéristiques de la donation pour ensuite étudier celles de l'acte à titre onéreux.

L'ACTE A TITRE GRATUIT

La donation est inspirée par l'affection, ce que l'on appelle *animus donandi*. Les auteurs s'accordent à reconnaître qu'une donation ne perd pas son caractère d'acte à titre gratuit du seul fait qu'elle soit insérée dans un contrat de mariage. Baudry-Lacantinerie⁴⁵ écrit à ce propos:

Quant à la donation faite, même dans le contrat de mariage, par le mari à sa femme, elle n'est pas un acte à titre onéreux. Cette donation est inspirée par l'affection que le donateur a pour sa future épouse, et, à proprement parler, elle ne constitue pas une donation en faveur du mariage, car elle n'a pas pour effet d'accroître les ressources des époux, et... il sera indifférent aux enfants que les biens donnés soient demeurés la propriété de ce dernier ou qu'ils soient devenus celle de la femme. Si donc une pareille donation a été consentie en fraude des droits des créanciers du mari, elle pourra être révoquée nonobstant la bonne foi du donataire.

⁴² (1941), 79 C.S. 304.

⁴³ [1949] S.C.R. 727.

⁴⁴ [1947] B.R. 34.

⁴⁵ *Op. cit.*, t. 12, 3e éd., (Paris, 1906), *Des obligations*, t. 1, no. 679, pp. 697-8.

Huc⁴⁶ reconnaissait aussi qu'une donation entre vifs faite par un futur époux ne perd pas son caractère de pure libéralité parce qu'elle a été faite par contrat de mariage. C'est en se basant sur ces motifs que dans l'affaire *Turgeon v. Shannon*,^{46a} la Cour supérieure a statué que la donation d'effets mobiliers et de meubles de ménage de même que la donation de \$3,000 payable par versements de \$300 par année ne constituait pas un engagement ou une convention à titre onéreux. Il est à remarquer que cette somme de \$3,000 n'avait pas été acquittée et qu'il n'est pas précisé dans les faits si les meubles avaient été livrés ou non.

D'autre part, la réciprocité des donations entre époux ne leur enlève pas leur caractère gratuit. On l'a reconnu dans la cause de *St-Martin v. Héritiers de J.-C. D'Aoust*⁴⁷ où l'on cite Dalloz:^{47a}

Les donations par contrat de mariage peuvent être faites par l'un seulement des époux à l'autre; elles peuvent aussi être mutuelles et réciproques. En ce cas, il n'est pas nécessaire qu'elles soient de quotités égales. Les donations mutuelles entre époux doivent être, quant à l'étendue et à la nature des dispositions, comme aussi quant à leurs effets, complètement assimilées aux donations faites par un seul des futurs conjoints à l'autre. Et la circonstance que la disposition contractuelle entre eux est réciproque, ne lui enlève pas son caractère de libéralité, pour la transformer en acte à titre onéreux.

Au surplus, la donation accompagnée de certaines charges ne perd pas son caractère d'acte gratuit. Cela suppose naturellement que la charge n'égale pas l'avantage que le donataire retire de la donation. Ne pourrait-on pas appliquer ici la maxime: *major pars trahit ad se minorem*?

Il importe donc d'évaluer les charges ou, le cas échéant, l'objet des renonciations faites par le donataire en contrepartie de la donation. Dans l'affaire *Houghton*,⁴⁸ la Commission d'appel en matière d'impôt a estimé qu'il y avait véritable donation dans la dation en paiement faite par un mari à sa femme d'un immeuble d'une valeur de \$15,000 en exécution d'une donation du même montant stipulée au contrat de mariage. Et pour en arriver à cette conclusion la cour a estimé que la seule renonciation au douaire légal et l'établissement de la séparation de biens comme régime matrimonial au lieu de la communauté n'étaient pas des contreparties suffisantes pour donner à l'opération un caractère onéreux. Cela est d'autant plus vrai lorsque,

⁴⁶ *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, (Paris, 1894), no. 222, p. 298.

^{46a} (1901), 20 C.S. 135.

⁴⁷ [1964] C.S. 21.

^{47a} *Ibid.*, à p. 23.

⁴⁸ (1956), 15 Tax A.B.C. 246 et commentaire par Wayland, *loc. cit.*

à l'époque du mariage, il n'y a aucun bien propre appartenant au mari pouvant être l'objet d'un douaire légal au profit de la femme et des enfants. Il ne suffit pas de renoncer à un douaire « théorique », alors que le mari n'a aucun bien propre, pour conclure au caractère onéreux de la donation faite par le mari à sa femme. Il en est de même de la stipulation de la séparation de biens aux lieu et place de la communauté. Surtout quand le mari n'a aucune ressource particulière, qu'il n'a pas une profession tellement prometteuse et lucrative lors du mariage, car alors on ne sait pas exactement à quels droits l'épouse se trouve à renoncer puisqu'il est, dans les circonstances, probable que tout l'actif de la communauté sera consommé au jour le jour pour défrayer les charges du mariage. Comme nous le dirons tout à l'heure, si la renonciation au douaire correspond à une renonciation véritable, immédiate, et si le mari a une profession qui doit enrichir la communauté, alors, la renonciation aurait un sens bien différent.

Notons ici, à propos de l'affaire *Houghton*, que la donation serait imposable même si elle n'est pas exécutée immédiatement. Ainsi, la promesse de donation pourrait entraîner, dès le mariage, le paiement de l'impôt sur les donations et ce sur la totalité de la somme promise. Heureusement, les autorités fiscales ont, par la suite, convenu de ne pas exiger cet impôt lors même de la donation mais seulement à l'époque du paiement et de l'exécution de la donation.

L'ACTE A TITRE ONEREUX

Une disposition faite par contrat de mariage même si elle s'intitule « donation » peut être, en vérité, une disposition à titre onéreux. Nos tribunaux l'ont reconnue dans plusieurs espèces déjà citées.

Si, par exemple, la donation est faite en considération de la renonciation à un douaire légal d'une valeur supérieure au montant donné, il va de soi que l'on sera en présence d'un acte à titre onéreux. Ainsi, dans l'affaire *Sabourin v. Périard*,^{48a} le mari avait en propre, lors du mariage, des immeubles d'une valeur de \$17,000. L'on a considéré que l'épouse, renonçant à son douaire sur ces biens en raison d'une donation de \$2,000, n'avait pas fait un acte qui l'avantageait tellement. Ainsi, le don de \$2,000 devenait un acte à titre onéreux.

Dans l'affaire *Fleet Estate*,⁴⁹ on a aussi jugé que le don de \$20,000 avait un caractère onéreux étant donné que la femme renonçant à la communauté pour adopter la séparation de biens aban-

^{48a} [1947] B.R. 34.

⁴⁹ [1949] S.C.R. 727.

donnait la moitié des gains de son mari. Le mari était médecin-chirurgien et, comme le dit le juge Taschereau, en acceptant cette donation, la femme renonça au droit éventuel à la moitié de la propriété de toute la succession, laquelle succession à l'époque du décès du mari s'élevait à \$115,562.90. C'est dire que l'on devra tenir compte, dans les cas précis, des gains possibles de la communauté, en raison de la profession du mari pour savoir si ces gains sont assez considérables pour représenter une valeur réelle au profit de la femme à la dissolution de la communauté de biens qui autrement aurait été adoptée par les époux.

Il est donc extrêmement important d'évaluer la contrepartie de la donation. On lit dans le Dalloz, après la mention du fait qu'une charge stipulée à une donation ne lui enlève pas son caractère gratuit, ce qui suit :

Cependant, si la charge imposée au donataire égale l'avantage qu'il retire de la donation, il n'y a plus de libéralité, et l'acte, bien que qualifié de donation, constitue une convention à titre onéreux, sans, d'ailleurs, qu'il y ait à distinguer suivant que les charges sont imposées au profit du donateur ou au profit d'un tiers. — Jugé, en ce sens, que l'acte qualifié donation, qui impose au donataire des charges ou des services d'une valeur équivalente ou sans supplément égal à celle des biens donnés, peut être considéré comme constituant, en réalité, un contrat à titre onéreux.⁵⁰

8. Un acte de disposition ne constitue pas une donation quand il a pour objet d'acquitter une dette, soit civile, soit naturelle. C'est ainsi que l'engagement de fournir des aliments à un enfant dont une fille est accouchée constitue une obligation non seulement naturelle, mais même civile, qui n'est pas assujettie aux formes des donations.

12. Enfin, et d'une façon générale, il y a contrat à titre onéreux et non pas donation, toutes les fois que l'acte procure au donateur des avantages qui peuvent être considérés comme l'équivalent de ce qu'il donne ou, comme le dit un arrêt, lorsque chacune des parties prend un engagement corrélatif à celui qui est contracté envers elle.⁵¹

Ainsi n'ont point le caractère de véritables libéralités, les constituts et les contrats onéreux : ... la prétendue donation faite par un tuteur à son pupille, sous la condition que celui-ci renoncera au droit d'attaquer le compte du tutelle pour inobservation de l'art. 472 C.p. civ.; elle a le caractère d'un contrat commutatif.⁵²

Dans l'interprétation de ces différents cas il faut aussi tenir compte de l'article 1432, lequel énonce :

⁵⁰ *Dame Reyss v. Syndic Reyss*, Colmar, 6 août 1845, D.P. 1851.5.179; *Rangotte v. Capdeviulle*, Pau, 4 juin 1873, D.P. 1874.2.84; *Macquet v. Poulet*, Douai, 2 fév. 1850, D.P. 1851.2.133.

⁵¹ *Ville de Marseille v. L'Impératrice Eugénie*, Aix, 30 nov. 1882, D.P. 1883.2.245.

⁵² *Thomas v. Miquelard*, Req., 12 nov. 1867, D.P. 1869.1.528; *Thénon v. Saigé*, Pau, 3 mars 1869, D.P. 1869.2.203, et sur pourvoi, Req., 21 déc. 1869, D.P. 1870.1.308.

Le douaire coutumier ou préfixe n'est pas regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une simple convention de mariage.

Pothier que les codificateurs citent comme source de cet article⁵³ écrit:

De là il suit que le douaire soit coutumier, soit même conventionnel, n'est pas une donation, puisque ce n'est pas *liberalitas nullo jure cogente facta*, et que tant l'un que l'autre procède d'une obligation que l'homme contracte par le mariage, envers sa femme en l'épousant...

Le douaire conventionnel n'est pas non plus une donation que le mari fasse à sa femme; car le mari constitue à la femme pour et à la place du douaire coutumier qu'il lui doit.

Mais lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, n'est-il pas donation de cet excédent? Non. Il est toujours, même en ce cas, censé procéder non d'une pure libéralité, mais de l'obligation qu'un homme contracte, en se mariant, de pourvoir à la subsistance de sa veuve.

Merlin^{53a} adoptait la même doctrine lorsqu'il disait: «On croirait volontiers que c'est une donation faite par le mari à la femme mais point du tout.» Et il ajoutait que: «si ce douaire était un douaire conventionnel qui excédât le coutumier, il ne faudra pas en induire, non plus, que la partie excédante fut une donation.»

C'est en se basant sur cette doctrine que la Cour supérieure, dans l'affaire *Turgeon v. Shannon*,^{53b} après avoir considéré comme donation à titre gratuit la disposition de meubles et de somme de \$3,000 auxquels il a été référé plus haut, a estimé que la clause suivante comportait un douaire préfixe, non assimilé à une donation. Voici cette clause:⁵⁴

De plus, le futur époux crée à la future épouse, au cas où elle lui survivra, pour lui tenir lieu de tout douaire, une rente et pension annuelle et viagère de \$600, qui lui sera payable par sa succession par paiements semi-annuels de \$300 d'avance...

Malgré cette décision et malgré l'article 1432 du Code civil, nous ne croyons pas qu'il suffise de dire qu'une donation est faite en raison de la renonciation au douaire coutumier ou légal ou de qualifier une disposition de douaire préfixe pour exclure l'idée de donation et de disposition à titre gratuit. Il faudra vérifier chaque cas et s'assurer que le préciput est vraiment un douaire conventionnel et non pas une simple donation affublée au mot «douaire préfixe». L'insaisissabilité ne peut être stipulée dans un acte à titre onéreux.

⁵³ *Oeuvres*, éd. par Bugnet, t. 6, (Paris, 1845), p. 318.

^{53a} *Recueil alphabétique des questions de droit*, 1ère éd., (Paris, 1804-06), Vo douaire, sec. I, p. 100.

^{53b} (1901), 20 C.S. 135.

⁵⁴ *Ibid.*, à p. 146.

Autre précision. Les praticiens, de plus en plus, pour faire sanctionner le caractère onéreux des dispositions par contrat de mariage, évitent d'employer le mot «donation». Nous croyons que cette mesure est valable. Au lieu de dire, par exemple, que le futur époux fait donation à la future épouse d'une somme de X, les contrats prévoient que: en raison de la renonciation au douaire et à la communauté, le futur époux transporte à la future épouse une somme de...
