

---

## Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le *Code civil du Québec*

Michelle Cumyn\*

Cet article comporte une partie théorique où l'auteure tente d'élucider le fondement et la portée du premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q., qui semble interdire toute stipulation restrictive de la liberté de disposer d'un bien dans les contrats à titre onéreux, et une partie pratique, où elle discute du régime de ces stipulations. Après avoir passé en revue les positions de la doctrine et de la jurisprudence au Québec et en France, l'auteure montre que la stipulation d'inaliénabilité dont il est question à l'article 1212 et suivants ne peut être admise que dans le contexte des libéralités parce qu'une telle stipulation met en péril les droits des créanciers du propriétaire d'un bien inaliénable, en le rendant indisponible dans son patrimoine, ce qui entraîne l'insaisissabilité. En effet, si les conséquences néfastes de la stipulation sont limitées lorsque le propriétaire acquiert ce bien à titre gratuit, il en est tout autrement lorsque le propriétaire acquiert le bien à titre onéreux, puisqu'il y a alors échange dans son patrimoine de valeurs saisissables pour des valeurs non saisissables.

L'auteure montre ensuite qu'il est nécessaire de distinguer les stipulations d'inaliénabilité régies par l'article 1212 et suivants des clauses prenant la forme d'une simple obligation de ne pas aliéner, qui quant à elles sont en principe valables même dans le contexte onéreux. En effet, ces clauses n'ont pas d'effet à l'égard des tiers et par conséquent ne présentent pas les mêmes inconvénients que les stipulations d'inaliénabilité. En contrepartie, tel qu'il ressort de la seconde partie du texte, alors que la stipulation d'inaliénabilité entraîne la nullité de l'acte de disposition qui y contrevient et affecte le bien d'insaisissabilité, les clauses comportant une simple obligation de ne pas aliéner sont toutes empreintes du principe de l'effet relatif des contrats et ne donnent lieu qu'à l'exercice entre les parties des recours pour non-respect d'une obligation contractuelle.

Afin d'illustrer sa thèse, l'auteure aborde l'étude des clauses suivantes : clause résolutoire, pacte de préférence, restrictions stipulées dans une convention d'hypothèque, les statuts d'une compagnie, une convention entre actionnaires, ou enfin une déclaration de copropriété divisée.

This article consists of a theoretical part, in which the author attempts to elucidate the basis and scope of the first paragraph of article 1212 C.C.Q., which seems to prohibit any stipulation restricting the right to dispose of property in contracts by onerous title, and a practical part, in which she discusses the regime of such stipulations. After reviewing the doctrinal and jurisprudential positions in Quebec and France, the author shows that the stipulation of inalienability referred to in article 1212 *et seq.* can only be admitted in the context of liberalities, since such a stipulation puts the rights of creditors of the owner of inalienable property in jeopardy by making it unavailable in his or her patrimony, which leads to unseizability. While the harmful effects of the stipulation are limited when the owner acquires the property by gratuitous title, such is not the case when the owner acquires the property by onerous title, since then there is an exchange in his patrimony of value that is seizeable for value that is unseizable.

The author next demonstrates that it is necessary to distinguish stipulations of inalienability governed by article 1212 *et seq.* from clauses in the form of a simple obligation not to alienate, which, according to her, are in principle valid even in an onerous context. Such clauses have no effect with respect to third parties, and therefore do not exhibit the same drawbacks as stipulations of inalienability. On the other hand, as is demonstrated in the second part of this article, while the stipulation of inalienability leads to the nullity of the act contrary to such clause and renders the property unseizable, clauses that include a simple obligation not to alienate are subject to the principle of the relative effect of contracts, and only give rise to the exercise of recourses between the parties for breach of a contractual obligation.

To illustrate her thesis, the author discusses the following clauses: resolatory clause, right of first refusal, restrictions stipulated in a deed of hypothec, articles of incorporation, a shareholder agreement and finally, a declaration of divided co-ownership.

---

\* B.A., B.C.L., LL.B. McGill ; D.E.A. Paris I (Panthéon-Sorbonne) ; avocate chez McCarthy Tétrault à Montréal. L'auteure poursuit ses études de doctorat sous la direction du professeur Jacques Ghestin à l'Université de Paris I. Elle remercie chaleureusement M<sup>e</sup> Thomas R.M. Davis et M<sup>e</sup> Serge Gaudet pour leur appui et leurs judicieux commentaires.

*Sommaire***Introduction****I. Validité des restrictions à la liberté d'aliéner****A. Conditions de validité de la prohibition d'aliéner en droit français et québécois**

1. Évolution des conceptions de la doctrine française suite à la codification de 1804
2. Évolution du droit au Québec de la codification de 1866 à celle de 1991
3. Synthèse sur la raison d'être des articles 970 C.c.B.-C. et 1212 C.c.Q.

**B. Nécessité de distinguer trois catégories de restrictions à la liberté d'aliéner**

1. Thèse de l'indisponibilité réelle
2. Thèse de l'incapacité
3. Thèse de l'obligation contractuelle de ne pas faire

**II. Régime des restrictions à la liberté d'aliéner sous l'empire du *Code civil du Québec*****A. Conditions de validité et régime de la stipulation d'inaliénabilité**

1. Conditions de validité de la stipulation d'inaliénabilité
  - a. *La stipulation d'inaliénabilité doit être prévue dans le contexte d'une libéralité*
  - b. *La stipulation d'inaliénabilité doit répondre à un intérêt sérieux et légitime*
  - c. *La stipulation d'inaliénabilité doit être temporaire*
2. Effets de la stipulation d'inaliénabilité

**B. Conditions de validité et régime de l'obligation de ne pas aliéner**

1. Conditions de validité de l'obligation de ne pas aliéner
2. Effets et sanctions de l'obligation de ne pas aliéner
3. Exemples de restrictions à la liberté d'aliéner stipulées en dehors des libéralités

**Conclusion**

\* \* \*

**Introduction**

1. — Parmi les dispositions du nouveau *Code civil du Québec* qui suscitent l'intérêt des juristes — et l'inquiétude des praticiens —, on retrouve l'article 1212, qui semble interdire toute clause restrictive de la liberté de disposer d'un

bien lorsque stipulée en dehors du contexte des libéralités<sup>1</sup>. Ironie du sort, cette nouvelle disposition, qui paraît si envahissante dans sa portée et ses effets, fait son apparition dans le chapitre dédié aux stipulations d'inaliénabilité (nouvelle désignation des prohibitions d'aliéner), coïncé entre l'emphytéose et les substitutions, bref un coin du droit souvent mal connu des juristes.

L'article 1212 C.c.Q. n'est pas vraiment de droit nouveau. Il reprend l'article 970 du *Code civil du Bas-Canada* qui interdisait la prohibition d'aliéner dans les transferts à titre onéreux<sup>2</sup>. Mais l'article 1212 C.c.Q. paraît plus étendu à deux points de vue. D'une part, il vise les simples «restrictions à l'exercice du droit de disposer d'un bien» et, d'autre part, il les proscriit non seulement de la vente, mais aussi de tous les actes onéreux.

Quelle peut être la portée de cette disposition ? Affecte-t-elle la validité, par exemple, de la promesse unilatérale de vente ou du pacte de préférence, qui entraînent tous deux une restriction à la liberté de disposer d'un bien ? Et que penser de la validité des clauses, couramment stipulées dans les conventions entre actionnaires, entre copropriétaires ou entre coindivisaires, qui limitent le droit des parties d'aliéner leurs actions, leurs fractions ou leurs parts indivises ? Qu'advient-il enfin des clauses stipulées dans une convention d'hypothèque interdisant au débiteur d'aliéner le bien hypothéqué sans le consentement du créancier ?

Pour déterminer le sens et l'étendue de l'article 1212 C.c.Q., il faut en comprendre le contexte. Il faut chercher à savoir si toutes les clauses restrictives de la liberté de disposer d'un bien sont assimilables aux stipulations d'inaliénabilité dont il est question à l'article 1212 C.c.Q. et suivants, ou si on ne doit pas plutôt établir certaines distinctions entre elles. Là réside le principal objectif de notre réflexion.

2. – Dans sa conception classique, la prohibition d'aliéner peut être définie comme la stipulation interdisant au propriétaire d'un bien de disposer de ce bien à titre onéreux ou gratuit. Cette stipulation peut être conçue en faveur du stipulant, en faveur du propriétaire ou en faveur d'un tiers. On affirme généralement que la prohibition d'aliéner un bien entraîne automatiquement son insaisissabilité par les créanciers du propriétaire. De plus, la sanction qui a le plus souvent été attachée à la violation d'une prohibition d'aliéner reconnue comme légitime est la nullité de l'acte de disposition contraire à la prohibition.

Pour comprendre la portée de l'article 1212 C.c.Q., il est donc nécessaire d'aborder l'étude des prohibitions d'aliéner, sujet depuis longtemps négligé par les auteurs alors qu'au début de ce siècle, il faisait l'objet en France d'un curieux engouement, si l'on en juge par le nombre imposant de thèses de doctorat qui y ont été consacrées durant cette période<sup>3</sup>. Il faut dire que la survie

---

<sup>1</sup> 1212. La restriction à l'exercice du droit de disposer d'un bien ne peut être stipulée que par donation ou testament. [...]

<sup>2</sup> 970. La prohibition d'aliéner la chose vendue ou cédée à titre purement onéreux est nulle.

<sup>3</sup>Nous avons répertorié les thèses de doctorat suivantes sur les prohibitions d'aliéner : L. Achard, *Des clauses d'inaliénabilité*, thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble, 1908 [non

même de la prohibition d'aliéner en droit civil moderne est un phénomène en soi. Dans l'Ancien droit, elle consistait à immobiliser certains biens dans le patrimoine du bénéficiaire d'une libéralité, soit pour protéger ce dernier contre sa prodigalité ou son inexpérience, soit pour maintenir les biens donnés ou légués dans la famille et en assurer la transmission intégrale aux descendants du bénéficiaire. Dans un cas comme dans l'autre, la prohibition d'aliéner soustrayait les biens affectés à la saisie des créanciers pour les placer en quelque sorte hors du commerce juridique.

Après la codification de 1804, même s'il relevait presque de l'évidence que la prohibition d'aliéner était contraire à la lettre et à l'esprit du *Code civil*, elle a continué à trouver sa place dans le droit civil français, grâce aux efforts combinés de la jurisprudence et de la doctrine. C'est ainsi que quelques auteurs se sont émerveillés devant la «spectaculaire inaliénabilité», sauvegardée par la jurisprudence française même si elle contredisait «de manière aiguë les dogmes économiques et politiques de 1806»<sup>4</sup>. Le *Code civil du Bas-Canada*, reprenant le droit antérieur à la codification de 1866, en a reconnu expressément la validité à condition qu'elle se rattache à la cession d'une chose à titre gratuit<sup>5</sup>. Puis, à la surprise de la doctrine française pour qui le sujet n'était plus «d'une brûlante actualité»<sup>6</sup>, le législateur français est à son tour intervenu par la *Loi du 3 juillet 1971*, pour intégrer au *Code civil* français une disposition nouvelle régissant certains aspects de la clause d'inaliénabilité stipulée dans le contexte d'une donation ou d'un testament<sup>7</sup>.

---

publiée] ; E. Martin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Paris, A. Rousseau, 1887 ; H.-L. Besnus, *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1899 [non publiée] ; P. Bretonneau, *Étude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors des contrats de mariage et des substitutions permises*, Paris, L. Boyer, 1902 ; Dimitrescu, *Des clauses d'inaliénabilité suivant la jurisprudence*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1910 [non publiée] ; V. Heitzmann, *Des clauses d'inaliénabilité en dehors des cas prévus par la loi*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 1904 [non publiée] ; Lefebvre, *De la valeur des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité*, thèse de doctorat en droit [non-publiée] ; Y. Le Roux, *Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments*, Rennes, Imprimerie du «Nouvelliste», 1929 ; H. Malric, *De la défense d'aliéner, ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse, 1908 [non publiée] ; J.-H. Merlaut, *La clause d'insaisissabilité. Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 1907 [non publiée] ; D. Negel, *De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1915 [non publiée] ; H. Rongier, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, thèse de doctorat en droit, Université de Lyon, 1902 [non publiée] ; L. Saignat, *De la clause portant défense d'aliéner*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1896 ; Stefani, *De la clause d'inaliénabilité dans les donations et testaments*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1909 [non publiée] ; Vasilescu, *Des clauses d'inaliénabilité, de leur validité et de leurs effets*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1920 [non publiée].

Nous ne pourrions tenir compte de quelques-unes de ces thèses dans le cadre de cette étude.

<sup>4</sup>R. Béraud, «L'indisponibilité juridique» D.1952.Chron.187 à la p. 189 ; A. Chéron, «La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité» (1906) 5 Rev. trim. dr. civ. 339 à la p. 340 : «Tout revient donc à se demander [...] si le rôle prétorien de la jurisprudence peut aller jusqu'à contredire, au nom de l'équité, le texte de loi, ou, ce qui revient au même, jusqu'à faire dire à la loi, par des détours ingénieux, le contraire de ce qu'elle dit réellement».

<sup>5</sup>Art. 968 et s. C.c.B.-C.

<sup>6</sup>P. Simler, «Les clauses d'inaliénabilité» D.1971.Lég.416-1 à la p. 416-1.

<sup>7</sup>Loi n° 71-526 du 3 juillet 1971 relative aux clauses d'inaliénabilité contenues dans une dona-

Enfin, la codification de 1991 au Québec consacre à la stipulation d'inaliénabilité tout un chapitre qui contient une habile synthèse des sources législatives, jurisprudentielles et doctrinales québécoises et françaises sur la prohibition d'aliéner. Ainsi, comme nous l'avons vu plus haut, le premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q. reprend l'ancienne règle de l'article 970 C.c.B.-C. selon laquelle la prohibition d'aliéner n'est valable que dans les libéralités, une règle apparemment propre au droit québécois, puisque les auteurs français sont généralement d'avis qu'elle est également valable dans les actes onéreux. Le troisième alinéa de l'article 1212 C.c.Q. importe du droit positif français l'exigence additionnelle que pour être valable, la stipulation d'inaliénabilité doit être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Les articles 1214, 1215 et 1217 C.c.Q. consacrent ensuite la position majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence au Québec et en France suivant laquelle l'inaliénabilité rend insaisissable le bien affecté, est opposable aux tiers à condition d'être dûment publiée et permet une annulation de tout acte de disposition contraire à la prohibition. Enfin, l'article 1213 C.c.Q., comme l'article 900-1 du *Code civil* français, permet la révision de la clause par le tribunal lorsque l'intérêt l'ayant justifiée a disparu ou lorsqu'un intérêt plus important l'exige<sup>8</sup>.

3. — Comme nous le montrerons, on peut alors trouver à l'article 1212 C.c.Q. une explication simple et logique qui est essentiellement la suivante. L'étude de la prohibition d'aliéner s'est presque toujours confinée, en France comme au Québec, au domaine des libéralités. Dans ce domaine, on a interprété les prohibitions d'aliéner comme créant une indisponibilité, une mise hors du commerce juridique des biens affectés, interprétation qui correspond le plus souvent à l'intention des disposants, et qui permet une sanction efficace de la clause par la nullité des saisies et des actes de disposition pratiqués sur ces biens. Il apparaît alors logique que la prohibition d'aliéner ainsi conçue voie sa validité limitée aux libéralités, puisqu'elle a pour effet de soustraire les biens affectés, qui sont de ce fait insaisissables, du gage commun des créanciers du propriétaire. Alors qu'un créancier ne saurait se plaindre de ce que son débiteur acquière gratuitement des biens insaisissables, l'échange que ferait son débiteur de valeurs saisissables pour des valeurs insaisissables serait de nature à lui porter gravement préjudice, d'où les articles 970 C.c.B.-C. et 1212 C.c.Q.

---

tion ou un testament, D.1971.Lég.268 [ci-après *Loi du 3 juillet 1971*], créant un nouvel article 900-1 C. civ. :

Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou même à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales.

<sup>8</sup>Voir Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 712 et s. ; J.E.C. Brierley, «Des restrictions à la libre disposition de certains biens : Les articles 1212-1255» dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy (Qué.), Presses de l'Université Laval, 1993, 711.

Pour les mêmes motifs, il serait illogique selon nous d'assimiler à des stipulations d'inaliénabilité au sens de l'article 1212 C.c.Q. et suivants toute la gamme des clauses contractuelles qui emportent des restrictions à la liberté d'aliéner de la nature d'une obligation de ne pas faire. Ces clauses n'entraînent pas une indisponibilité du bien, et ne peuvent donc pas faire l'objet des mêmes objections que la prohibition d'aliéner «classique».

Cette distinction n'a pourtant pas été clairement articulée par la doctrine. La raison en est que les auteurs ont eu tendance à adopter une conception monolithique des prohibitions d'aliéner et à les soumettre en bloc au même régime. Nous soumettons au contraire qu'il existe différentes variétés de restrictions à la liberté d'aliéner, et qu'il faut leur appliquer des règles adaptées à leur nature.

4. – En effet, trois thèses permettent, selon les auteurs, d'expliquer la nature de la prohibition d'aliéner. La première thèse affirme que la prohibition d'aliéner affecte le bien d'une indisponibilité réelle, le plaçant en quelque sorte en dehors du commerce juridique. La seconde thèse soutient que la prohibition d'aliéner est une incapacité conventionnelle limitant le pouvoir d'une personne d'aliéner certains biens. La troisième thèse interprète la prohibition d'aliéner comme une simple obligation de ne pas faire. Nous montrerons que ces thèses ne sont pas en concurrence, mais correspondent chacune à une catégorie de prohibitions avec ses conditions de validité et son régime propres.

5. – Nous discuterons d'abord des conditions de validité des restrictions à la liberté d'aliéner en droit civil québécois et français, en montrant l'importance de distinguer les trois catégories que nous venons d'identifier (I). Nous examinerons ensuite le régime juridique applicable à chacune de ces catégories de restrictions sous l'empire du *Code civil du Québec* (II).

## I. Validité des restrictions à la liberté d'aliéner

6. – Notre objectif principal ici sera de dégager le fondement de la règle énoncée au premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q. et d'en définir la portée, afin de déterminer quelles sont les restrictions à la liberté d'aliéner dont la validité est limitée au contexte des libéralités.

Nous discuterons d'abord des objections qui ont été formulées à l'encontre des restrictions à la liberté d'aliéner par la doctrine québécoise et française, et des conditions qui ont été imposées par le droit positif pour en circonscrire la validité (A). Nous montrerons ensuite l'importance de distinguer les différentes catégories de restrictions à la liberté d'aliéner (B).

### A. Conditions de validité de la prohibition d'aliéner en droit français et québécois

7. – Il est utile de rappeler l'évolution du droit positif et de la doctrine sur les conditions de validité de la prohibition d'aliéner en France et au Québec afin d'en recueillir les fragments de vérité ou de bon sens et d'y débusquer les erreurs ou les contradictions. Nous serons alors en mesure de justifier notre propre point de vue déjà ébauché dans l'introduction.

1. Évolution des conceptions de la doctrine française suite à la codification de 1804

8. – En France, une bonne partie des débats dans la doctrine et la jurisprudence relatifs aux prohibitions d'aliéner a été consacrée à la question de leur validité, étant donné l'absence, dans le Code de 1804, de dispositions traitant de la stipulation d'inaliénabilité.

9. – *Droit romain et Ancien droit.* Les auteurs rapportent qu'en droit romain classique, on a hésité à donner à la stipulation d'inaliénabilité tous les effets de l'indisponibilité réelle, jusqu'à ce que Justinien adopte une loi à cet effet. Il semblerait qu'en droit romain, l'objectif de la défense d'aliéner ait été le plus souvent de prémunir le gratifié contre sa propre prodigalité. En Ancien droit, la prohibition d'aliéner était plutôt employée dans les familles nobles pour permettre la transmission intacte d'une masse de biens de génération en génération<sup>9</sup>. Dans les deux cas, l'inaliénabilité plaçait les biens affectés hors du commerce juridique, ils étaient frappés d'insaisissabilité, et toute aliénation contraire à la prohibition pouvait être annulée.

10. – *Codification de 1804.* Les codificateurs s'élèvent avec vigueur contre les substitutions et les prohibitions d'aliéner de l'Ancien droit. Cambacérès condamne la substitution parce qu'elle entraîne l'inaliénabilité de certains biens et permet au grevé d'obtenir du faux crédit<sup>10</sup>. Tronchet ajoute que «[s]i donc les substitutions sont rétablies, [...] [i]l faudra déclarer nulles les aliénations faites par les grevés [et] dépouiller des acquéreurs de bonne foi [...]»<sup>11</sup>. Bigot de Préameneu critique ces institutions de l'Ancien régime en ces termes :

Une très grande masse de propriétés se trouvait perpétuellement hors du commerce [...]. [L]e créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance, et dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite<sup>12</sup>.

Le *Code civil* français interdit les substitutions à l'article 896, exception faite de certains cas prévus à l'article 1048 et suivants. Mais on peut penser, d'après les passages cités, que ce qui dérangeait le plus les codificateurs, c'était l'inaliénabilité, c'est-à-dire l'indisponibilité réelle à laquelle pouvaient donner lieu les substitutions<sup>13</sup>. On peut d'ailleurs lire l'article 1598 du *Code civil* français comme une condamnation explicite des inaliénabilités conventionnelles<sup>14</sup>.

<sup>9</sup>Voir Saignat, *supra* note 3 aux n° 39, 40, 45 ; Martin, *supra* note 3 au n° 32 et s.

<sup>10</sup>Le Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XI, Paris, Treuttel et Würtz, 1827 à la p. 126.

<sup>11</sup>*Ibid.* à la p. 97.

<sup>12</sup>«Exposé de motifs» dans Locré, *ibid.*, 339 à la p. 360.

<sup>13</sup>A. Wagner, «La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs» (1907) 6 Rev. trim. dr. civ. 311 à la p. 318, a cependant argué que ce n'était pas tant l'inaliénabilité qui dérangeait les codificateurs que la création d'ordres successifs parallèles aux ordres successifs légaux. C'est pourquoi la substitution — et avec elle, l'inaliénabilité — est admise à l'intérieur de l'ordre successif légal, dans les cas prévus par les articles 1048 et 1049 C. civ.

<sup>14</sup> 1598. Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

11. – *Ambivalence de la doctrine et de la jurisprudence devant la position énoncée par les codificateurs.* Dans les premiers prononcés de la jurisprudence aux lendemains de la codification, on retrouve la même condamnation de la prohibition d'aliéner ; mais très vite, les tribunaux sont amenés à valider certaines clauses, tout en affirmant leur nullité de principe et sans que les motifs énoncés ne permettent de dégager un système précis distinguant les clauses valables des clauses nulles<sup>15</sup>. Plusieurs auteurs envisagent eux aussi la validité des clauses d'inaliénabilité dans certains contextes<sup>16</sup>. D'autres critiquent avec éloquence la jurisprudence en soulignant les contradictions et en contestant l'utilité de la clause dans les cas mêmes où elle est reconnue<sup>17</sup>.

12. – *Le système de Demolombe.* Demolombe tente une rationalisation des décisions éparses de la jurisprudence. Il admet tout d'abord qu'en principe, la prohibition d'aliéner est illicite et devrait être réputée non écrite :

La condition de ne pas aliéner a nécessairement pour résultat, soit de rendre le bien inaliénable, soit de rendre la personne du donataire ou légataire incapable de l'aliéner ; or l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens, de même que la capacité ou l'incapacité des personnes, sont des matières d'ordre public, qui ne sauraient être modifiées par des dispositions particulières. Donc, une telle condition est contraire à la loi<sup>18</sup>.

Mais, poursuit Demolombe, cette position «est excessive, dans sa trop grande généralité». On doit donc reconnaître la validité de la condition d'inaliénabilité si elle est relative, temporaire et justifiée par un intérêt sérieux<sup>19</sup>.

13. – *La thèse de Bartin.* Bartin critique le caractère contradictoire du système de Demolombe, en ce qu'il consiste d'une part à affirmer la nullité d'une clause comme contraire à l'ordre public, tout en la validant, d'autre part, sous prétexte qu'elle est temporaire et répond à un intérêt sérieux<sup>20</sup>. Bartin constate

<sup>15</sup>C'est un arrêt de la Cour d'appel d'Angers qui amorce ce mouvement en 1842 (Angers, 29 juin 1842, D.P. 1842.II.218, S.1842.II.400). Cette position est confirmée par la Cour de cassation (Chambre civile) le 20 avril 1858 (D.P.1858.I.154, S.1858.I.589) : le donateur s'était réservé un droit d'usufruit et avait imposé aux donataires, ses enfants, de ne pas aliéner ou hypothéquer la propriété de son vivant ; la Cour de cassation a déclaré que «cette interdiction temporaire, imposée dans l'intérêt du père donateur, ne peut être assimilée à une interdiction d'aliéner absolue et indéfinie qui aurait pour effet de mettre pendant un long temps les biens hors de la circulation».

<sup>16</sup>Par exemple C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Jules Renouard, 1830 au n° 488 et s., semble interpréter la prohibition d'aliéner comme une condition résolutoire.

<sup>17</sup>F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 11, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1887 au n° 460 et s.

<sup>18</sup>C. Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Durand et L. Hachette, 1867 au n° 291.

<sup>19</sup>Curieusement, Demolombe attache à la prohibition d'aliéner les sanctions de la révocation de la donation et de la résolution du droit du gratifié et des tiers acquéreurs, et non la nullité des actes de disposition contraires à la prohibition (*ibid.* au n° 304). Voir Laurent, *supra* note 17 au n° 467, qui identifiait clairement la nullité comme la sanction attachée à la clause d'inaliénabilité.

<sup>20</sup>Bartin, *supra* note 3 aux pp. 177-78 :

Puisque la jurisprudence et les auteurs persistent à voir dans la condition de ne pas aliéner une atteinte au régime de la propriété ou à la capacité des personnes, de deux choses l'une : ou bien cette atteinte est contraire à la loi, et alors nous avons besoin, pour l'écartier exceptionnellement, d'un texte clair et formel, qu'aucune induction, aucune analogie ne sauraient suppléer, à peine de transformer en législateur l'interprète impru-

qu'il existe en fait trois formes de défenses d'aliéner, celles affectant les biens d'inaliénabilité, celles frappant les personnes d'incapacité (ces deux formes ayant été perçues par Demolombe), mais aussi celles ne constituant qu'une simple obligation de ne pas aliéner, catégorie qu'aurait ignorée Demolombe<sup>21</sup>.

Pour Bartin, il est nécessaire de distinguer deux formes d'atteinte à l'ordre public, soit l'impossibilité et l'illégalité. D'une part, une condition (terme qu'il emploie au sens de clause) est *impossible* en droit, lorsqu'elle «prétend annoncer une *situation de droit* que rend impossible le jeu des principes généraux, ou l'application de textes particuliers»<sup>22</sup>. Une clause qui vise ainsi à produire des effets de droit contraires au droit, telles une indisponibilité ou une incapacité, est nulle sans possibilité de tempéraments ni exceptions, quels que puissent en être la durée ou les motifs. D'autre part, les conditions *illicites* sont celles qui cherchent à instaurer une situation de *fait* que le droit ne permet pas au disposant d'imposer<sup>23</sup>. L'appréciation du caractère illicite d'une clause est alors fonction des circonstances et de son étendue.

Ainsi, les prohibitions de la nature d'une obligation de ne pas aliéner n'appartiennent pas à la catégorie des conditions impossibles en ce qu'elles ne cherchent pas à transformer le statut juridique d'une personne ou d'un bien. On doit plutôt les rattacher à la catégorie des conditions illicites, lorsqu'elles ont pour effet d'imposer une situation de fait contraire au principe de la liberté du travail et du commerce. Par contre, ces clauses pourront être valables lorsqu'elles constituent un exercice légitime de la liberté contractuelle<sup>24</sup>. La thèse de Bartin l'amène donc à invalider toute clause constitutive d'une indisponibilité ou d'une incapacité, et à valider à certaines conditions la clause comportant une obligation de ne pas aliéner.

14. — *La consécration du système de Demolombe.* Même si la thèse remarquable de Bartin a séduit plusieurs auteurs, elle ne correspondait pas aux solutions de la jurisprudence, qui consacrait le système de l'indisponibilité réelle ou de l'incapacité conventionnelle en annulant les actes de disposition qui enfreignaient une clause d'inaliénabilité reconnue comme légitime<sup>25</sup>. Quelques au-

---

dent qui tenterait de le faire — ou bien elle est valable en principe, et alors elle produit effet, quels que soient son caractère, son énergie, et sa durée.

<sup>21</sup>*Ibid.* à la p. 169 : «[Les auteurs] ne distinguent pas, comme moi, la condition de ne pas aliéner, et la condition d'inaliénabilité proprement dite. Ils confondent ces deux conditions sous une dénomination commune, et les frappent en principe de la même réprobation».

<sup>22</sup>*Ibid.* à la p. 17.

<sup>23</sup>*Ibid.* à la p. 126 et s.

<sup>24</sup>*Ibid.* aux pp. 166-67.

<sup>25</sup>Saignat a cherché à réconcilier la théorie de Bartin avec les solutions de la jurisprudence, là où Bartin lui-même n'avait pas caché leur incompatibilité. Il propose un éventail de sanctions qui tendront à accorder à l'obligation de ne pas aliéner tous les effets de la prohibition d'aliéner constitutive d'une indisponibilité. Il affirme d'abord que le bénéficiaire de la clause pourra demander la nullité des actes de disposition qui y contreviennent en application du droit à la réparation en nature prévue à l'article 1143 C. civ. (*supra* note 3 au n° 137). Il ajoute que les créanciers du propriétaire, tenus de respecter les obligations contractées par leur débiteur, devront se restreindre de saisir les biens affectés par une obligation de ne pas aliéner ! (*ibid.* au n° 180 et s.). Le Roux a adhéré lui aussi à la thèse de Bartin en 1929, un peu par défaut, «puisque aucun système meilleur ne peut lui être substitué» (*supra* note 3 à la p. 95). Il est déjà à même de constater que ce sont

teurs ont bien cherché à critiquer la jurisprudence validant les prohibitions d'aliéner constitutives d'une indisponibilité ou d'une incapacité, en remettant en cause l'utilité de la prohibition d'aliéner dans la plupart des hypothèses où elle était admise<sup>26</sup>. Mais devant la persévérance de la jurisprudence, les auteurs ont fini par adopter le système de Demolombe. Ils ont noté que la thèse de l'indisponibilité correspondait presque toujours mieux à l'intention des parties que l'interprétation faisant de la défense d'aliéner une charge de la libéralité, même affectée d'une condition résolutoire. Et puisque la jurisprudence avait si résolument décidé de valider cette thèse tout en l'enfermant à l'intérieur de certains paramètres permettant d'en contrôler la légitimité, il fallait rejeter la conception de la défense d'aliéner comme une obligation purement personnelle élaborée par Bartin<sup>27</sup>.

15. — *La Loi du 3 juillet 1971*<sup>28</sup>. Le nouvel article 900-1 du *Code civil* français est silencieux quant à la nature et au régime de la clause d'inaliénabilité et ne vise pas la clause d'maliénabilité stipulée en dehors des libéralités. Il se contente de rappeler les solutions jurisprudentielles suivant lesquelles la clause d'inaliénabilité n'est valide que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Mais l'article 900-1 doit, selon nous, être compris comme reconnaissant tacitement la thèse de l'indisponibilité réelle, à laquelle il fournit enfin un soutien textuel<sup>29</sup>. En effet, le nouvel article codifie clairement les solutions jurisprudentielles, dont il reconnaît par conséquent implicitement le bien-fondé.

Le seul élément nouveau de cette législation est qu'elle accorde aux tribunaux le pouvoir de réviser une clause d'inaliénabilité «si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige».

Dans le projet initial, on avait voulu fixer à 21 ans la durée maximale d'une stipulation d'inaliénabilité pour qu'il y ait libération automatique des biens affectés après cette période, sans nécessité de recourir aux tribunaux<sup>30</sup>. Mais on a fait valoir lors des débats parlementaires que ce délai paraissait tantôt trop long, tantôt trop court, selon les circonstances ; c'est pourquoi on a finalement préféré laisser cet élément à l'appréciation des tribunaux. Notons encore qu'une exception a été rajoutée au projet initial, après un vif débat, en faveur des personnes morales : les prohibitions d'aliéner stipulées dans les

---

les systèmes de l'indisponibilité réelle et de l'incapacité conventionnelle qui l'ont emporté dans la jurisprudence, où la nullité est maintenant fermement établie comme la sanction normale de la défense d'aliéner (*ibid.* aux pp. 170-71).

<sup>26</sup>Laurent, *supra* note 17 ; E. Boutaud, note sous Paris, 9 mars 1900, D.1901.II.505 ; A. Tissier, note sous Cass. Req., 23 mars 1903, S.1904.I.225 ; Chéron, *supra* note 4 aux pp. 351-53.

<sup>27</sup>Wagner, *supra* note 13 au n° 23 et s.

<sup>28</sup>*Supra* note 7. Pour un commentaire de cette loi, voir M. Morin, «Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments» *Répertoire Defrénois* 1971.I.1185 ; H. Corvest, «L'inaliénabilité conventionnelle» *Répertoire Defrénois* 1979.I.1377 ; Simler, *supra* note 6.

<sup>29</sup>On note l'emploi des termes «clauses d'maliénabilité affectant un bien donné ou légué». D'autre part, c'est une autre disposition, introduite celle-ci par la *Loi n° 84-562 du 4 juillet 1984, introduisant les articles 900-2 et s. au Code civil*, Gaz. Pal. 1984. 2° sem. Lég.547, qui prévoit la révision des conditions et charges des libéralités, ce qui nous amène à ne pas assimiler la stipulation d'inaliénabilité à une condition ou une charge.

<sup>30</sup>Simler, *supra* note 6 au n° 2.

libéralités à des personnes morales ou à charge d'en constituer une n'ont pas à être temporaires.

16. – *L'état actuel du droit en France.* L'état du droit en matière de prohibitions d'aliéner en France nous paraît pouvoir se résumer en deux propositions : 1) la stipulation d'inaliénabilité crée une indisponibilité réelle et n'est valide que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime<sup>31</sup> ; 2) elle est stipulée le plus souvent dans le contexte des libéralités, mais si elle devait se présenter dans un contexte onéreux, elle obéirait aux mêmes règles, bien que la loi soit silencieuse à ce sujet<sup>32</sup>.

2. Évolution du droit au Québec de la codification de 1866 à celle de 1991

17. – *La codification de 1866.* Les codificateurs de 1866, sans doute parce que leur mandat était de codifier le droit alors en vigueur au Bas-Canada, mais peut-être aussi en raison de leur plus forte allégeance au principe de la liberté de tester, étaient beaucoup moins réfractaires que ne l'avaient été les codificateurs français de 1804 aux substitutions et aux prohibitions d'aliéner. Ils ont donc validé ces deux institutions dans le contexte des libéralités, sans toutefois préciser la nature de la prohibition d'aliéner<sup>33</sup>.

<sup>31</sup>On note encore une dissidence : C. Larroumet, *Droit civil : Les biens*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Économica, 1988 au n<sup>o</sup> 350, pour qui la prohibition d'aliéner devrait être interprétée comme une obligation de ne pas faire.

<sup>32</sup>La plupart des auteurs français affirment, sans effectuer d'examen sérieux de la question, que les règles élaborées dans le contexte des libéralités peuvent être étendues au contexte onéreux. On retrouve ainsi dans plusieurs écrits sur la prohibition d'aliéner, avec la constance d'une clause de style reprise d'auteur en auteur, un passage à peu près à cet effet :

Les clauses d'inaliénabilité sont courantes dans les libéralités, mais très rares dans les aliénations à titre onéreux, puisque que dans ce dernier cas, le vendeur, pour pouvoir imposer sa clause, devrait se résoudre à accepter un prix de vente moins élevé, ce qui ne présenterait que peu d'intérêt. Donc, on peut se contenter d'étudier la prohibition d'aliéner dans le contexte des libéralités, et les conclusions obtenues pourront alors être appliquées aux contrats onéreux, dans les rares cas où une telle clause s'y présenterait.

Voir Saïgnat, *supra* note 3 aux n<sup>os</sup> 2-4 ; Boutaud, *supra* note 26 à la p. 505 ; Corvest, *supra* note 28 à la p. 1382 ; Le Roux, *supra* note 3 aux pp. 5-6 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1980 aux n<sup>os</sup> 56-56-2. Voir aussi F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907 à la p. 321.

<sup>33</sup>On pourrait relever dans les textes certains indices penchant en faveur de l'indisponibilité réelle, comme par exemple l'art. 968, al. 5, qui se lit comme suit : «Dans les donations entrevifs, l'engagement de ne pas aliéner pris par celui qui reçoit a les mêmes effets que la prohibition». Cette disposition apparaît comme une règle d'interprétation voulant que la stipulation d'inaliénabilité soit interprétée plutôt comme une prohibition au sens fort (c'est-à-dire créant une indisponibilité ou une incapacité) que comme une simple obligation de ne pas faire. Ainsi interprété, cet alinéa présuppose une distinction entre la prohibition d'aliéner proprement dite et le simple engagement de ne pas aliéner. On retrouve une autre règle d'interprétation à l'article 972 qui permet de lire la volonté du disposant dans le sens d'une prohibition d'aliéner «[q]uoique [son] motif ne soit pas exprimé, et quoiqu'elle ne soit pas en termes de nullité», ce qui laisse entendre que la sanction légitime de la prohibition d'aliéner est la nullité. Par ailleurs, l'article 981 exige que les prohibitions d'aliéner soient publiées de la même manière que les substitutions, ce qui semble indiquer qu'elles seraient opposables aux tiers. Mais l'alinéa 2 de l'article 972 sème alors la confusion lorsqu'il affirme : «Lorsque la prohibition n'est pas faite pour d'autre motif, elle est interprétée comme constituant un droit de retour en faveur du disposant et de ses héritiers». ... c'est-à-dire une condition résolutoire !

18. – *Interdiction de la prohibition d'aliéner dans le contexte des transferts à titre onéreux.* Les codificateurs consacrent en droit québécois une nouveauté apparente par rapport au droit français : l'interdiction de la prohibition d'aliéner dans le contexte d'un transfert à titre onéreux (article 970 C.c.B.-C.)<sup>34</sup>. Par ailleurs, ils ne reprennent pas les conditions de validité élaborées par le droit français depuis 1804 quant au caractère temporaire de la clause et au caractère sérieux et légitime de l'intérêt protégé.

19. – *L'interprétation de la doctrine.* La doctrine a interprété les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* en les comparant avec le droit positif français et a jugé très restrictif l'article 970 C.c.B.-C., en ce qu'il déclare sans effet la prohibition d'aliéner stipulée dans une cession à titre onéreux, alors que le droit français paraît valider cette clause dans le contexte onéreux aux mêmes conditions que dans les actes gratuits. La doctrine a alors recherché des moyens de tempérer les effets de l'article 970 C.c.B.-C. et d'aligner les solutions du droit québécois sur le droit français, plutôt que d'en rechercher le véritable sens. Certains auteurs ont ainsi proposé qu'à l'instar du droit français, les clauses d'inaliénabilité soient validées dans le contexte onéreux à condition d'être temporaires et stipulées dans un intérêt légitime<sup>35</sup>. Ils pensaient pouvoir étayer cette position à l'aide des commentaires des codificateurs<sup>36</sup>.

Ajoutons enfin que la pratique semble avoir donné une interprétation très étroite à l'article 970 C.c.B.-C., en considérant que la prohibition d'aliéner n'est interdite que dans la vente ou l'échange, c'est-à-dire les contrats translatifs de propriété à titre onéreux. La prohibition d'aliéner demeurerait donc valable sans restriction (ou du moins, nul ne songeait à la contester) dans les autres contrats onéreux, par exemple dans les actes d'hypothèque et les conventions entre actionnaires, copropriétaires ou associés.

20. – *La codification de 1991.* La codification de 1991 ne permet plus de contourner ainsi l'interdiction des prohibitions d'aliéner dans les actes onéreux. D'une part, à la différence de l'article 970 C.c.B.-C., ce ne sont plus uniquement les ventes qui sont visées par l'interdiction, mais tous les actes à titre onéreux. D'autre part, on ne peut plus soutenir que la prohibition d'aliéner est valide en dépit de cette interdiction dans la mesure où elle est temporaire et répond à un

<sup>34</sup>Deux arrêts importants ont appliqué ce principe : *Fraser c. Pouliot*, [1881] 4 R.C.S. 515 ; *Janelle c. Courchesne* (1907), 31 C.S. 157. Pourtant, dans *Fraser c. Pouliot*, il ne semblait pas s'agir d'une véritable prohibition d'aliéner, puisque la sanction de la clause était la «nullité» de l'acte principal dans lequel elle était stipulée, et non de l'acte d'aliénation. Il s'agissait donc plutôt d'une condition résolutoire.

<sup>35</sup>Voir P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901 à la p. 133 ; R. Comtois, «De la prohibition d'aliéner dans les actes à titre onéreux» (1956) 59 R. du N. 212 à la p. 215 et s. Quelques décisions ont adopté cette position : *Morin c. Elphège Goyette Inc.*, [1990] R.D.I. 278 à la p. 278 (C.S.) (où il semblait bien s'agir d'une prohibition constitutive d'une indisponibilité) ; *Cartier Parking Inc. c. Entreprises Pétro-Canada* (22 août 1990), Montréal 500-09-001651-835, J.E. 90-1292 (C.A.) aux pp. 8-9, Mme le juge Rousseau-Houle (la prohibition semblait ici prendre la forme d'une obligation de ne pas faire).

<sup>36</sup>«L'article 223 exclut de la vente la prohibition d'aliéner, que le vendeur n'a ni intérêt ni droit à imposer. Si quelque circonstance le porte à le faire temporairement, rien ne l'empêche de se réserver un droit de retour ou de faire autrement telle convention valable qui atteindra son but» (*Code civil du Bas-Canada : Quatrième et cinquième rapports*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 198).

intérêt légitime, puisque ces exigences ont été imposées par le législateur de 1991 pour les clauses stipulées dans un contexte gratuit. Ce serait détourner de manière flagrante le sens de l'article 1212 C.c.Q. que de déclarer valables les clauses stipulées dans un contexte onéreux aux mêmes conditions que les clauses stipulées dans un contexte gratuit !

### 3. Synthèse sur la raison d'être des articles 970 C.c.B.-C. et 1212 C.c.Q.

21. — Nous avons vu comment la doctrine française s'est surtout consacrée à une discussion de la validité de la prohibition d'aliéner en faisant le plus souvent abstraction du contexte onéreux. La doctrine et la jurisprudence québécoises, quant à elles, se sont penchées sur le contexte onéreux, mais uniquement pour tenter de contourner l'article 970 C.c.B.-C., qui leur semblait constituer une déviation injustifiée du droit québécois par rapport au droit français.

Pourtant, l'interdiction dans le contexte onéreux de la prohibition d'aliéner constitutive d'une indisponibilité ou d'une incapacité s'impose selon nous, non pas parce qu'elle emporte une atteinte plus importante au principe de la libre circulation des biens, comme on a cru pouvoir interpréter l'article 970 C.c.B.-C., mais en raison du caractère nuisible d'une telle clause pour les créanciers du propriétaire. La prohibition d'aliéner emporte en effet l'insaisissabilité, et si cela était possible dans le contexte onéreux, bien des acheteurs s'y soumettraient avec empressement. Dans le cadre d'une libéralité, la prohibition d'aliéner n'entraîne pas un appauvrissement du patrimoine du nouveau propriétaire en y introduisant une valeur insaisissable. Mais aussitôt que le transfert est onéreux, il y a échange de valeurs saisissables pour des valeurs insaisissables et donc appauvrissement du patrimoine de l'acquéreur au détriment de ses créanciers. Pour les mêmes raisons, on ne pourrait pas accepter que par acte unilatéral ou par contrat, une personne puisse rendre indisponible un de ses biens, même dans l'intérêt d'un tiers.

22. — Voudrait-on nous répondre que rien n'interdit à une personne d'appauvrir son patrimoine (on permet bien les donations) et qu'il est inacceptable de circonscrire par des interdictions aussi formelles sa liberté d'action dans la gestion de ses biens, sous prétexte de protéger ses créanciers ? Nous répliquerions alors que les actes à titre gratuit sont en principe animés par l'intention libérale du donateur qui ne peut normalement trouver d'intérêt à se départir définitivement de son bien. Qui plus est, il existe justement des mécanismes sophistiqués dans tous les domaines du droit pour prémunir les créanciers contre la fraude que peut receler une donation. Cette situation n'est pas comparable à celle par laquelle une personne rendrait indisponible un bien qu'elle acquiert à titre onéreux ou qu'elle possède déjà, même dans l'intérêt d'un cocontractant. Par ailleurs, il existe toutes sortes d'autres mécanismes qui offrent d'excellentes garanties à un vendeur ou un prêteur (hypothèque, clause de réserve de propriété, condition résolutoire, etc.) sans entraîner l'indisponibilité.

L'exemple suivant proposé par un auteur nous permettra d'illustrer notre propos :

Après le décès de leurs parents, 3 enfants se trouvent dans l'indivision. Celui d'entre eux qui occupe la propriété de famille n'a pas une situation de fortune qui lui

permette de l'acquérir à son véritable prix. Cependant, ses frères, désireux de voir cette propriété rester dans la famille, sont d'accord pour lui céder leurs parts à un prix réduit. Mais, s'ils acceptent de faire un sacrifice, ils voudraient être certains que leur frère acquéreur ne revendra par la propriété, au moins pendant un certain délai. Peut-on insérer une clause d'inaliénabilité dans la cession, faite à titre de licitation ?<sup>37</sup>

Dans cet exemple, les raisons qui poussent les parties à stipuler une prohibition d'aliéner apparaissent des plus légitimes : loin d'elles l'intention de frauder les créanciers de l'acquéreur. Et pourtant, c'est permettre à quelqu'un avec peu de moyens d'acquérir avec les quelques liquidités dont il dispose un bien qui sera indisponible dans son patrimoine, une situation pour le moins dangereuse pour ses créanciers. Pourquoi le permettre alors que les vendeurs pourraient tout aussi bien, pour arriver à leurs fins, se réserver un pacte de préférence ou le droit de partager la plus-value en cas de revente par l'acquéreur ?

23. – Nos lecteurs se demanderont peut-être comment des considérations si évidentes et si logiques ont bien pu échapper aux auteurs et à la jurisprudence. En réalité, elles ne leur ont pas tout à fait échappé. Jossierand a soulevé la difficulté, lorsqu'il a contesté la validité d'une prohibition d'aliéner stipulée dans un acte autre qu'un acte de transfert de propriété, pour la raison qu'elle porterait alors préjudice aux créanciers du propriétaire antérieurs à l'acte<sup>38</sup>. Quelques auteurs ont ensuite réitéré cette mise en garde<sup>39</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation a également énoncé le principe qu'on ne peut grever d'une inaliénabilité un bien dont on est déjà propriétaire<sup>40</sup>. Toutes ces autorités reconnaissent donc que la prohibition d'aliéner ne peut pas porter sur un bien dont on ne transfère pas la propriété : mais elles paraissent néanmoins favorables à sa validité dans les actes de transfert à titre onéreux<sup>41</sup>.

24. – Deux auteurs français ont tenté de valider la prohibition d'aliéner dans l'ensemble des actes onéreux en écartant l'objection soulevée par Jossierand<sup>42</sup>.

<sup>37</sup>A. Raison, «Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux» (1954) 185 J. des notaires et des avocats 121 à la p. 121.

<sup>38</sup>L. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, Paris, Dalloz, 1928 au n° 224.

<sup>39</sup>Voir H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, 7<sup>e</sup> éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1986 au n° 219 :

Est-il possible, en dehors des cas prévus par la loi, de rendre un bien inaliénable ?  
*La réponse négative s'impose pour l'inaliénabilité dont un individu frapperait ses propres biens sans en disposer.* Ce serait un moyen trop commode de faire échapper ses biens aux poursuites de ses créanciers : on sait que l'inaliénabilité entraîne nécessairement l'insaisissabilité.

<sup>40</sup>Cass. civ., 22 juillet 1896, D.1898.I.17, note M. Planiol. Des enfants cèdent à leur père l'usufruit de biens qu'ils ont reçu dans la succession de leur mère, pendant que leur père leur fait donation de ses immeubles personnels, sur lesquels il se réserve également un droit d'usufruit. Pour protéger le droit d'usufruit du père, il est stipulé une prohibition d'aliéner sur la nue-propriété de l'ensemble des biens. La Cour de cassation refuse d'accorder au père le droit de demander l'annulation de la vente par ses enfants d'un des biens reçus de leur mère, en affirmant qu'«une semblable convention n'est plus opposable aux tiers lorsqu'elle porte sur des biens autres que ceux qui font l'objet de la donation». Commentant cet arrêt, Planiol affirme : «C'est fermer d'un seul coup à cette clause son plus vaste champ d'applications possibles. Elle apparaît désormais comme confinée dans le cercle des transmissions à titre gratuit».

<sup>41</sup>Voir P. Voirin, note sous Guadeloupe, 29 avril 1935, D.P. 1937.II.1 à la p. 4.

<sup>42</sup>Voirin, *ibid.* ; Raison, *supra* note 37.

Ces auteurs constatent que la prohibition d'aliéner peut être très utile dans les prêts hypothécaires et dans les ventes qui prévoient un terme pour le paiement du prix, car elle facilite le recours du créancier qui n'aura pas, notamment, à exercer son droit de suite<sup>43</sup>. Ils affirment alors qu'il faut dissocier dans ces cas l'inaliénabilité de l'insaisissabilité<sup>44</sup>.

Mais en abandonnant l'insaisissabilité, n'a-t-on pas aussi abandonné la conception de l'inaliénabilité comme une indisponibilité réelle ? Selon nous, il est plus juste dans ce cas d'affirmer tout simplement que les clauses d'inaliénabilité dans les actes de vente ou d'hypothèque sont en général de la nature d'une obligation personnelle de ne pas faire. L'obligation personnelle de ne pas faire, qui n'entraîne pas l'indisponibilité de son objet, échappe à l'application de la règle énoncée aux articles 970 C.c.B.-C. et 1212 C.c.Q.

**25. – Conclusion.** Nous pensons que c'est le défaut de distinguer clairement entre les différentes espèces de restrictions à la liberté d'aliéner et le fait qu'on tende trop souvent à oublier la mise en garde de Josserand contre les effets nuisibles de l'indisponibilité, qui sont à l'origine de beaucoup de confusion dans la pratique et la jurisprudence<sup>45</sup>. C'est ainsi qu'en France on paraît associer aux prohibitions d'aliéner d'effet réel l'engagement du débiteur, dans une convention d'hypothèque ou une vente, de ne pas aliéner un certain bien. Par ailleurs, certains auteurs ont déploré que la *Loi du 3 juillet 1971* ait écarté de son domaine d'application les actes à titre onéreux, créant ainsi une dualité de régimes<sup>46</sup>. Pendant ce temps, au Québec, on invalide dans une vente une défense d'aliéner en lui appliquant l'article 970 C.c.B.-C., même s'il est clair qu'il ne s'agit pas, dans l'esprit des parties, d'une indisponibilité réelle, mais plutôt d'une obligation de ne pas faire<sup>47</sup>.

La position énoncée par la majorité de la doctrine française et québécoise nous paraît trompeuse à trois points de vue. En premier lieu, elle n'articule pas

<sup>43</sup>Voir surtout Voirin, *ibid.*

<sup>44</sup>Voir, *ibid.* à la p. 3 :

En bref, l'insaisissabilité n'est qu'un moyen auxiliaire permettant à l'inaliénabilité d'atteindre sa fin ; elle n'est reconnue et sanctionnée que dans la mesure strictement nécessaire. [...] Dans les contrats hypothécaires, l'inaliénabilité se suffit à elle-même, et n'entraîne donc pas nécessairement l'insaisissabilité de l'immeuble hypothéqué.

<sup>45</sup>Commentant l'arrêt dont il a déjà été question ci-haut, Planiol s'exprime comme suit : Pourquoi un propriétaire, d'ailleurs capable et maître de ses droits, ne pourrait-il pas établir lui-même sur ses propres biens les entraves qu'un tiers peut lui imposer comme condition d'une libéralité ? On ne voit pas pour quelle raison l'inaliénabilité serait compatible avec les principes juridiques et les nécessités économiques, lorsqu'elle est établie par un propriétaire qui aliène la nue propriété et comme condition de l'aliénation, tandis qu'elle cesserait de l'être quand ce même propriétaire l'établit sur des biens qu'il possède déjà et dont il se contente d'aliéner l'usufruit. Entre parties également capables, les mêmes clauses doivent être possibles, quelle que soit l'origine des biens sur lesquels on va établir la charge (*supra* note 40 à la p. 17).

<sup>46</sup>Simler, *supra* note 6 au n° 23 ; Corvest, *supra* note 28 à la p. 1382.

<sup>47</sup>Dans l'arrêt *Bruneau c. Simard*, [1989] R.D.I. 89, la Cour supérieure a invalidé une clause contenue dans un acte de vente qui stipulait que toute aliénation consentie sans l'accord préalable du vendeur serait une cause de défaut, comme contraire à l'article 970 C.c.B.-C. Voir aussi G. Trudel et al., *Traité de droit civil du Québec*, t. 6 par C.-H. Lalonde, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958 aux pp. 187-88.

la distinction mise en lumière par Bartin entre la stipulation d'inaliénabilité constitutive d'une indisponibilité réelle ou d'une incapacité et la stipulation créant une obligation personnelle de ne pas faire<sup>48</sup>. En second lieu, elle affirme la possibilité de stipuler la prohibition d'aliéner conçue comme une indisponibilité ou une incapacité dans le contexte onéreux. En troisième lieu, elle réduit la question de l'atteinte à l'ordre public soulevée par cette prohibition d'aliéner à un simple problème de conflit de libertés, entre la liberté de tester ou de contracter d'une part, et la libre circulation des biens, de l'autre, ce qui donne lieu à une conception purement relative de l'ordre public applicable en matière d'inaliénabilité<sup>49</sup>. Si cette analyse convient bien pour apprécier la validité d'une obligation de ne pas aliéner, elle est tout à fait inappropriée pour apprécier la validité d'une prohibition d'aliéner de la nature d'une indisponibilité ou d'une incapacité, car alors passe presque inaperçue l'objection beaucoup plus fondamentale que l'insaisissabilité accompagnant l'inaliénabilité risque de porter indûment atteinte aux droits des créanciers. C'est sans doute cette troisième lacune qui est à l'origine des deux premières, car il suffit de remarquer que cette objection est incontournable lorsque l'inaliénabilité est stipulée dans le contexte onéreux pour comprendre que seules sont alors admissibles les obligations de ne pas aliéner, qui n'ont pas d'effet à l'égard des tiers et par conséquent ne nuisent pas aux créanciers du propriétaire du bien visé par la stipulation.

### *B. Nécessité de distinguer trois catégories de restrictions à la liberté d'aliéner*

26. – Nous avons vu que parmi les auteurs ayant abordé la question de la validité des prohibitions d'aliéner, seul Bartin a su lier cette discussion à la nature multiple de la prohibition<sup>50</sup>. Les auteurs se sont toujours entendus sur le fait qu'il en existe trois conceptions possibles : l'indisponibilité réelle, l'incapacité et l'obligation de ne pas faire. Mais ils ont le plus souvent cherché à donner une qualification unique à l'ensemble des prohibitions d'aliéner. Il faut au contraire, selon nous, reconnaître qu'il existe diverses espèces de défenses d'aliéner, en les distinguant soigneusement au moment d'en discuter la validité et le régime.

27. – *Le processus de qualification.* L'interaction entre la qualification d'une institution juridique et ses effets est bien entendue dynamique : on peut rejeter

<sup>48</sup>«J'ai déjà laissé entrevoir [que la prohibition d'aliéner] est susceptible de deux sens très différents. Dans le premier sens, elle tend à rendre inaliénable le bien qu'elle frappe ; dans le second, elle impose simplement à la personne à qui elle s'adresse de ne pas l'aliéner» (Bartin, *supra* note 3 à la p. 53).

<sup>49</sup>«L'intérêt général de la libre cessibilité des biens cède donc devant des intérêts privés, la notion d'ordre public devient relative comme on peut le constater dans l'étude d'une jurisprudence qui s'est manifestée dans le domaine de tous les droits patrimoniaux, réels ou personnels» (R. Béraud, «Des clauses d'inaliénabilité conventionnelle» *Répertoire Commaille* 1949.I.55 au n° 1). Voir aussi Corvest, *supra* note 28 aux pp. 1380-81 ; H. Moreau, «De l'inaliénabilité conventionnelle» J.C.P. 1931.I.1057 à la p. 1057 ; Simler, *supra* note 6 au n° 1.

<sup>50</sup>Quoi que l'on puisse penser de l'étanchéité de la distinction qu'effectue Bartin entre les conditions impossibles et les conditions illicites, on ne peut manquer d'être convaincu par son exposé lorsqu'il distingue la prohibition entraînant l'indisponibilité ou l'incapacité et celle créant une simple obligation de ne pas aliéner : «Il y a entre les deux», dit-il, «toute la différence du droit réel à l'obligation» (*supra* note 3 à la p. 165).

une qualification comme étant incorrecte lorsqu'elle ne permet pas à l'institution de produire les effets désirés ; et inversement, on peut nier à une institution certains effets qui ne découlent pas de sa qualification. Entre en jeu également dans le processus de qualification, la question de la validité de l'institution telle qu'elle est qualifiée. En matière de contrats, il faudra préférer la qualification qui valide une clause à celle qui l'invalide, quitte à nier à la clause certains effets voulus par les parties<sup>51</sup>. Par contre, on ne peut pas permettre aux parties d'en arriver à une fin qui est juridiquement illicite ou impossible grâce à des moyens autrement licites et possibles. Dans ce dernier cas, il faudra restaurer aux clauses litigieuses leur véritable qualification et les déclarer inefficaces.

Après cette mise en situation, abordons maintenant chacune des thèses qui ont été proposées pour expliciter la nature et les effets de la prohibition d'aliéner.

### 1. Thèse de l'indisponibilité réelle

28. – C'est cette conception qui permet de rendre compte de la majorité des cas de prohibitions d'aliéner envisagés par la doctrine (c'est-à-dire ceux où la clause est stipulée dans le cadre d'une libéralité) et des sanctions qui leur ont le plus souvent été appliquées par la jurisprudence (et qui sont maintenant reconnues par l'article 1212 C.c.Q. et suivants). Elle a donc été reçue majoritairement par la doctrine.

29. – *Caractéristiques et effets.* Selon cette thèse, la prohibition d'aliéner s'attache au bien affecté, le rendant indisponible. Elle retire du propriétaire l'*abusus*, c'est-à-dire la possibilité de disposer du bien, de manière à le figer dans son patrimoine. De ce fait, tout acte de disposition contraire à la prohibition peut être annulé et le bien est rendu insaisissable. C'est le droit de propriété, le rapport juridique du propriétaire sur son bien, qui s'en trouve directement affecté.

30. – *Nature juridique de la clause.* Au-delà de cette brève description de la thèse de l'indisponibilité réelle, on éprouve de graves difficultés à classer la prohibition d'aliéner ainsi conçue parmi les catégories connues des droits personnels et réels. S'agirait-il d'un droit réel démembré ? La réponse paraît devoir être négative puisque l'*abusus*, retiré du propriétaire, n'est cependant conféré à aucune autre personne. Pourrait-on comparer la prohibition d'aliéner à un droit de préférence ou à une hypothèque ? Certes, la prohibition est souvent stipulée au bénéfice d'une personne autre que le propriétaire pour protéger un droit ou un intérêt qu'elle a dans le bien visé, mais cette personne n'est pas pour autant titulaire d'un droit réel dans ce bien du seul fait de la prohibition. Tout au plus bénéficie-t-elle d'un droit de critique, c'est-à-dire celui de demander la nullité, face aux actes posés par le propriétaire en contravention à la prohibition.

On pourrait alors apparenter l'indisponibilité réelle à une obligation réelle ou *propter rem* imposée au propriétaire du bien en tant que propriétaire et conférant un droit personnel au bénéficiaire. Mais cette qualification ne permet pas

---

<sup>51</sup>Cette règle d'interprétation classique est reprise à l'article 1428 C.c.Q.

d'expliquer comment la prohibition peut avoir pour résultat de rendre le bien insaisissable, prohibition qui sera alors opposable aux créanciers du propriétaire. D'autre part, l'obligation *propter rem* suit le bien dans les mains des propriétaires subséquents, alors qu'il ne semble pas que la prohibition d'aliéner ait cet effet<sup>52</sup>. Elle est en ce sens *personnelle* à la personne à qui elle est imposée.

Devant ces difficultés, certains auteurs ont suggéré que la prohibition d'aliéner constitue une modalité *sui generis* de la propriété<sup>53</sup>. D'autres, refusant d'accepter si facilement la défaite, ont tenté d'expliquer l'indisponibilité réelle par la notion d'affectation. Les biens ainsi grevés sont affectés à une finalité spéciale qui les soustrait partiellement du patrimoine de leur propriétaire<sup>54</sup>. L'idée est séduisante dans le contexte du *Code civil du Québec* qui reconnaît expressément la notion de patrimoine d'affectation<sup>55</sup>. Et justement, dans le contexte des substitutions, qui présentent certaines affinités avec les prohibitions d'aliéner, l'article 1223 C.c.Q. énonce que les biens substitués, dont le grevé est propriétaire, «forment, au sein de son patrimoine personnel, un patrimoine distinct destiné à l'appelé». L'idée d'affectation présente donc des perspectives intéressantes dans notre nouveau Code, mais nous croyons que son application devrait être soigneusement soupesée, puisqu'on ne peut à la légère procéder à des divisions du patrimoine. Tenter de trancher la question épineuse de la nature juridique de la prohibition d'aliéner conçue comme une indisponibilité réelle dépasserait largement le cadre de cette étude, et nous la laisserons donc en suspens.

**31. – Validité.** Il n'est pas exagéré d'affirmer que la création par un acte juridique privé d'une indisponibilité réelle entre en contradiction flagrante avec plusieurs principes fondamentaux du droit civil post-révolutionnaire. On peut citer le principe du gage commun des créanciers<sup>56</sup>, le caractère absolu du droit de propriété<sup>57</sup>, l'interdiction des substitutions en France<sup>58</sup>, et les principes sous-

---

<sup>52</sup>Supposons qu'un testateur lègue l'usufruit d'un bien à A et la nue-propriété à B, en interdisant à B d'aliéner la nue-propriété jusqu'à extinction du droit d'usufruit. B veut aliéner la nue-propriété à C, et A, qui fait confiance à C, est d'accord et renonce à son droit de demander la nullité de la vente. C est-il maintenant tenu par la prohibition d'aliéner ? La réponse doit être négative, puisque C a obtenu la propriété du bien par acte onéreux et ne peut donc pas se voir imposer une inaliénabilité qui serait au détriment de ses créanciers. Par ailleurs, la prohibition d'aliéner n'est pas transmise aux héritiers du propriétaire.

<sup>53</sup>Wagner, *supra* note 13 au n° 26 ; H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 au n° 188.

<sup>54</sup>C'est la thèse de Bretonneau, *supra* note 3 à la p. 190 et s. Cette idée n'a pas par la suite, à notre connaissance, fait l'objet de développements importants ; mais voir Béraud, «Des clauses d'inaliénabilité conventionnelle», *supra* note 49 ; Béraud, «L'indisponibilité juridique», *supra* note 4 au n° 10.

<sup>55</sup>Voir l'art. 1256 et s. C.c.Q., qui constituent le titre sixième intitulé «De certains patrimoines d'affectation».

<sup>56</sup>Voir les art. 1981 C.c.B.-C., 2093 C. civ., 2644 C.c.Q.

<sup>57</sup>Voir les art. 406 C.c.B.-C., 544 C. civ., 947 C.c.Q.

<sup>58</sup> 896. Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.

jacents de la liberté du commerce et de la libre circulation des biens<sup>59</sup>. Pourtant, comme nous l'avons vu, la prohibition d'aliéner constitutive d'une indisponibilité réelle a été validée après la codification de 1804 en France, malgré l'absence de support textuel dans le *Code civil*, et ensuite au Québec par les codifications de 1866 et 1991. Elle fait donc maintenant incontestablement partie du droit positif français et québécois.

## 2. Thèse de l'incapacité

32. – *Caractéristiques et effets de l'incapacité conventionnelle.* Les auteurs ont également soulevé la possibilité de concevoir la prohibition d'aliéner comme constituant une incapacité juridique du propriétaire à l'égard d'un certain bien. Ce n'est alors plus le bien qui est frappé d'indisponibilité, mais son propriétaire qui l'est d'une incapacité partielle. La thèse de l'incapacité rend très bien compte du caractère personnel de la défense d'aliéner à l'égard du propriétaire, du fait qu'elle se rattache à la faculté d'une personne en particulier d'aliéner un de ses biens, sans qu'elle soit transmise à ses ayants cause à la manière d'une obligation *propter rem*. Comme l'indisponibilité, l'incapacité justifie l'annulation des dispositions contraires à la prohibition. Par contre, on voit mal pourquoi une telle incapacité entraînerait nécessairement l'insaisissabilité du bien affecté.

33. – *Distinction entre l'incapacité et l'indisponibilité.* Comme l'indisponibilité, l'incapacité paraîtrait de prime abord apte à rendre compte des prohibitions d'aliéner dans leur globalité, c'est-à-dire tant de celles visant la protection des intérêts du stipulant ou d'un tiers que de celles visant la protection du propriétaire lui-même. Les incapacités sont en effet de deux sortes : celles stipulées pour la protection de l'incapable (incapacités d'exercice), et celles stipulées pour la protection de certains tiers (incapacités de jouissance). Mais les auteurs ont préféré à la thèse de l'incapacité celle de l'indisponibilité, qui rendait mieux compte selon eux de la nature et du but de la prohibition d'aliéner envisagée dans sa globalité.

Il est cependant un cas de figure où de nombreux auteurs ont vu dans la prohibition d'aliéner une véritable incapacité conventionnelle : il s'agit du cas où la clause est stipulée dans l'intérêt du gratifié pour le protéger contre son inexpérience ou sa prodigalité<sup>60</sup>. On a ainsi suggéré de distinguer les prohibi-

---

<sup>59</sup>Notons surtout l'article suivant du *Code civil* français (art. 1598) et son équivalent dans le *Code civil du Bas-Canada* (art. 1486) :

1598. Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

1486. Peut être vendue toute chose qui n'est pas hors du commerce, soit par sa nature ou sa destination, soit par une disposition spéciale de la loi.

<sup>60</sup>Ces auteurs se sont alors divisés sur la question de la validité d'une telle clause. La majorité sont défavorables :

Le plus souvent, en stipulant l'inaliénabilité dans l'intérêt du bénéficiaire, le disposant traite véritablement ce dernier en incapable. L'incapacité ne résulte plus alors du seul fait de l'inaliénabilité ; elle répond au contraire à l'intention du disposant, qui est, tout en créant l'indisponibilité du bien, d'établir à l'encontre du bénéficiaire une véritable

tions d'aliéner produisant une indisponibilité de celles donnant lieu à une incapacité en fonction de la finalité de la prohibition<sup>61</sup>. Lorsqu'il s'agit de garantir l'intérêt du disposant ou d'un tiers dans le bien, par exemple s'ils détiennent un droit réel démembré ou éventuel dans ce bien, c'est le bien qui est frappé d'indisponibilité tant que dure cet intérêt. Par contre, lorsque l'inaliénabilité est stipulée en faveur du propriétaire lui-même, pour le protéger contre son inexpérience ou sa prodigalité, il s'agit véritablement d'une incapacité, qui s'imposera le plus souvent au propriétaire jusqu'à ce qu'il atteigne un certain âge de supposée maturité.

34. – *Validité*. Peut-on ainsi, par un acte ou une convention privés, limiter la capacité d'une personne à gérer ses biens ? Rien ne pourrait paraître plus surprenant, lorsqu'on connaît le principe fondamental selon lequel «[t]oute personne est capable de contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi»<sup>62</sup>. Pourtant, la jurisprudence et les auteurs ont majoritairement reconnu la validité de cette clause<sup>63</sup>. Il faut dire que la question de la validité de la clause

incapacité relative à ce bien. *Cela, la loi ne le permet pas* (Wagner, *supra* note 13 au n° 43).

Voir aussi Martin, *supra* note 3 aux pp. 180-81 ; Planiol, *supra* note 40 ; Tissier, *supra* note 26 ; Morin, *supra* note 28 au n° 6 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil : Des donations entre vifs et des testaments*, t. 1, 2° éd., Paris, Recueil général des lois et arrêts, 1899 au n° 129 :

[L]orsqu'elle se justifie uniquement par l'intérêt du gratifié, la défense d'aliéner apparaît, en réalité, avec le caractère d'une véritable incapacité dont le disposant entend le frapper. Il craint sa faiblesse d'esprit, sa prodigalité.

Mais, si justifiables qu'elles puissent être, de semblables clauses nous semblent se heurter à cette idée que ce ne sont point les particuliers mais la loi seule qui, dans un intérêt général, détermine la capacité des personnes.

Nous n'hésiterions donc point à les considérer illicites, aussi bien du reste les défenses temporaires que les défenses illimitées.

Quelques auteurs sont favorables :

[I]l y a une multitude de gens qui, sans être à proprement parler des prodiges ou des faibles d'esprit, ne laissent pas de se ruiner. La clause d'inaliénabilité a donc là un rôle utile à remplir ; nous verrons même que c'est dans des circonstances de ce genre qu'apparaît le mieux cet intérêt sérieux et légitime dont parle la jurisprudence (Chéron, *supra* note 4 à la p. 347).

Voir aussi Wagner, *ibid.* aux pp. 359-60, qui ne recommande cependant le maintien d'une telle clause que dans des cas très exceptionnels. Voir aussi Le Roux, *supra* note 3 à la p. 53 et s., qui constate la tendance favorable de la jurisprudence à ces clauses :

La jurisprudence n'a pas eu ces hésitations et, ne reculant pas devant l'idée d'une indisponibilité ou peut-être même d'une incapacité créée par la seule volonté des parties, elle a considéré que c'est dans cette hypothèse [lorsqu'elle est stipulée dans l'intérêt du gratifié] que la clause réalise son maximum d'utilité (*ibid.* à la p. 57).

<sup>61</sup>Voir Chéron, *ibid.* aux pp. 349-50 ; Wagner, *ibid.* aux pp. 324-25.

<sup>62</sup>Art. 985 C.c.B.-C. Voir aussi les art. 1123 C. civ., 154 C.c.Q.

<sup>63</sup>Ainsi, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 16 janvier 1923 dans lequel on retrouve l'attendu suivant :

[A]ttendu que Jean-Baptiste Calvet [...] a seulement voulu que les biens légués soient incessibles et insaisissables jusqu'à ce que sa légataire ait atteint l'âge de trente ans ou ait contracté mariage avec l'approbation de ses grands-parents ou, à défaut de ceux-ci, d'un conseil de famille ; que [...] cette clause a été inspirée par un sentiment de bienveillant intérêt pour la légataire, en vue de la protéger contre les prodigalités auxquelles elle aurait pu se laisser entraîner [...] ; Attendu que la clause d'inaliénabilité temporaire

d'inaliénabilité stipulée dans l'intérêt du gratifié n'a peut-être pas été posée suffisamment clairement en termes d'incapacité, étant donné que plusieurs auteurs rejettent d'emblée la thèse de l'incapacité et continuent à qualifier la prohibition d'aliéner stipulée pour la protection du propriétaire comme créant une indisponibilité réelle répondant à un intérêt sérieux et légitime de sage prévoyance. Par conséquent cette clause est considérée valide<sup>64</sup>.

On pourrait critiquer l'approche de ces derniers auteurs qui consiste à rejeter la qualification de l'incapacité pour le motif qu'elle est contraire à l'ordre public. Ils en arrivent ainsi à valider une clause qui est véritablement une incapacité conventionnelle, en la requalifiant comme une indisponibilité.

### 3. Thèse de l'obligation contractuelle de ne pas faire

35. – Vers la fin du dix-neuvième siècle, plusieurs auteurs français ont voulu voler au secours de la jurisprudence en trouvant à la prohibition d'aliéner une autre qualification qui permettrait de la valider sans avoir recours aux notions d'indisponibilité réelle ou d'incapacité, ces notions leur paraissant contraires à l'économie du *Code civil*. Pour eux, la prohibition d'aliéner ne pouvait être valide que si elle prenait la forme d'un engagement par lequel une personne promettait de ne pas aliéner un de ses biens, engagement de la nature d'une obligation personnelle de ne pas faire<sup>65</sup>.

36. – *Caractéristiques et effets*. Cet engagement peut être contracté au bénéfice du cocontractant ou au bénéfice d'un tiers, auquel cas il s'agit d'une stipulation pour autrui. Mais il ne peut être pris dans l'intérêt du propriétaire, qui ne saurait être débiteur et créancier d'une même obligation. Dans le contexte des libéralités, la défense d'aliéner serait alors interprétée comme une charge pouvant être sanctionnée par la révocation de la donation ou du legs. Dans le contexte d'un contrat onéreux, le non-respect d'une telle obligation donnerait ouverture aux recours contractuels pour inexécution. Bien entendu, la défense d'aliéner d'effet personnel serait inopposable aux tiers acquéreurs de bonne foi : elle ne pourrait donc pas entraîner la nullité de l'aliénation consentie par le propriétaire en contravention à la clause. Enfin, une telle stipulation ne pourrait pas entraîner l'insaisissabilité du bien concerné.

37. – *Validité*. Même ramenée à ces proportions plus raisonnables, la clause d'inaliénabilité a néanmoins été attaquée par quelques auteurs qui la trouvaient

---

ainsi établie par le testament de Jean-Baptiste Calvet, dans l'intérêt de la légataire et pour des motifs de sage prévoyance, doit être considérée comme licite (S.1923.I.107, D.P. 1923.I.177).

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mars 1903 est encore plus clair en ce qui a trait à la qualification d'incapacité : « Considérant qu'il était permis à Mulot de restreindre la capacité de son neveu pour certains actes » (S.1904.II.204). Voir aussi Comtois, *supra* note 35 à la p. 260 ; Lalonde, *supra* note 47 à la p. 400. Par ailleurs, l'art. 969 C.c.B.-C. semblait implicitement en reconnaître la validité, en affirmant que la prohibition d'aliéner peut être stipulée dans l'intérêt du bénéficiaire de la libéralité.

<sup>64</sup>Voir Corvest, *supra* note 28 à la p. 1408 ; Béraud, *supra* note 49 au n° 2 ; Comtois, *ibid.* aux pp. 212, 259, 263, 321.

<sup>65</sup>Voir *supra* note 25.

contraire à la liberté du commerce, à la libre circulation des biens et au caractère absolu du droit de propriété<sup>66</sup>. Mais la plupart se sont accordés pour dire qu'une défense d'aliéner ainsi conçue ne présentait aucune difficulté quant à sa validité à condition qu'elle consiste en un exercice raisonnable par les parties de leur liberté contractuelle.

38. – *Effet de l'adjonction d'une condition résolutoire*. Pour fortifier les effets de la prohibition purement personnelle, on peut songer à l'assortir d'une condition résolutoire<sup>67</sup>. Elle produirait alors une sorte d'indisponibilité *de facto*, puisque son opération rétroactive entraînerait l'anéantissement de tous les actes de disposition du propriétaire et soustrairait le bien à la saisie de ses créanciers<sup>68</sup>.

Cependant, la condition résolutoire ne réalise pas le plus souvent l'objectif que le disposant a en tête lorsqu'il stipule l'inaliénabilité : alors que la prohibition d'aliéner vise à «obliger la personne gratifiée à conserver, en quelque sorte malgré elle, la propriété qu'on lui a transmise», la condition résolutoire «aurait au contraire pour conséquence de lui enlever le bénéfice de la libéralité»<sup>69</sup>.

39. – *Conclusion*. Nous espérons avoir montré dans le cours de cet exposé qu'on ne saurait avoir une conception monolithique des restrictions à la liberté d'aliéner. Les auteurs ont su identifier les thèses possibles qui les sous-tendent, mais ils ont trop souvent recherché une qualification unique et donc réductrice des clauses d'inaliénabilité<sup>70</sup>. C'est sans doute l'indisponibilité que l'on retrouve le plus fréquemment dans les libéralités, mais il arrive aussi que l'intention du testateur soit de protéger le gratifié contre son inexpérience, auquel cas il s'agit d'une incapacité conventionnelle, ou qu'il cherche à créer une charge ou une condition résolutoire, auquel cas il s'agit tout simplement d'une obligation de ne pas faire. Nous verrons qu'en dehors du contexte des libéralités, c'est le plus souvent ce dernier type de clause qui est visé par les parties.

Selon nous, donc, le premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q. ne vise que les clauses constitutives d'une indisponibilité ou d'une incapacité, comme le confirment d'ailleurs les articles suivants du Code, qui en élaborent le régime. Malgré sa formulation large, cet alinéa ne doit en aucun cas être interprété comme visant les clauses constitutives d'une simple obligation de ne pas aliéner, puisque ces dernières ne mettent pas en péril les droits des créanciers du pro-

<sup>66</sup>Voir par ex. Lalonde, *supra* note 47 à la p. 387, qui affirme que «[l]a défense d'aliéner qui prend sa source dans la volonté de l'homme ne peut être imposée que par un donateur. Celui qui ne donne rien ne peut restreindre, encore moins anéantir la liberté qu'accorde la loi de disposer de son bien». Il ajoute un peu plus loin : «Il est bon de noter que c'est donc par exception que l'on a permis la prohibition d'aliéner, ainsi que la convention de non-aliénation [...]» (*ibid.* à la p. 388).

<sup>67</sup>Il faut dire que le *Code civil* français prévoit déjà à son article 953 que la donation avec charge peut être révoquée en cas d'inexécution de la charge par le gratifié. De l'avis des auteurs, cette révocation anéantit rétroactivement tous les actes de disposition consentis par le gratifié. Voir l'art. 953 C. civ. Mais sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, cette révocation n'était possible que si elle avait été stipulée (art. 816 C.c.B.-C.).

<sup>68</sup>Les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de restitutions paraissent introduire des limites à cette règle. Voir les art. 1701 et 1707 qui rendent inopposables l'obligation de restitution au tiers acquéreur de bonne foi.

<sup>69</sup>M. Planiol, note sous Cass. Req., 23 mars 1903, D.1903.1.337.

<sup>70</sup>Voir par ex. Béraud, *supra* note 49 au n° 2 ; Comtois, *supra* note 35 aux pp. 263-64.

priétaire. Pour rendre très claire cette distinction, nous nous proposons donc dorénavant de ne désigner par prohibition d'aliéner ou stipulation d'inaliénabilité que les clauses constitutives d'une indisponibilité ou d'une incapacité, et par obligation de ne pas aliéner, la restriction de la nature d'une simple obligation de ne pas faire.

## II. Régime des restrictions à la liberté d'aliéner sous l'empire du *Code civil du Québec*

40. – C'est en ayant recours aux catégories de base et aux principes généraux du droit civil tels qu'ils sont explicités par la doctrine et la jurisprudence en France et au Québec que nous avons cru bon de rechercher le fondement et l'étendue du premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q. Cette démarche nous a permis de distinguer trois catégories de restrictions à la liberté d'aliéner, et de conclure que seules les prohibitions de la nature d'une indisponibilité ou d'une incapacité, et non pas les obligations de ne pas aliéner, sont visées par cet article. Nous avons par ailleurs formulé certaines réserves quant à la validité d'une prohibition stipulée dans l'intérêt du gratifié, puisqu'elle serait selon nous constitutive d'une incapacité conventionnelle. Nous sommes maintenant en mesure de tenter un exposé des règles applicables sous l'empire du *Code civil du Québec* aux différentes catégories de restrictions à la liberté d'aliéner que nous avons identifiées. Il est d'abord essentiel de mettre au point une méthode permettant de qualifier une clause comportant une telle restriction.

41. – *Les étapes de la qualification d'une restriction à la liberté d'aliéner.* Nous avons déjà proposé que c'est par une approche à la fois souple et cohérente au processus de qualification que l'on peut réussir à concilier les impératifs juridiques avec la volonté privée. Nous allons préciser maintenant quelles devraient être selon nous les étapes d'une telle qualification.

1) Il faut d'abord rechercher l'intention du disposant ou des parties pour établir si elles voulaient créer une prohibition d'aliéner ou une obligation de ne pas aliéner. En général, ce sont les sanctions envisagées par les parties qui permettent une identification de la clause : l'acte de disposition effectué en contravention de la clause donne-t-il lieu dans l'esprit des parties à une action en nullité ou aux recours contractuels pour inexécution ? Si on conclut que les parties ont voulu constituer une simple obligation de ne pas faire, alors on ne doit pas, même lorsqu'on se trouve en présence d'une libéralité, appliquer les dispositions relatives aux stipulations d'inaliénabilité. Le régime applicable aux obligations de ne pas aliéner est celui que nous esquisserons ci-dessous (*B*).

2) Si les parties entendaient au contraire créer une prohibition d'aliéner, il faut alors s'interroger sur sa validité. Pour être valable, une telle clause doit être stipulée dans le contexte d'une donation ou d'un legs, être temporaire et répondre à un intérêt sérieux et légitime (article 1212 C.c.Q.). On lui applique alors le régime prévu à l'article 1212 C.c.Q. et suivants (*A*). Si la clause ne satisfait pas aux conditions de validité de la prohibition d'aliéner, on peut envisager soit l'annulation de la clause, soit sa requalification comme une obligation de ne pas aliéner.

3) Avant de procéder à une requalification de la clause, on doit néanmoins s'assurer que cela ne permet pas aux parties de réaliser indirectement une atteinte à l'ordre public. On doit également s'assurer que la requalification n'entraîne pas de nouveaux effets non voulus par les parties. Dans ces cas, il n'y aura pas d'autre option que d'annuler la clause.

4) Le tribunal qui annule une prohibition d'aliéner devra se poser la question à savoir si elle constituait pour le stipulant une cause déterminante de sa libéralité ou de son engagement contractuel<sup>71</sup>. Si oui, l'annulation de la clause devra entraîner celle de l'acte en son entier. Avant de procéder à une telle annulation de l'acte, on devra cependant tenir compte des attentes légitimes de l'autre partie, qui ne devrait avoir à subir l'annulation de l'acte en son entier que dans la mesure où elle avait connaissance du caractère déterminant de la clause pour son cocontractant<sup>72</sup>.

#### A. Conditions de validité et régime de la stipulation d'inaliénabilité

42. – Par stipulation d'inaliénabilité, il faut entendre les clauses créant soit une indisponibilité, soit une incapacité. Le *Code civil du Québec* offre une excellente synthèse des conditions de validité et du régime de ces clauses. Il emprunte au droit français l'exigence voulant que la clause soit temporaire et stipulée dans un intérêt sérieux et légitime, ainsi que le pouvoir de révision du juge en cas de changement de circonstances. Il reprend de l'ancien Code l'interdiction d'une telle clause dans un contexte onéreux. Enfin, il traite des effets de l'inaliénabilité, soit la nullité des actes de disposition contraires à la clause et l'insaisissabilité des biens affectés.

##### 1. Conditions de validité de la stipulation d'inaliénabilité

43. – Pour être valable, la stipulation d'inaliénabilité doit être prévue dans le contexte d'une libéralité, en fonction d'un intérêt sérieux et légitime, et pour une durée limitée.

##### a. La stipulation d'inaliénabilité doit être prévue dans le contexte d'une libéralité

44. – Constitution à l'occasion du transfert d'un bien dans le cadre d'une donation ou d'un legs. Non seulement la prohibition d'aliéner doit-elle être stipulée dans le cadre d'une libéralité, mais elle doit encore se rattacher à un bien qui est l'objet de cette libéralité, à l'occasion du transfert de la pleine propriété ou d'un simple démembrement de ce bien<sup>73</sup>. Ces exigences sont logiques, car elles permettent d'éviter que la prohibition d'aliéner ne devienne l'occasion, pour l'acquéreur ou le propriétaire d'un bien, de placer celui-ci à l'abri de la saisie, au détriment de ses créanciers. La donation ou le legs, au contraire, n'ap-

---

<sup>71</sup>Voir l'article 1438 C.c.Q. ; Comtois, *ibid.* à la p. 262 ; Corvest, *supra* note 28 aux pp. 1399-1400 ; Morin, *supra* note 28 au n° 15 ; Mazeaud et Chabas, *supra* note 39 au n° 222.

<sup>72</sup>J. Ghestin, *Traité de droit civil : Les obligations (Le contrat : formation)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 au n° 886.

<sup>73</sup>Art. 1212, al. 1, 2. Voir *supra* note 40.

pauvrissent pas le patrimoine du bénéficiaire en y faisant pénétrer un bien insaisissable. Et la publication dont doit être assortie la stipulation d'inaliénabilité pour être opposable aux tiers (article 1214 C.c.Q.) protégera les créanciers futurs contre le risque d'être induits en erreur quant à la valeur des actifs du bénéficiaire par la présence de ce bien dans son patrimoine.

*b. La stipulation d'inaliénabilité doit répondre à un intérêt sérieux et légitime*

45. – *Les différentes catégories d'intérêts pouvant justifier une stipulation d'inaliénabilité.* La jurisprudence française a eu à apprécier le caractère légitime ou non de l'intérêt protégé par une prohibition d'aliéner dans des contextes assez divers. On peut d'abord penser aux cas où la prohibition vient appuyer l'intérêt actuel ou éventuel d'une personne dans un bien, comme dans le cadre d'une substitution ou d'un usufruit. On peut ensuite penser au cas où la prohibition vise à protéger la personne même du bénéficiaire contre sa propre inexpérience ou prodigalité et contre les saisies de ses créanciers, tout en lui conférant la propriété exclusive du bien légué ou donné. On peut enfin penser au cas où le disposant trouve un intérêt moral à ce que les biens donnés ne soient pas revendus de sitôt par le gratifié. Envisageons maintenant de manière plus précise ces différentes hypothèses en nous interrogeant sur le caractère légitime de l'intérêt protégé.

46. – *La substitution.* La légitimité de la prohibition d'aliéner stipulée dans le contexte d'une substitution est partout admise, et cette situation est d'ailleurs explicitement envisagée au troisième alinéa de l'article 1212 C.c.Q. Pourtant, elle est selon nous ouverte à discussion. En effet, rappelons qu'il existe trois formes de substitutions qui laissent progressivement moins de liberté au grevé. Il y a d'abord celle où le grevé est libre d'aliéner les biens substitués selon ses besoins, la substitution ne portant que sur ceux demeurant encore en sa possession à son décès (article 1232 C.c.Q.). Ensuite, il y a celle où le grevé peut aliéner les biens substitués, mais à charge de emploi du produit de la vente : c'est la solution de droit commun (articles 1229 et 1230 C.c.Q.). Enfin, il y a la substitution avec obligation pour le grevé de conserver les biens substitués, à charge pour lui de les rendre intacts à l'appelé. Cette dernière forme de substitution permet encore au grevé de disposer des biens substitués dans la limite de ses droits, et sans préjudice aux droits éventuels de l'appelé<sup>74</sup>. Il ne faut pas la confondre avec la substitution assortie d'une prohibition d'aliéner, qui rend les biens insaisissables et interdit tout acte de disposition par le grevé des biens substitués, sous peine de nullité. Ainsi, la substitution avec charge de rendre permet encore une aliénation par le grevé de son droit propre et précaire dans le bien, alors que celle avec prohibition d'aliéner rend le bien complètement indisponible dans son patrimoine.

On pourrait discuter de l'utilité de la prohibition d'aliéner pour la protection des droits de l'appelé à la substitution, puisque ce dernier bénéficie déjà, dans la substitution avec charge de rendre, de moyens de préserver l'intégrité de

---

<sup>74</sup>Cette possibilité était expressément prévue à l'article 949 C.c.B.-C., et semble être implicitement envisagée à l'article 1233 C.c.Q.

ses droits, notamment par l'opposition à la saisie et à la vente (article 1233 C.c.Q.). Par contre, la prohibition d'aliéner fournit des garanties plus solides à l'appelé, puisque le recours en nullité lui permettrait de détruire une vente ou une saisie déjà pratiquées.

47. – *L'usufruit ou le droit d'usage*. Dans le cas d'un usufruit ou d'un droit d'usage, le disposant pourra soit conférer à deux personnes différentes l'usufruit et la nue-propriété du bien, soit en conserver pour lui-même l'usufruit tout en disposant de la nue-propriété. Dans ces cas, le disposant peut être amené à imposer une prohibition d'aliéner au nu-propiétaire ou à l'usufruitier. Il est admis que la prohibition d'aliéner imposée dans l'intérêt du titulaire d'un droit réel démembré répond à un intérêt sérieux et légitime<sup>75</sup>. Cette possibilité semble par ailleurs être expressément envisagée au deuxième alinéa de l'article 1212 C.c.Q.

Encore une fois, on pourrait cependant contester l'utilité de la prohibition d'aliéner, qui sous prétexte de protéger les droits du nu-propiétaire (ou de l'usufruitier), retranche à l'usufruitier (ou au nu-propiétaire) le droit de disposer de son droit propre. Le droit prévoit en effet des mécanismes permettant de protéger chacun des intéressés contre les actes de disposition de l'autre en les rendant inopposables à son égard. Les dispositions en matière d'usufruit sont claires quant au fait que la cession par le nu-propiétaire de l'objet de l'usufruit est inefficace à l'égard du droit de l'usufruitier (article 1125, deuxième alinéa C.c.Q.) et *vice versa* (article 1135 C.c.Q.). La cession par l'un du droit de l'autre équivaudrait à la vente du bien d'autrui, qui peut être annulée (article 1713 C.c.Q. et suivants). Dès lors, on ne voit pas quel avantage additionnel procurerait une prohibition d'aliéner. Les auteurs ont donc suggéré que c'est en raison de la bonne entente qui existe entre le nu-propiétaire et l'usufruitier, et pour garantir la jouissance paisible ou la sauvegarde intégrale des droits de l'un d'eux, que le disposant impose à l'autre de ne pas céder son droit à un étranger<sup>76</sup>. Une telle motivation est-elle jamais suffisante pour légitimer une prohibition d'aliéner<sup>77</sup> ?

48. – *Le droit de retour conventionnel*. Le donateur peut prévoir que dans l'éventualité où le donataire venait à décéder avant lui, les biens légués lui

<sup>75</sup>Mazeaud et Chabas, *supra* note 39 au n° 220 ; *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., «Inaliénabilité», par L. Vincent aux n° 79, 81 [ci-après *Encyclopédie Dalloz*] ; *Juris-classeur civil*, art. 900-1, fasc. H, par A. Seriaux, n° 13 [ci-après *J.-cl. civ.*] ; Comtois, *supra* note 35 aux pp. 260-61.

<sup>76</sup>Comtois, *ibid.* à la p. 260 ; Mazeaud et Chabas, *ibid.* au n° 220 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *supra* note 60 au n° 126. Ce motif a encore récemment été reconnu comme étant légitime par la Cour de cassation dans le contexte d'un droit d'usage et d'habitation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 1990, Bull. civ. 1990.I.136, n° 192).

<sup>77</sup>En fait, cet argument n'est peut-être pas très convaincant, comme l'a souligné Chéron : «Les procès d'ordre pécuniaire entre membres de la même famille sont-ils donc si rares qu'il faille attacher quelque importance à cet argument ?». Il commentait un arrêt qui affirmait : «La clause a sa base dans un intérêt très légitime, prévenir dans la mesure du possible toute cause de conflit entre les divers légataires en maintenant l'usufruit sur la tête de personnes unies par des liens de parenté et des affections de famille avec les héritiers institués de la nue propriété» (*supra* note 4 à la p. 352).

reviendraient en pleine propriété. Cette clause fonctionne à la manière d'une condition résolutoire de la donation, et a ainsi pour effet d'entraîner l'anéantissement rétroactif de tous les actes de disposition consentis par le donataire sur ses biens. Le disposant appuie parfois le droit de retour d'une prohibition d'aliéner, qui empêchera donc le donataire d'aliéner même son droit précaire dans le bien<sup>78</sup>. Encore ici, on pourrait discuter de l'utilité de la stipulation d'inaliénabilité en ce que le droit éventuel du donateur est déjà protégé par l'effet rétroactif de la clause résolutoire. Cependant, l'efficacité du recours auquel donne lieu l'opération de la condition résolutoire est limitée quelque peu dans le *Code civil du Québec* par le fait que le deuxième alinéa de l'article 1507 en matière de conditions résolutoires renvoie aux articles relatifs à la restitution des prestations. Or selon l'article 1707 C.c.Q., l'obligation de restitution est inopposable au tiers acquéreur de bonne foi<sup>79</sup>.

Comme dans le cas de la substitution, la prohibition d'aliéner procure donc au bénéficiaire un recours plus efficace contre les tiers. Par ailleurs, elle permet au disposant d'attaquer immédiatement les aliénations faites par le donataire, évitant de laisser trop longtemps leur sort en suspens<sup>80</sup>.

49. – *La libéralité accompagnée d'une rente viagère*. Il arrive encore que le disposant charge le bénéficiaire de lui payer ou de payer à un tiers une rente viagère en affectant les biens objets de la libéralité d'une garantie au paiement de la rente, et en appuyant cette garantie par une prohibition d'aliéner. Dans un tel cas, il faudra bien s'assurer que la rente viagère n'a pas pour effet de dénaturer la donation en en faisant un contrat onéreux<sup>81</sup>, auquel cas la stipulation d'inaliénabilité ne serait pas valide. On pourrait ensuite suivre la jurisprudence française qui considère comme sérieux et légitime l'intérêt qui consiste à protéger le bénéficiaire de la rente en stipulant l'inaliénabilité du bien affecté à son paiement<sup>82</sup>.

Pourtant, ici encore, certains auteurs ont contesté l'utilité de la prohibition d'aliéner dans la mesure où l'hypothèque grevant le bien assure déjà une protection suffisante. Même en cas d'aliénation des biens donnés, le bénéficiaire de la rente pourra toujours exercer ses droits en mains tierces en tant que créancier hypothécaire<sup>83</sup>.

50. – *Synthèse partielle sur la notion d'intérêt sérieux et légitime*. Dans tous les cas envisagés jusqu'à présent, la stipulation d'inaliénabilité sert à protéger

<sup>78</sup>Mignault, *supra* note 35 à la p. 132 et *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 au n° 13 en admettent la validité.

<sup>79</sup>En cas d'acquisition par un tiers de bonne foi, la restitution portera sur la valeur du bien (voir les art. 1700, 1701 C.c.Q.).

<sup>80</sup>Chéron, *supra* note 4 à la p. 352.

<sup>81</sup>Voir l'article 1810 C.c.Q.

<sup>82</sup>Mazeaud et Chabas, *supra* note 39 au n° 220 ; *Encyclopédie Dalloz*, *supra* note 75 au n° 81 ; *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 aux n° 13, 15. Voir aussi Langelier, *supra* note 32 à la p. 320 ; Lalonde, *supra* note 47 à la p. 399.

<sup>83</sup>Voirin, *supra* note 41, fait l'inventaire d'un certain nombre d'inconvénients qui accompagnent l'exercice du droit de suite et qui, selon lui, suffisent à justifier l'emploi d'une prohibition d'aliéner dans une convention hypothécaire. Voir dans le même sens Comtois, *supra* note 35 à la p. 259 et s.

l'intérêt d'une personne (le disposant ou un tiers) qui est titulaire d'un droit réel démembre, éventuel ou de la nature d'une garantie dans la chose qui est l'objet de la stipulation. Faut-il s'arrêter là dans la détermination du caractère légitime d'une prohibition d'aliéner ?

Nous avons vu que dans le cadre d'une substitution ou d'un droit de retour, la prohibition d'aliéner procure à son bénéficiaire un recours plus sûr contre un tiers acquéreur de bonne foi, ce qui nous semble en établir la légitimité. Tel ne nous paraît pas être le cas de l'usufruit<sup>84</sup> ou de la rente viagère garantie par hypothèque, où il faudrait sans doute apporter la preuve concrète de circonstances particulières pour démontrer que la stipulation d'inaliénabilité est justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

**51. – La prohibition d'aliéner s'expliquant par l'intérêt moral du disposant.** Il arrive parfois que sans se réserver de droit sur la chose, le disposant trouve un intérêt moral à ce que le bien demeure en la possession du donataire spécifiquement, ou alors à ce qu'il soit affecté à un usage bien particulier. Souvent, cet intérêt moral constituera la cause de la libéralité. On peut donner l'exemple d'un legs ou d'une donation d'œuvres d'art à un musée : il peut être important pour le disposant que ces œuvres d'art soient exposées au public dans le musée bénéficiaire. De même, il arrive que le disposant veuille s'assurer que certains biens ayant pour lui une grande valeur morale restent entre les mains de membres de sa famille, contre leur gré s'il le faut.

La jurisprudence n'aura généralement aucune difficulté à reconnaître comme sérieux et légitime l'intérêt que peut trouver un disposant à limiter l'aliénabilité d'un bien dans le cas où ce bien est donné à une personne morale ou à une fiducie. Ce cas est d'ailleurs explicitement prévu au troisième alinéa de l'article 1212 C.c.Q. Mais lorsque le bien est ainsi légué ou donné à une personne physique, il pourra être plus difficile de distinguer l'intérêt sérieux et légitime du simple caprice<sup>85</sup>. Dans un tel cas, la stipulation d'inaliénabilité peut être interprétée comme une substitution en faveur des héritiers du bénéficiaire, ce qui permet de contourner la difficulté<sup>86</sup>.

**52. – La protection du bénéficiaire de la libéralité.** Le disposant qui a en vue la protection du gratifié peut avoir deux objectifs distincts en tête. Il peut vouloir protéger les biens légués ou donnés contre les saisies des créanciers du gratifié, en raison par exemple de sa situation financière précaire. Il suffira alors de sti-

---

<sup>84</sup>La prohibition d'aliéner pourrait peut-être avoir une certaine utilité dans le cas d'un usufruit de choses consommables (voir l'art. 1127 C.c.Q.).

<sup>85</sup>Voir Chéron, *supra* note 4 à la p. 353.

<sup>86</sup>La jurisprudence française a reconnu la légitimité de l'intérêt moral d'un disposant à rendre le bien donné ou légué inaliénable. La Cour de cassation a ainsi validé une clause fondée sur «le sentiment légitime existant chez le disposant d'assurer, par un de ses plus proches parents, [le neveu du disposant] la conservation de la propriété sur laquelle il avait vécu» (Cass. Req., 17 mars 1925, Rec. civ. J.-cl. 1925 à la p. 249). Elle a réitéré cette position plus récemment en considérant que la volonté d'une donatrice d'empêcher que l'immeuble, qu'elle avait acquis elle-même par la succession de sa mère, ne puisse quitter la branche directe de sa famille, répondait à un intérêt sérieux et légitime (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1985, Bull. civ. 1985.I.277, n<sup>o</sup> 313).

On peut voir dans cette jurisprudence la validation indirecte d'une substitution.

puler l'insaisissabilité des biens légués. Cette insaisissabilité ne crée pas une incapacité, puisque le bénéficiaire peut y renoncer<sup>87</sup>. Le disposant peut vouloir plutôt protéger le gratifié lui-même contre les conséquences de sa prodigalité ou de son inexpérience. Il stipulera alors l'inaliénabilité du bien légué, inaliénabilité qui entraînera également l'insaisissabilité du bien (article 1215 C.c.Q.).

Comme nous l'avons déjà indiqué, la prohibition d'aliéner est dans ce cas de la nature d'une incapacité conventionnelle plutôt que d'une véritable indisponibilité. De ce fait, la validité de la stipulation d'inaliénabilité dans «l'intérêt» du gratifié est discutable au regard de l'ordre public qui prévoit déjà des mécanismes de protection en dehors desquels il affirme la pleine capacité de tous les individus à disposer comme ils l'entendent de leur patrimoine<sup>88</sup>. L'article 969 C.c.B.-C. reconnaissait implicitement la validité de cette clause, puisqu'il énonçait qu'il était possible de stipuler une prohibition d'aliéner dans l'intérêt du gratifié. La jurisprudence française a elle aussi admis le caractère socialement utile de tels régimes privés de protection<sup>89</sup>. Mais l'article 969 C.c.B.-C. n'est pas repris dans le *Code civil du Québec* et le débat est donc ouvert quant à la validité de la stipulation d'inaliénabilité dans l'intérêt du gratifié en droit québécois actuel<sup>90</sup>.

53. – *Conclusion sur l'intérêt requis pour valider une prohibition d'aliéner.* Nous pouvons conclure de cet exposé qu'il y aurait lieu d'être plus exigeants que ne l'a été la jurisprudence française dans l'appréciation de l'intérêt d'un disposant à stipuler une prohibition d'aliéner. En effet, dans plusieurs cas étudiés, la prohibition d'aliéner ne paraît pas répondre à un besoin sérieux et légitime qui ne serait pas susceptible d'être comblé autrement. On comprend alors mieux pourquoi l'Office de révision du Code civil avait prévu d'abolir complètement la prohibition d'aliéner, sauf dans la mesure où elle valait substitution<sup>91</sup>.

<sup>87</sup>Sur l'insaisissabilité, voir les art. 2649 C.c.Q. ; 552, 553 C.p.c.

<sup>88</sup>On peut penser notamment à l'article 258, al. 2 C.c.Q, qui stipule : «Il peut aussi être nommé un tuteur ou un conseiller au prodigue qui met en danger le bien-être de son conjoint ou de ses enfants mineurs».

Par ailleurs, l'article 154 C.c.Q. est catégorique :

154. La capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection.

<sup>89</sup>Voir *supra* note 63.

<sup>90</sup>On note à cet égard un changement net d'attitude du législateur québécois en 1994 dans le cas particulier de la donation ou du legs sous forme de rente. En effet, le *Code civil du Bas-Canada* prévoyait que la rente viagère pouvait être stipulée insaisissable du moment qu'elle était conférée à titre gratuit (art. 1911 C.c.B.-C.). Or le *Code civil du Québec* affirme maintenant :

2377. La rente ne peut être stipulée insaisissable et inaliénable que lorsqu'elle est reçue à titre gratuit par le crédientier ; même alors, la stipulation n'a d'effet qu'à concurrence du montant de la rente qui est nécessaire au crédientier en tant qu'aliments.

Cette disposition montre l'intention claire du législateur dans le cas de la rente viagère de limiter la validité de l'insaisissabilité et de l'inaliénabilité conventionnelles de protection à l'acquittement de l'obligation alimentaire, laquelle est déjà rendue insaisissable par la loi. Pourquoi la solution serait-elle différente si la libéralité prend une forme autre que la rente viagère ? Ne devrait-on pas, là encore, limiter l'effet de la stipulation d'inaliénabilité au contenu de l'obligation alimentaire telle que définie par la loi ?

<sup>91</sup>Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, t. 1, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 361.

*c. La stipulation d'inaliénabilité doit être temporaire*

54. – *Prohibition des obligations perpétuelles.* Certains auteurs ont suggéré que le contrôle de la durée des stipulations d'inaliénabilité s'explique par la prohibition des obligations perpétuelles<sup>92</sup>. Pourtant, le *Code civil du Québec* reconnaît comme valide la prohibition d'aliéner imposée à la fondation ou au grevé de substitution pour leur durée, même si une telle stipulation apparaît bien comme perpétuelle (article 1212, troisième alinéa C.c.Q.). Il est certes important de tenir compte du fait qu'une prohibition stipulée pour la vie durant du bénéficiaire est à toutes fins pratiques perpétuelle pour lui, et donc que c'est là lui imposer une charge particulièrement onéreuse. Néanmoins, ce n'est pas vraiment la perpétuité qui est le critère à employer pour juger de la validité d'une stipulation d'inaliénabilité en fonction de sa durée.

55. – *Stipulation pour une durée adaptée à l'intérêt protégé.* Pour être valable, la prohibition d'aliéner doit plutôt selon nous être stipulée pour une durée n'excédant pas celle qui est raisonnablement adaptée à sa finalité. Ainsi, elle pourra être stipulée pour la durée de l'usufruit, du droit d'usage, de la substitution, du droit de retour ou de la rente viagère<sup>93</sup>. En cas de donation ou legs à une fiducie, la stipulation d'inaliénabilité pourra durer aussi longtemps que dure son existence<sup>94</sup>. Si la prohibition d'aliéner est stipulée en considération de l'inexpérience du bénéficiaire, et si un tel motif est considéré comme sérieux et légitime, elle devrait être imposée jusqu'à ce que le bénéficiaire ait atteint un âge raisonnable, en tenant compte de sa situation particulière et de la complexité de l'administration des biens en cause<sup>95</sup>.

2. Effets de la stipulation d'inaliénabilité

56. – *Nullité des dispositions contraires à la stipulation.* Les actes de disposition contraires à la prohibition d'aliéner sont nuls d'une nullité relative, à condition qu'elle ait été publiée dans le registre approprié<sup>96</sup>. La personne au bénéfice de laquelle la clause est stipulée peut demander l'annulation de l'acte de disposition, ou, au contraire, le confirmer, en renonçant expressément ou tacitement à invoquer la nullité (article 1423 C.c.Q.). La nullité aura pour effet de replacer le bien intact dans le patrimoine du bénéficiaire, et obligera ce dernier à restituer au tiers la prestation accordée en contrepartie.

L'article 1217 C.c.Q. prévoit que la nullité peut aussi être invoquée par le stipulant et ses ayants cause, même lorsque ceux-ci ne sont pas les bénéficiaires

<sup>92</sup>Voir par ex. J. Ghestin, *Traité de droit civil : Les obligations (Les effets du contrat)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 au n° 185 ; Mazeaud et Chabas, *supra* note 39 au n° 221 ; *Encyclopédie Dalloz*, *supra* note 75 au n° 65.

<sup>93</sup>Voir Comtois, *supra* note 35 aux pp. 261-62 ; *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 aux n° 10, 11 ; Corvest, *supra* note 28 à la p. 1385 : «L'analyse des décisions judiciaires permet de constater que l'appréciation du caractère temporaire est étroitement liée à celle de la nature de l'intérêt en cause».

<sup>94</sup>Art. 1212, al. 3.

<sup>95</sup>Selon Corvest, la jurisprudence indique que l'inaliénabilité imposée pour la protection du gratifié est invalide si elle est stipulée pour sa vie durant (*supra* note 28 aux pp. 1385-86). La jurisprudence a validé les clauses qui durent jusqu'à trente ans ou jusqu'au mariage du gratifié (voir *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 au n° 14).

<sup>96</sup>Art. 1217 C.c.Q.

de la prohibition d'aliéner. Cette règle fait exception aux règles générales en matière de nullité relative (article 1420 C.c.Q.), en ce qu'elle accorde au stipulant et à ses ayants cause un pouvoir de surveillance leur permettant d'intervenir pour sauvegarder les intérêts du bénéficiaire de la prohibition<sup>97</sup>. Il nous semble cependant que dans le cas où le bénéficiaire de la prohibition renonce valablement à son exercice, le disposant ou ses ayants cause ne devraient pas pouvoir invoquer la nullité<sup>98</sup>.

Parmi les actes de disposition qui sont contraires à la prohibition d'aliéner, citons l'aliénation à titre onéreux ou gratuit du bien, y compris la constitution d'une hypothèque sur ce bien. La prohibition d'aliéner peut même entraîner la prohibition de léguer le bien, lorsque celle-ci est nécessaire à sa finalité.

**57. – L'insaisissabilité.** L'insaisissabilité est une conséquence logique et nécessaire de la stipulation d'inaliénabilité constitutive d'une indisponibilité : on doit la présumer si l'on veut réaliser pleinement l'objectif que vise cette clause, c'est-à-dire le maintien du bien intact dans le patrimoine de son propriétaire.

L'article 1215 C.c.Q. affirme que l'inaliénabilité entraîne l'insaisissabilité du bien «pour toute dette contractée avant ou pendant la période d'inaliénabilité». Le Code donne ici à l'insaisissabilité sa plus grande étendue, en ce sens que les créanciers dont la dette est antérieure ou concurrente à la période d'inaliénabilité ne pourraient jamais saisir les biens affectés par l'inaliénabilité, même après l'expiration de la clause. Une protection aussi étendue ne se justifie pas selon nous lorsque l'objet de la clause est de protéger le droit temporaire ou du disposant ou d'un tiers dans la chose, par exemple celui d'un usufruitier ou du titulaire d'une rente viagère. Après l'expiration de son droit, le bénéficiaire de la prohibition d'aliéner n'est nullement touché de ce que le bien redevienne disponible à la masse des créanciers dont la dette est concurrente ou antérieure à l'inaliénabilité. Il conviendrait donc selon nous de limiter l'étendue de l'insaisissabilité à ce qui est requis pour assurer à la stipulation d'inaliénabilité son plein effet<sup>99</sup>.

**58. – Autres sanctions.** On peut se demander si la prohibition d'aliéner est génératrice d'une obligation contractuelle de ne pas faire donnant ouverture aux recours contractuels pour inexécution par le stipulant ou, lorsque le bénéficiaire est un tiers, par ce tiers en vertu des dispositions sur la stipulation pour autrui (article 1444 C.c.Q. et suivants). Ainsi, le disposant pourrait-il révoquer la donation pour inexécution de la charge si le gratifié s'avisait de vendre le bien reçu ? Il nous semble que les notions d'indisponibilité ou d'incapacité qui fondent la stipulation d'inaliénabilité sont entièrement distinctes et indépendantes de l'existence d'une obligation de ne pas faire. Nous sommes donc d'avis que pour avoir le droit de révoquer la donation, le donateur devrait prévoir

---

<sup>97</sup>Cette solution est d'ailleurs préconisée par plusieurs auteurs français (voir *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 au n° 21).

<sup>98</sup>Certains auteurs ont affirmé que lorsque la prohibition d'aliéner est stipulée dans l'intérêt du gratifié, ce dernier ne peut y renoncer valablement qu'après l'expiration de la période d'inaliénabilité.

<sup>99</sup>Béraud, *supra* note 49 à la p. 57.

expressément une clause à cet effet<sup>100</sup>. L'étude des restrictions à la liberté d'aliéner de la nature d'une obligation de ne pas faire permettra de rendre ce contraste encore plus net.

### B. Conditions de validité et régime de l'obligation de ne pas aliéner

59. – Il existe dans la pratique quotidienne du droit toute une série de clauses qui, prenant la forme d'une obligation de ne pas faire, limitent contractuellement la faculté d'aliéner certains biens : pactes de préférence, promesse de ne pas aliéner sans obtenir d'abord le consentement du créancier, promesse de ne pas aliéner à certaines catégories d'acquéreurs, etc. Nous ne pourrions pas étudier ces clauses dans toute leur diversité, mais l'ébauche du régime général qui leur serait applicable permettra de faire ressortir leurs différences avec les stipulations d'inaliénabilité.

#### 1. Conditions de validité de l'obligation de ne pas aliéner

60. – *Nécessité de contrôler l'étendue et la durée de la clause.* Si les effets de l'obligation de ne pas aliéner sont tout relatifs, une telle clause peut cependant, lorsqu'elle est rédigée en termes absolus et assortie de sanctions sévères, résulter en une atteinte considérable au droit de propriété, à la libre circulation des biens et dans certains cas à la liberté du commerce. Comme le faisait remarquer Martin, elle peut donc comporter une atteinte à l'ordre public<sup>101</sup>. À cet égard, on note une nette ressemblance entre l'obligation de ne pas aliéner et la clause de non-concurrence, et il serait souhaitable que les tribunaux procèdent à un contrôle analogue de son étendue et sa durée, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle s'inscrit<sup>102</sup>.

61. – *Absence de restrictions relatives à la nature de l'acte.* À la différence de la prohibition d'aliéner, l'obligation de ne pas aliéner peut se retrouver dans toutes sortes d'actes, que ceux-ci soient relatifs ou non au bien qui en constitue l'objet principal, et qu'il s'agisse ou non d'actes de transfert d'un droit réel.

#### 2. Effets et sanctions de l'obligation de ne pas aliéner

62. – *Inopposabilité aux tiers de bonne foi.* En vertu du principe de la relativité des contrats, l'obligation de ne pas aliéner n'est pas opposable aux tiers, qui n'ont qu'une obligation passive universelle de ne pas nuire aux relations

<sup>100</sup>Voir Corvest, *supra* note 28 à la p. 1405, qui montre que la résolution ou la révocation ne sont pas des recours qui découlent logiquement de l'inaliénabilité. Elles sont même le plus souvent contraires à l'intention des parties. Voir aussi *J.-cl. civ.*, *supra* note 75 au n° 20. Les articles 816 et 1536 C.c.B.-C. prévoyaient que dans la donation et la vente immobilière, la résolution pour non-paiement du prix ou la révocation pour non-exécution des charges n'étaient ouvertes que si elles étaient expressément stipulées. De ces dispositions, qui visaient à protéger les tiers acquéreurs contre les effets de la résolution, seule est reprise celle en matière de vente d'immeubles à l'article 1742 C.c.Q. D'ailleurs, même si on jugeait que l'aliénation par le gratifié constitue une violation d'une obligation de ne pas faire, encore faudrait-il démontrer que la prohibition d'aliéner est une cause impulsive et déterminante de la libéralité pour justifier sa révocation (voir *J.-cl. civ.*, *ibid.*).

<sup>101</sup>Voir ci-dessus, n° 18.

<sup>102</sup>Ce rapprochement est bien mis en lumière par Ghestin, *supra* note 92 au n° 185 et s. et Comtois, *supra* note 35 à la p. 216, bien que ces auteurs n'aient pas opéré de distinction entre la prohibition d'aliéner et l'obligation de ne pas aliéner.

contractuelles d'autrui. Ce n'est donc que dans le cas où un tiers participe sciemment à la rupture d'un engagement contractuel que sa responsabilité civile pourrait être engagée en vertu du premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q. Entre les parties, la violation de l'obligation de ne pas aliéner donne ouverture aux divers recours contractuels pour inexécution énumérés à l'article 1590 C.c.Q.

**63.** – *Exécution en nature.* L'article 1603 C.c.Q. permet au créancier de demander au tribunal que soit détruit aux frais du débiteur ce que celui-ci a fait au mépris d'une obligation de ne pas faire. Mais cet article ne vise que la destruction de choses matérielles et ne pourrait fonder une demande en annulation de l'acte de disposition à un tiers même de mauvaise foi<sup>103</sup>.

D'ailleurs, l'article 1397 C.c.Q. énonce que le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter ou d'un pacte de préférence «est opposable au bénéficiaire de celle-ci sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier». Cet article ferme ainsi la voie au recours en nullité même à l'encontre d'un tiers de mauvaise foi.

**64.** – *Résolution pour inexécution du contrat principal.* Pour avoir droit au recours en résolution, le créancier de l'obligation de ne pas aliéner devra montrer que le défaut de se conformer à la clause est d'une importance suffisante par rapport à l'ensemble de la convention pour en justifier la résolution (article 1604, deuxième alinéa C.c.Q.). L'ouverture de ce recours n'est donc pas acquise dans la mesure où la prohibition d'aliéner est souvent stipulée à titre accessoire. L'évaluation du caractère important du défaut se fera d'ailleurs de manière objective, sans que les tribunaux ne soient liés par une disposition du contrat qui le déclarerait tel (article 1604, deuxième alinéa C.c.Q.).

Si la résolution pour inexécution est accordée, elle donne lieu à l'anéantissement rétroactif du contrat principal et à la restitution réciproque des prestations (article 1606 C.c.Q.). L'efficacité de ce recours sera cependant limitée dans la mesure où les actes d'aliénation à titre onéreux au profit d'un tiers de bonne foi ne pourront pas être détruits (article 1707 C.c.Q.). Dans ce dernier cas, la restitution se fera par équivalent et sera fonction de la valeur du bien (articles 1700, 1701 C.c.Q.).

**65.** – *Déchéance du terme.* L'obligation de ne pas aliéner est souvent stipulée dans le cadre d'une convention de prêt ou dans une vente à terme. Dans ces cas, le non-respect de la clause pourra être sanctionné par la perte du bénéfice du terme (article 1514 C.c.Q.).

**66.** – *Dommages-intérêts et sanctions conventionnelles.* Dans plusieurs cas, l'obligation de ne pas aliéner ne donnera ouverture, en vertu du droit commun, qu'à une action en dommages-intérêts. On peut donc penser que cette clause sera le plus souvent assortie de sanctions conventionnelles, telle une clause pénale.

---

<sup>103</sup>C'est du moins ce qui semble ressortir de l'affaire *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil*, [1986] R.J.Q. 2295 (C.A.). Voir S. Gaudet, «Le droit à la réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel ad rem» (1989) 19 R.D.U.S. 473 aux pp. 486-88.

67. – *Stipulation sous la forme d'une condition résolutoire.* On peut songer à fortifier les effets de l'obligation de ne pas aliéner en la formulant comme une condition résolutoire. Si cette condition résolutoire est introduite dans l'acte de transfert du bien sur lequel porte l'interdiction d'aliéner, on peut espérer obtenir en cas de défaut, outre la résolution du contrat principal, l'anéantissement de la disposition en faveur du tiers acquéreur. Mais le deuxième alinéa de l'article 1507 C.c.Q., en matière de conditions résolutoires, renvoie aux dispositions relatives à la restitution des prestations. Or les articles 1701 et 1707 C.c.Q. déclarent que l'obligation de restituer ne sera pas opposable aux tiers de bonne foi. La restitution se fera alors plutôt par équivalent, en fonction de la valeur du bien (articles 1700, 1701 C.c.Q.).

Par ailleurs, il se peut que le second alinéa de l'article 1604 C.c.Q. vienne limiter sérieusement l'utilité de la clause résolutoire.

68. – *Conclusion.* Nous espérons par ce bref exposé avoir fait ressortir les différences importantes entre la stipulation d'inaliénabilité régie par l'article 1212 C.c.Q. et suivants et l'obligation de ne pas aliéner, à laquelle il convient d'appliquer les principes généraux applicables en matière d'obligations. Ce contraste sera d'autant plus marqué si, comme cela semble être le cas, le nouveau Code ne reconnaît ni la possibilité de faire annuler l'acte de disposition à un tiers de mauvaise foi par le biais du droit à la réparation en nature, ni celle de faire annuler la disposition à un tiers de bonne foi en vertu d'une condition résolutoire.

### 3. Exemples de restrictions à la liberté d'aliéner stipulées en dehors des libéralités

69. – Avant de conclure cette étude, nous aimerions, par quelques exemples, illustrer le sens et l'utilité de notre thèse selon laquelle l'article 1212 C.c.Q. ne doit recevoir application que lorsqu'on est en présence d'une prohibition d'aliéner, et ce malgré sa formulation très large qui paraît viser toute restriction à la liberté d'aliéner un bien. Deux de ces exemples nous permettront par la même occasion de nuancer nos propos antérieurs, puisqu'il semble bien exister, en dehors des libéralités, des clauses s'apparentant à des prohibitions d'aliéner et qui sont validées en raison de leur utilité particulière.

Les cas abordés seront les suivants : les restrictions stipulées dans une convention d'hypothèque, celles limitant la libre cessibilité des actions d'une personne morale et celles insérées dans une déclaration de copropriété divise.

70. – *La restriction stipulée dans une convention d'hypothèque.* Il est inconcevable qu'en stipulant une restriction à la liberté d'aliéner un bien hypothéqué, un débiteur et un créancier puissent rendre ce bien inaliénable, avec pour conséquence notamment de le soustraire à la saisie des autres créanciers. Si telle était véritablement l'intention des parties, cette stipulation serait nulle en vertu du premier alinéa de l'article 1212 C.c.Q.

On devra plutôt privilégier l'interprétation qui ferait de cette stipulation une obligation de ne pas aliéner, ce qui implique qu'elle ne serait pas assujettie à l'article 1212 C.c.Q. et suivants. D'ailleurs, le Code reconnaît implicitement la

valeur d'une telle clause dans le contexte d'une hypothèque ouverte, à l'article 2717 C.c.Q.<sup>104</sup>. Cet article fournit donc un argument textuel de poids à notre thèse voulant que l'intention du législateur à l'alinéa premier de l'article 1212 C.c.Q. n'est pas de viser les obligations de ne pas aliéner.

71. – *Les restrictions à la libre cessibilité des actions d'une personne morale.* Les actions d'une personne morale ont une nature hybride et participent à la fois du droit personnel et de la chose mobilière pouvant faire l'objet d'un droit réel. Le droit des compagnies reflète cette dualité et arbitre par la même occasion entre deux intérêts qu'il a mission de protéger. D'une part, la clause d'agrément, permettant aux actionnaires d'une petite compagnie d'exercer un certain contrôle sur l'identité des nouveaux venus qui souhaiteraient se porter acquéreurs d'actions de cette compagnie, répond à des considérations légitimes en assurant une gestion stable et cohérente de la compagnie et en permettant à ses actionnaires de protéger leur investissement. D'autre part, l'action est un bien ayant une valeur économique importante, qui doit être mobile et susceptible d'aliénation. Il est important d'en préserver la cessibilité si l'on veut éviter qu'un actionnaire puisse se retrouver prisonnier d'un investissement dont il souhaite se retirer.

C'est pourquoi la *Loi sur les compagnies* affirme que les actions sont des biens mobiliers qui sont librement cessibles, de la manière et aux conditions prescrites dans la loi et les statuts corporatifs<sup>105</sup>. Par ailleurs, le droit des compagnies reconnaît ponctuellement la possibilité de stipuler des restrictions à l'aliénabilité des actions, notamment dans les statuts corporatifs des compagnies fermées<sup>106</sup>.

À cet égard, notons que le droit corporatif établit une distinction importante entre les restrictions qui sont stipulées dans l'acte constitutif de la compagnie et celles qui découlent d'une convention entre actionnaires. Les premières semblent altérer la nature même de l'action en en restreignant la cessibilité, d'autant plus qu'elles sont opposables aux tiers et peuvent donner lieu à l'annulation de l'acte de disposition qui leur contrevient, à condition d'être imprimées sur les certificats d'action<sup>107</sup>. Au contraire les secondes, de nature purement contractuelle, sont inopposables aux tiers et ne peuvent, selon la jurisprudence antérieure à 1994, être sanctionnées par l'annulation que si le tiers acquéreur est de mauvaise foi<sup>108</sup>. Cette distinction n'est pas sans présenter des

---

<sup>104</sup> 2717. Les conditions ou restrictions stipulées à l'acte constitutif quant au droit du constituant d'aliéner, d'hypothéquer ou de disposer des biens grevés ont effet entre les parties avant même la clôture.

<sup>105</sup> L.R.Q., c. C-38, art. 46.

<sup>106</sup> Voir les articles 46 de la *Loi sur les compagnies*, *ibid.* ; 3(2), 5 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1 ; 174 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

<sup>107</sup> Voir M. et P. Martel, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, édition sur feuilles mobiles, Montréal, Wilson et Lafleur aux pp. 304-305.

<sup>108</sup> Voir Martel, *ibid.* aux pp. 311-12 et l'article 52 de la *Loi sur les compagnies*, *supra* note 105. Dans les arrêts *Taddeo c. Club de hockey national de Laval Inc.* (13 mars 1979), Montréal 500-05-002946-794, J.E. 79-372 (C.S.) ; *Les ressources du lac Meston Inc. c. Cie d'immeubles Courville Liée*, [1984] C.S. 399 ; *Barnard c. Desautels* (1909), 19 B.R. 114, on effectue une dis-

analogies avec celle que nous avons déjà mise en lumière entre la prohibition d'aliéner et l'obligation de ne pas aliéner, et les principes dégagés plus haut pourront donc s'appliquer de manière complémentaire au droit des compagnies.

La restriction à la libre cessibilité des actions stipulée dans l'acte constitutif n'est valable, eu égard à l'article 46 de la *Loi sur les compagnies* et au principe énoncé à l'alinéa premier de l'article 1212 C.c.Q., que si elle est relative et justifiée par des impératifs propres au droit corporatif<sup>109</sup>. Pour déterminer les effets des clauses valables, on pourrait se référer par analogie au régime des prohibitions d'aliéner, avec les ajustements nécessaires.

Les restrictions stipulées dans les conventions entre actionnaires, qui sont quant à elles de nature purement contractuelle, ne sont pas visées par l'article 1212 C.c.Q. Par ailleurs, elles doivent selon nous être soumises au régime applicable aux obligations de ne pas faire, ce qui implique, sous l'empire du *Code civil du Québec*, une inopposabilité quasi totale de ces restrictions à l'égard des tiers<sup>110</sup>.

72. – *Les restrictions stipulées dans la déclaration de copropriété divise.* L'article 1067 C.c.Q. affirme le principe général voulant que les fractions détenues par chaque copropriétaire dans la copropriété sont librement aliénables, en tout ou en partie. Cette disposition est-elle d'ordre public ? Qu'advient-il à l'avenir si des restrictions à la faculté d'aliéner des copropriétaires sont stipulées dans la déclaration de copropriété afin de contrôler les activités, voire l'identité, des futurs occupants ?

Il semble tout d'abord qu'une restriction stipulée dans la déclaration de copropriété, si elle était valide, serait opposable aux sous-acquéreurs en vertu de l'article 1062 C.c.Q. Si tel est le cas, il faudrait reconnaître qu'on n'est pas en présence d'une stipulation purement contractuelle, mais d'une restriction qui se rapproche davantage d'une indisponibilité partielle. La validité d'une telle clause serait donc douteuse à l'égard de l'article 1212 C.c.Q.

En dépit des articles 1212 et 1067 C.c.Q., il serait cependant étonnant que toute restriction à la liberté des copropriétaires d'aliéner leurs fractions stipulée dans la déclaration soit systématiquement déclarée invalide<sup>111</sup>. La disposition maîtresse déterminant la validité des clauses stipulées dans la déclaration de copropriété divise est plutôt l'article 1056 C.c.Q. : les restrictions imposées par la déclaration aux droits des copropriétaires sont valables si elles sont justifiées par la destination de l'immeuble.

inction entre la restriction stipulée dans les statuts corporatifs et celle stipulée dans une convention entre actionnaires, pour juger que cette dernière ne peut avoir aucun effet à l'égard des tiers acquéreurs de bonne foi. Dans *Lapointe c. Lapointe* (14 septembre 1990), Québec 200-05-000266-895, J.E. 90-1616 (C.S.), la vente d'actions à un tiers qui avait connaissance de la restriction est annulée, en raison de sa mauvaise foi.

<sup>109</sup>Voir Martel selon qui seule une restriction partielle à la liberté d'aliéner est valable (*ibid.* aux pp. 304-305).

<sup>110</sup>Voir ci-dessus au n° 62 et s.

<sup>111</sup>Voir R. Comtois, «Le droit de la copropriété des immeubles en droit québécois» dans *Repertoire de droit : Biens*, édition sur feuilles mobiles, doc. 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, n° 92-94.

### Conclusion

73. – Nous espérons que les arguments soulevés dans les pages qui précèdent ont su convaincre nos lecteurs de l'importance de dissocier de nombreuses clauses contractuelles que l'on trouve couramment dans le contexte commercial de la stipulation d'inaliénabilité dont il est question à l'article 1212 C.c.Q. et suivants.

74. – Nous avons voulu montrer, d'une part, le caractère tout à fait exceptionnel de la prohibition d'aliéner. Qu'elle constitue une indisponibilité ou une incapacité, elle heurte de front l'économie du droit civil moderne. Nous l'avons vu, non seulement sa compatibilité avec notre droit, mais son utilité même étaient discutables, au point où l'Office de révision du Code civil en recommandait l'abolition. Mais on peut voir son maintien dans le contexte bien spécial des libéralités comme une concession au désir irrépressible de protéger et contrôler les gens qu'on aime, de faire avancer les causes qui nous tiennent à cœur, au-delà même de la mort.

Cette concession a d'ailleurs été bien encadrée par le législateur, qui a d'abord exigé que la clause soit temporaire et réponde à un intérêt légitime, et qui a ensuite prévu la possibilité de demander au tribunal de réviser la clause «lorsque l'intérêt qui avait justifié la stipulation d'inaliénabilité a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige» (article 1213 C.c.Q.).

75. – Nous avons voulu montrer, d'autre part, la différence de nature qui existe entre l'obligation de ne pas aliéner et la stipulation d'inaliénabilité. L'obligation de ne pas aliéner n'entraîne pas l'insaisissabilité et ne permet pas une annulation des actes de disposition consentis en violation de la clause. Ce contraste apparaît d'ailleurs encore plus nettement, maintenant que l'article 1212 C.c.Q. et suivants indiquent clairement le régime des prohibitions d'aliéner.

Les restrictions à la liberté d'aliéner de la nature d'une obligation de ne pas faire sortiront donc indemnes de la menace qui semblait peser sur elles sous la forme de l'article 1212 C.c.Q. En contrepartie, la personne qui stipule une telle restriction devra se contenter de recours contractuels empreints du principe de la relativité des contrats et, par conséquent, d'une inefficacité quasi totale de la clause à l'égard des tiers.

---