

LUCIE LAFLAMME

DROIT AU PARTAGE ET PARTAGE

Thèse
présentée
à la Faculté des études supérieures
de l'Université Laval
pour l'obtention
du grade de docteur en droit (LL.D.)

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC

AVRIL 1998

© Lucie Laflamme, 1998



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-31498-7

RÉSUMÉ

Ce sont surtout les effets du partage, et plus particulièrement tels effets en droit successoral, qui ont à ce jour retenu l'attention des chercheurs. Cette vue parcellaire des choses explique les incertitudes qui persistent en la matière. Le présent ouvrage cherche à les dissiper en proposant un portrait d'ensemble du partage, portrait net et précis obtenu grâce à la lumière du droit des biens. Cette approche permet de comprendre, d'une part, que le droit de provoquer le partage prive non pas la propriété mais la copropriété de pérennité et, d'autre part, que le partage vient mettre un terme à cette modalité de la propriété qu'est la copropriété. L'opération même du partage a donc pour simple but de fixer les confins d'une propriété déjà acquise, de les fixer en reconnaissant une exclusivité d'exercice au droit sur un objet circonscrit à compter, soit du moment où la modalité a vu le jour, soit de celui où elle disparaît.

RÉSUMÉ

Ce sont surtout les effets du partage et, plus particulièrement, tels effets en droit successoral qui ont à ce jour retenu l'attention des chercheurs. Il en résulte une vue fragmentaire et imprécise du partage qui explique l'abondance des incertitudes en la matière. Le présent ouvrage cherche à dissiper ces incertitudes en proposant un portrait d'ensemble du partage brossé à la lumière du droit des biens. C'est dans les biens que se trouve la clef expliquant ce qu'est le partage, le rôle qu'il joue et les effets qu'il produit.

Le partage met un terme à la copropriété, elle-même simple manière d'être, simple modalité du droit de propriété. La durée de vie de cette modalité du droit de propriété est assujettie au bon vouloir de chacun des indivisaires, pour qui le pouvoir de provoquer le partage est une faculté inhérente à leur droit. Le droit au partage assure par ailleurs le respect de la règle que "Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision". Le report du partage, maintenant permis et encadré par le Code, n'écarte pas la prééminence de cette règle car il s'agit d'une mesure temporaire et exceptionnelle qui, pendant un temps seulement, élimine toute incertitude quant à la durée de la modalité de propriété.

Le partage, en mettant seulement fin à une modalité, fixe, en fait, les confins d'une propriété déjà acquise. En effet, l'opération confère simplement l'exclusivité d'exercice à l'égard d'une propriété déjà détenue en circonscrivant et isolant, dans un même temps, l'objet qui sera soumis à cette exclusivité d'exercice. En matière d'indivision successorale, cette exclusivité d'exercice est, par la fiction de la rétroactivité, reconnue à compter de l'ouverture de la succession. Le partage est alors qualifié de "déclaratif". Pour toute autre indivision, l'exclusivité d'exercice est reconnue à compter du partage lui-

même. Ce dernier est alors qualifié "d'attributif". Ce partage n'est cependant, et en aucun cas, translatif de propriété.

REMERCIEMENTS

Bien qu'une thèse de doctorat soit un travail solitaire, beaucoup de gens qui m'ont appuyée au cours de cet exercice. Parmi ceux-ci, j'aimerais particulièrement remercier mon directeur de thèse, M. le professeur François Frenette, pour son soutien, sa disponibilité et ses commentaires des versions préliminaires de cette thèse.

Je tiens également à souligner que la réalisation de ce travail a été rendue possible grâce à la contribution financière du Fonds de soutien au Doctorat lors de mes premières années d'études et grâce à une bourse d'études supérieure de la Chambre des notaires du Québec pour les années 1994 à 1996. Je tiens à remercier ces organismes pour la confiance dont ils ont su faire preuve à mon égard.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	8
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE- LA COPROPRIÉTÉ	11
SECTION 1- LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ	11
§1. DÉLIMITATION DE LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ.....	12
A. La copropriété et l'indivision: avers et revers d'une même médaille.....	12
a. La copropriété et le partage des intérêts dans le titre	12
b. L'indivision et l'absence de partage de l'objet.....	14
B. Les institutions analogues à la copropriété	16
a. La Gesamte Hand	17
b. La société et l'association	20
§2. L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ	28
A. Les origines de la copropriété	28
a. Le consortium du droit romain	29
1. jusqu'à la Loi des XII Tables.....	29
2. à partir de la Loi des XII Tables.....	31
b. Les différents types de communautés du Moyen Âge	36
1. le Haut Moyen Âge	36
2. le Bas Moyen Âge	38
B. La codification de la copropriété	41
a. Le Code civil français	43
1. le code civil français de 1804	43
2. la réforme de la Loi du 31 décembre 1976.....	45
b. Les codes civils québécois.....	47
1. le Code civil du Bas-Canada	47
2. le Code civil du Québec.....	50
SECTION 2- LA COPROPRIÉTÉ COMME MODALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ	52
§1. LES GRANDS TRAITS DE LA PROPRIÉTÉ	52
A. La définition du droit de propriété	53
a. Les attributs du droit de propriété.....	53
b. Les caractères du droit de propriété.....	55
B. Les diverses modifications au droit de propriété	58
a. Les démembrements.....	58
b. Les modalités	59
§2. LE STATUT DE MODALITÉ ATTRIBUÉ À LA COPROPRIÉTÉ	61
A. Une modalité marquée par l'absence d'exclusivisme.....	61
a. Les traits saillants de la copropriété chez les auteurs.....	62
b. La copropriété comme modalité de la propriété	66
B. Une modalité expressément prévue au Code	68
a. Les dispositions afférentes au statut de modalité	68
b. Les dispositions orchestrant l'exercice du droit.....	69

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE REND INDÉTERMINÉE LA DURÉE DE LA MODALITÉ DE COPROPRIÉTÉ

TITRE 1- LE DROIT AU PARTAGE.....	77
CHAPITRE 1- SEUL LE STATUT DE COPROPRIÉTAIRE DONNE DROIT DE PROVOQUER UN PARTAGE.....	78
SECTION 1- L'IMPOSSIBILITÉ POUR LE TIERS DE DEMANDER LE PARTAGE EN SON NOM	78
§1. LE CAS DE L'ACTION OBLIQUE	79
A. Les conditions de l'action oblique	79
B. La mise en oeuvre de l'action oblique	81
§2. LE CAS D'INTERVENTION POUR DÉFAUT OU INSUFFISANCE DE CAPACITÉ	81
A. La protection d'un copropriétaire	82
a. Le cas de la représentation	82
1. la tutelle	83
2. la curatelle	85
b. Le cas de l'assistance	85
1. l'émancipation.....	86
2. le conseiller à un majeur.....	88
B. Le concours exceptionnel du conjoint	89
SECTION 2- LES FAUX CAS DE DROIT AU PARTAGE	90
§1. FAUX CAS EN MATIÈRE DE DISSOLUTION D'UN MARIAGE	90
A. Le partage du patrimoine familial.....	90
B. Le partage des biens au terme d'un régime matrimonial.....	94
a. Les régimes matrimoniaux prévus au Code civil du Québec	94
1. la société d'acquêts	94
2. la séparation de biens	95
b. L'ancien régime matrimonial de la communauté de biens	96
§2. FAUX CAS EN MATIÈRE DE DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ	99
A. L'absence d'indivision durant la période de liquidation	100
B. L'indivision post-sociétaire.....	100
CHAPITRE 2- LE DROIT AU PARTAGE EN REGARD DE LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION».....	103
SECTION 1- LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»	103
§1. BREF HISTORIQUE DE LA RÈGLE.....	104
A. Les origines de la règle	104
a. Le droit de demander le partage en droit romain	104
1. jusqu'à la loi des XII Tables.....	104
2. à partir de la Loi des XII Tables.....	105
b. Le droit de demander le partage au Moyen Âge	110
1. le Haut Moyen Âge	110
2. le Bas Moyen Âge	112
B. La codification de la règle	116
a. Le Code civil français	117
1. le Code civil de 1804	117
2. la réforme de la Loi du 31 décembre 1976.....	118

b. Les Codes civils québécois.....	119
1. le Code civil du Bas-Canada	119
2. le Code civil du Québec.....	121
§2. L'ANALYSE DE LA RÉGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»	122
A. La mise en oeuvre de la règle	122
a. La nature et l'exercice du droit de provoquer le partage	122
b. Le caractère discrétionnaire de la mise en oeuvre du droit de provoquer le partage	124
B. Le respect de la règle	126
a. L'obligation pour les autres indivisaires d'accéder au partage.....	126
b. L'absence d'impact de l'éventualité d'un partage sur la nature du droit des indivisaires	127
SECTION 2- LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ASSURE LE RESPECT DE LA RÉGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»	129
§1. LE RESPECT ASSURÉ DE LA RÉGLE LORS D'UN PARTAGE	129
A. La voie privilégiée du partage en nature	129
B. Les actes valant partage en nature	131
§2. LE RESPECT ASSURÉ DE LA RÉGLE PAR UN ÉVÉNEMENT ÉTRANGER À UN PARTAGE.....	136
A. L'aliénation du bien.....	136
B. La perte du bien.....	138
TITRE II- LE REPORT EXCEPTIONNEL DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE.....	140
CHAPITRE 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE N'ÉMANANT PAS DE LA VOLONTÉ DES INDIVISAIRES	142
SECTION 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ÉMANANT D'UNE CLAUSE TESTAMENTAIRE	142
§1. LA NÉCESSITÉ D'UNE CAUSE	143
A. Un motif sérieux et légitime	143
B. L'exercice des pouvoirs du liquidateur à un autre titre	144
§2. LA NÉCESSITÉ UNE DURÉE LIMITÉE	145
SECTION 2- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ÉMANANT DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE.....	147
§1. LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE PENDANT LA LIQUIDATION D'UNE SUCCESSION	147
§2. LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ORDONNÉ PAR DÉCISION DE JUSTICE	148
A. Dans les indivisions d'origine successorale	149
a. Les sortes de sursis à l'exécution d'une demande en partage dans les indivisions successorales	149
1. le sursis à l'exécution d'une demande en partage motivé par des raisons familiales.....	150
i. l'entreprise à caractère familial	150
ii. la résidence familiale et les meubles à l'usage du ménage	152
2. le sursis à l'exécution d'une demande en partage pour raisons d'économie	153
b. Le caractère temporaire et exceptionnel de ces sursis en matière successorale	154
B. Dans les indivisions d'origine non successorale	156
a. Le sursis au partage pour éviter une perte.....	156
b. Le caractère temporaire et exceptionnel de ce sursis	157
CHAPITRE 2- LE REPORT DU DROIT AU PARTAGE ÉMANANT DE LA VOLONTÉ DES INDIVISAIRES	159

SECTION 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE PRÉVU PAR CONVENTION D'INDIVISION	159
§1. LA CONVENTION D'INDIVISION COMPORTANT UNE CLAUSE DE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE	160
A. L'influence du contenu de la convention sur la capacité requise	160
a. La capacité d'administrer	160
b. La capacité de disposer	162
B. La clause reportant le droit de provoquer le partage comme facteur de durabilité de la copropriété	164
a. Le rôle de la clause reportant le droit de provoquer le partage.....	164
b. Le rôle subsidiaire des autres clauses d'une convention reportant le partage	166
§2. LES RÉGLES AFFÉRENTES À LA DISPOSITION REPORTANT LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE	168
A. Les particularités de la disposition.....	168
a. L'exigence d'un écrit	168
b. La durée limitée à trente ans	169
B. Le régime applicable à toutes les dispositions de la convention d'indivision	171
a. L'effet relatif de la convention d'indivision	171
b. L'opposabilité de la convention d'indivision	174
SECTION 2- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE DU FAIT DE L'AFFECTATION DU BIEN À UN BUT DURABLE	177
§1. LA NOTION D'AFFECTATION EN DROIT CIVIL	178
A. État de la question	178
a. La définition de l'affectation.....	180
b. L'affectation au Code civil du Québec.....	181
B. Les conditions d'existence d'une affectation	182
a. L'usage d'un bien dans un but fixé.....	182
b. La protection de l'affectation	183
§2. L'AFFECTATION REPORTANT LE PARTAGE.....	184
A. La notion d'affectation en matière de report du partage	184
a. Le domaine d'application.....	185
b. Une condition particulière ayant trait au but.....	185
B. Les affectations susceptibles de reporter le partage	186
a. En présence d'une relation entre le bien indivis et d'autres biens	187
b. En l'absence d'une relation entre le bien indivis et d'autres biens	189

DEUXIÈME PARTIE

LE PARTAGE FIXE LES CONFINS DE L'OBJET D'UNE PROPRIÉTÉ DÉJÀ ACQUISE

TITRE I- LE PARTAGE CONFÈRE L'EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE À UNE PROPRIÉTÉ DÉJÀ ACQUISE.....	195
---	-----

CHAPITRE 1- LE MÉCANISME DE RECONNAISSANCE DE L'EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE.....	196
--	-----

SECTION 1- LES EXPLICATIONS TRADITIONNELLES	196
§1. BREF HISTORIQUE DE LA QUESTION	196
A. Le partage, un acte translatif en droit romain	197
B. Le partage, un acte déclaratif à partir du Moyen Âge.....	199

§2. ÉTAT DE LA QUESTION EN DROIT MODERNE.....	202
A. Le partage translatif tempéré par une fiction de la loi.....	203
a. L'approche du partage translatif en droit français	203
b. L'approche du partage translatif en droit québécois	205
B. Le partage essentiellement déclaratif	206
a. L'approche du partage déclaratif en droit français	207
b. L'approche du partage déclaratif en droit québécois	210
SECTION 2- EXPLICATION PROPOSÉE	213
§1. LE RÔLE EXTINCTIF DU PARTAGE	214
A. La disparition de la concurrence dans la détention du titre de propriété	214
B. La fin de l'indivision afférente à la copropriété	216
§2. LE RÔLE DÉCLARATIF DU PARTAGE	217
A. La reconnaissance de la préexistence d'un droit	218
B. La reconnaissance d'une exclusivité d'exercice.....	219
CHAPITRE 2- LES EFFETS VARIABLES DE L'EXCLUSIVITÉ RECONNUE.....	221
SECTION 1- LES EFFETS VARIABLES SELON L'ORIGINE DE L'INDIVISION	221
§1. LA RÉTROACTIVITÉ DE L'EXCLUSIVITÉ RECONNUE EN MATIÈRE D'INDIVISION SUCCESSORALE.....	222
A. La disparition fictive de la période d'indivision.....	223
a. L'utilisation de la rétroactivité en matière successorale	223
b. Le fonctionnement de la rétroactivité	226
B. L'importance de l'attribution du bien à un indivisaire.....	228
a. La réévaluation des droits consentis pendant l'indivision sur le plan de leur opposabilité	228
b. L'intangibilité de certains actes	231
§2. L'ABSENCE DE RÉTROACTIVITÉ DANS LES AUTRES CAS D'INDIVISIONS	234
A. La reconnaissance de la période d'indivision	234
a. La date du partage, point de départ de ses effets.....	235
b. Le partage attributif comme facteur de durabilité et de stabilité des actes posés pendant l'indivision	238
B. Certaines incidences fiscales d'un partage attributif	240
a. Les lois respectant le droit civil	240
b. Le cas particulier de l'impôt sur le revenu	242
SECTION 2- LES EFFETS PARTICULIERS SUR LES HYPOTHÈQUES	243
§1. LE SORT DES HYPOTHÈQUES EN CAS DE PARTAGE.....	244
A. Le régime général de l'article 2679 du Code civil du Québec	244
a. Le fonctionnement du régime prévu à l'article 2679 C.c.Q.	245
b. Les faiblesses du régime prévu à l'article 2679 C.c.Q.	246
B. Le cas particulier de l'article 1021 du Code civil du Québec	248
a. Le fonctionnement du régime prévu à l'article 1021 C.c.Q.	248
b. Les faiblesses du régime prévu à l'article 1021 C.c.Q.	249
§2. LES AMÉLIORATIONS POSSIBLES AU SORT DES HYPOTHÈQUES EN CAS DE PARTAGE.....	251
A. Les méthodes proposées par la pratique	252
a. Le concours de tous les copropriétaires à la signature de l'acte.....	252
b. La suppression du statut de copropriétaire	253
B. La méthode à privilégier	255
a. Les stipulations assurant la liberté des indivisaires	255
b. La pierre angulaire de l'opposabilité	259

TITRE II- LE PARTAGE CIRCONSCRIT L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ SOUMISE À UNE EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE	261
CHAPITRE I- LES OPÉRATIONS PRÉALABLES AU PARTAGE.....	263
SECTION 1- LE PROCESSUS DE DÉLIMITATION DE L'OBJET SOUMIS AU PARTAGE.....	263
§1. LA CONSISTANCE DE L'AVOIR.....	264
§2. LA VALEUR DE L'AVOIR	265
A. L'évaluation des biens	266
a. Son importance	266
b. L'intérêt de la date d'évaluation	266
B. Le recours aux règles comptables.....	267
a. L'actif	267
1. les règles communes à toutes les indivisions.....	267
2. les règles particulières aux indivisions successorales	268
b. Le passif.....	270
1. les règles communes à toutes les indivisions.....	270
2. Les règles particulières aux indivisions successorales	272
SECTION 2- LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS DE CHACUN SUR L'OBJET À PARTAGER.....	273
§1. DÉTERMINATION DES PROPORTIONS POUR LE PARTAGE	273
§2. LE PRÉMORCELLEMENT DU BIEN	277
A. Le processus suivi	278
B. Les attributions préférentielles.....	280
CHAPITRE 2- LE PARTAGE EN SOI	283
SECTION 1- LA RÉALISATION DU PARTAGE	283
§1. LES DIFFÉRENTS MODES DE PARTAGE.....	283
A. Les critères influençant le choix du mode de partage	284
a. La nature de l'objet.....	284
1. le partage en nature	284
2. les alternatives au partage en nature	285
b. Les autres critères.....	286
1. la portée du partage	286
i. le partage total ou partiel	286
ii. le partage définitif ou provisionnel.....	287
2. la présence ou non d'un accord de volonté.....	288
B. La conversion en copropriété divise	291
a. Le partage opéré par voie de conversion.....	291
1. les parties privatives résultant du partage	292
2. les parties communes laissées dans l'indivision	292
b. Les formalités préalables à la conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise	294
1. les formalités découlant de la copropriété	294
2. les formalités dictées par des organismes publics	296
i. autorisation municipale	297
ii. autorisation de la Régie du logement.....	298
§2. L'ACTE DE PARTAGE.....	299
A. Description au plan technique	299
a. La forme	300
b. Le contenu.....	300
B. La publicité	303
a. Les créances.....	303

b. Les autres biens	304
SECTION 2- LES INCIDENTS CONSÉCUTIFS AU PARTAGE	305
§ 1. LE RECOURS EN GARANTIE	305
A. Analyse de la garantie des copartageants	305
a. La garantie légale.....	305
b. Les aménagements possibles aux dispositions légales.....	308
B. Distinction d'avec la garantie d'éviction en matière de vente	309
§2. LE RECOURS EN NULLITÉ.....	310
A. La sanction de la nullité	310
B. Le maintien du partage malgré un motif de nullité.....	311
CONCLUSION	313
BIBLIOGRAPHIE.....	316

INTRODUCTION

Le partage n'est pas un phénomène nouveau. Un auteur du siècle dernier écrivait à son sujet ce qui suit :

« Le partage est le premier né des contrats; c'est le premier acte d'appropriance que l'homme ait fait sur la terre; il a pris naissance en même temps que la propriété, dont il est évidemment corrélatif; lui seul le complète en lui redonnant le caractère exclusif qui la constitue. Il a donc été le premier sujet de contestation, et depuis il n'a point manqué à sa nature litigieuse. »¹

L'étude du droit des successions, des sociétés, des régimes matrimoniaux et, bien entendu, du droit des biens conduit inéluctablement à la question du partage. Malgré ce fait, le partage reste pourtant mal défini en droit. La doctrine québécoise s'y est peu intéressée jusqu'à date. Par conséquent, ce qui en constitue l'essentiel n'apparaît pas clairement fixé. Plusieurs études sont par ailleurs consacrées au partage en droit français. Ce sont cependant les effets du partage qui ont surtout retenu l'attention des auteurs. Pire, ces effets du partage sont envisagés presque exclusivement dans le

¹ CHAMPIONNIÈRE, «Études historiques sur l'article 883 du Code civil», (1838) 7 *Rev de légis.* 405, 409.

contexte d'une dévolution successorale. Cette vue fragmentaire et imprécise du partage explique l'abondance des incertitudes qui existent en la matière.

Le présent ouvrage veut bannir le partiel et le flou qui existe en matière de partage pour le remplacer par un portrait d'ensemble net et précis résultant de l'éclairage fourni par le droit des biens. En effet, c'est dans la matière des biens que se trouve la clé expliquant ce qu'est le partage, le rôle qu'il joue et les effets qu'il produit.

Pour avoir une vue d'ensemble du partage, il faut d'abord comprendre que le partage est un aboutissement. Il survient en bout de ligne pour mettre un terme à un état préexistant. Cet état a pour nom l'indivision et ce, peu importe l'origine de cette indivision. Or, l'indivision n'est que le revers de la copropriété qui elle-même n'est qu'une manière d'être, qu'une modalité du droit de propriété. C'est donc vers le droit des biens et plus particulièrement vers le droit de propriété et de copropriété qu'il faut d'abord se tourner pour bien saisir ce qu'est fondamentalement le partage. Tel est l'objet du chapitre préliminaire.

La copropriété étant mieux connue au terme du chapitre préliminaire, il convient ensuite d'aborder le rôle du partage en l'espèce. La première partie de cet ouvrage cherche à établir que la perspective d'un partage rend indéterminée la durée de cette modalité de la propriété qu'est la copropriété. Chaque copropriétaire a en effet la faculté de provoquer le partage. L'exercice de cette faculté inhérente à la qualité de son droit, est, comme toute faculté, laissée à la discrétion absolue de chacun des copropriétaires. La durée de vie de la modalité est donc assujettie au bon vouloir de chacun des indivisaires. Le droit de demander le partage qui appartient aux copropriétaires assure par ailleurs le respect de la règle séculaire voulant que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision». Le report du partage, maintenant permis et encadré par le Code, n'altère pas la prééminence de cette règle. En effet, le report du partage demeure une mesure temporaire et exceptionnelle qui, pendant un temps seulement, écarte toute incertitude quant à la durabilité de la modalité de copropriété. Une fois son effet passé, épuisé, l'incertitude quant à la durée renaît car le droit au partage pourra être exercé en tout temps.

La deuxième partie de cet ouvrage vise à démontrer, quant à elle, que le partage fixe les confins d'une propriété déjà acquise. Comme la propriété est déjà détenue par les

copropriétaires, le partage ne met qu'un terme à la modalité l'affectant. Le partage ne confère, en vérité, que l'exclusivité d'exercice à une propriété déjà détenue. Ce rôle du partage n'est possible, toutefois, que si le partage circonscrit et isole en même temps l'objet soumis à l'exclusivité d'exercice. Que le Code prévoit des effets différents selon que le partage affecte une indivision d'origine successorale ou une autre indivision ne change rien au rôle du partage. Le Code reconduit les effets du partage tels que connus avant 1994 pour les indivisions successorales. En revanche, lorsque le partage met fin à une indivision d'origine non successorale, le partage produit un effet «attributif». Le partage qui produit un effet attributif est une nouveauté en droit québécois. Elle est par ailleurs absente du droit français, qui a été une source d'inspiration lors de la réforme du Code civil. Les conséquences civiles et fiscales rattachées à cette nouveauté seront également examinées.

Enfin, il convient de souligner qu'une méthode de recherche traditionnelle a été utilisée pour l'élaboration de cet ouvrage. La nouveauté du *Code civil du Québec* permet de présenter un travail sous cette forme. Bien que certains développements puissent paraître assez techniques, la nouveauté des dispositions du Code en la matière et l'absence d'études approfondies sur la question du partage sous le *Code civil du Bas-Canada* les justifient. Ces détails techniques confirment et complètent le noeud de la démonstration. Pour appuyer et comprendre l'essentiel du droit québécois en la matière, quelques références au droit français se sont par ailleurs avérées nécessaires. Cet ouvrage ne prétend toutefois pas être pas un ouvrage de droit comparé.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE- LA COPROPRIÉTÉ

Bien que son importance ait été rarement soulignée, il existe un lien de genre à espèce entre la propriété et la copropriété². L'étude et la définition traditionnelles de la copropriété, et par voie de conséquence, les développements apportés en la matière, ont été trop souvent faits, et se font encore parfois, au mépris de la réalité de cette relation de genre à espèce entre la propriété et la copropriété. Fort heureusement, le *Code civil du Québec* consacre désormais cette filiation puisqu'il qualifie la copropriété de modalité de la propriété.

Ce chapitre préliminaire vise à mettre de l'ordre sur ce qui a trait à la relation de genre à espèce entre la propriété et la copropriété ce qui aidera une meilleure compréhension du rôle du partage. Dans un premier temps, la copropriété sera analysée sous un angle plutôt théorique (section 1). Cet exercice laissera apparaître et corroborera son statut de modalité reconnu depuis peu au Code (section 2).

SECTION 1- LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ

L'examen de la notion même de copropriété confirme le lien de genre à espèce existant entre la propriété et la copropriété. Le premier paragraphe de cette section le souligne en précisant sommairement le sens du terme «copropriété». Le second paragraphe démontre, quant à lui, que la relation existant entre la propriété et la copropriété, telle que reconnue actuellement en droit positif, n'est pas une nouveauté au plan historique.

² Christian ATLAS, *Droit civil, les biens*, 3e éd., Paris, Litec, 1993, no 95a, p. 111.

§1. DÉLIMITATION DE LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ

En raison de sa relation avec la propriété, le terme «copropriété» renvoie à une réalité différente de celle concernée par le terme «indivision» (A). La situation juridique visée par la copropriété se distingue par ailleurs d'autres institutions à caractère collectif (B).

A. La copropriété et l'indivision: avers et revers d'une même médaille

Les termes «copropriété» et «indivision» réfèrent à des aspects distincts de la situation juridique créée par une cotitularité d'un même droit sur un même objet³. En fait, ils constituent, l'un et l'autre, l'avers et le revers d'une même médaille. Ce n'est donc que par extension et habitude qu'un seul de ces termes sert traditionnellement à désigner l'ensemble de la situation juridique existante.

a. La copropriété et le partage des intérêts dans le titre

Le mot «copropriété» traduit, en lui-même, le lien de genre à espèce entre la propriété et la copropriété. Le préfixe «co» vient du latin «cum»⁴ signifiant «avec». La seconde partie du mot, «propriété», qualifie, quant à elle, un rapport juridique donné, soit le droit de propriété. L'expression «copropriété» renvoie donc à ce droit réel bien connu qui subit ici une certaine inflexion au chapitre de la titularité⁵. Relativement à ce droit, et à ce droit seulement, il existe une pluralité de sujets. Cette pluralité de sujets de droit entraîne un fractionnement non pas quant à l'objet du droit, non pas quant au droit de propriété lui-même, mais uniquement quant aux intérêts dans le titre de propriété⁶.

³ Henri DE PAGE et René DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.5, Bruxelles, Émile Bruylant, 1952, no 1143, p. 999.

⁴ R.E. LAURITA, *1001 affixes and their meanings: A dictionary of prefixes, suffixes and inflexions*, N.Y., Leonardo Press, 1990, p. 10; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1996, v^o copropriété.

⁵ Francine VALLÉE-OUELLET, «Les droits et les obligations des copropriétaires», (1978) 24 *R.D. McGill* 196, 199-200; Roger NERSON, *Rép. civ.*, Dalloz, v^o indivision, no 29.

⁶ Voir *supra* section 2, paragraphe 2.

Comme la «couleur» du rapport de droit est indiquée dans l'expression «copropriété», il ne saurait normalement être question de désigner par «copropriété» les autres droits assujettis à une pluralité de sujets. Cette situation a été nettement perçue à l'article 911 C.c.Q. sans que le législateur ait songé pour autant à réserver une dénomination particulière à chaque cas⁷, hormis le cas, bien évidemment, de la copropriété⁸ et celui, plus exceptionnel, de la coemphytéose⁹.

L'existence même de l'article 911 C.c.Q. signifie cependant que les dispositions des articles 1012 et suiv. C.c.Q. s'appliqueront par analogie à tout autre droit réel que la propriété détenue par plusieurs personnes, et ce, nonobstant l'emploi exclusif du mot «copropriété»¹⁰. Ces articles cherchent d'abord à aménager les relations entre plusieurs sujets d'un même droit portant sur un même bien. En outre, les articles 1012 et suiv. C.c.Q. s'appliquent tout aussi facilement, que ce droit soit la propriété ou l'un de ses démembrements.

Nonobstant la multiplicité des situations envisagées par l'article 911 C.c.Q., aux fins de simplification et de clarté, il ne sera traité aux présentes que du partage en matière de copropriété. Les dispositions du Code visent d'ailleurs, la plupart du temps, et notamment en matière de partage, les cas de cotitularité de la propriété de préférence à tout autre droit.

⁷ «On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, ou encore être possesseur du bien».

⁸ C.c.Q., art. 1012 à 1109.

⁹ C.c.Q., art. 1198.

¹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, Québec, Les publications du Québec, 1993, Commentaire sous l'article 1010, p. 593; François FRENETTE, «Propos et considérations en droit des biens six mois après la mise en oeuvre du nouveau Code», (1994) *R. du N.* 492, 497; Madeleine CANTIN-CUMYN, «L'indivision», dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 325, nos 4-5 aux pages 328-329.

b. L'indivision et l'absence de partage de l'objet

Dans son sens premier et profond, la réalité que vise l'expression «indivision» diffère de celle concernée par la copropriété. À l'instar de cette dernière, le mot «indivision» traduit la situation qu'il qualifie. Le préfixe «in» dans le mot «indivision» véhicule une idée de négation¹¹. Dans son expression la plus simple, le mot «indivision» signifie «absence de division». Plus spécifiquement, le mot «indivision» renvoie à l'état dans lequel l'objet du droit se trouve: c'est-à-dire non fractionné, non morcelé en fonction des intérêts dans le titre de propriété. Cet état d'indivision est le pendant normal, naturel, de la cotitularité d'un même droit sur un même objet¹².

Ceci étant, il est facile de comprendre qu'il n'existe pas d'indivision entre un usufruitier par exemple, et un nu-propiétaire. En effet, ceux-ci ne sont pas cotitulaires d'un même droit¹³. Pareillement, il ne peut y avoir d'indivision entre un propriétaire superficiaire et un propriétaire tréfoncier parce que le droit de propriété distinct de chacun s'exerce sur des objets différents¹⁴.

Bien que le sens premier et profond du terme «indivision» peut paraître évident, l'emploi qui en a été souvent fait a entraîné un élément de confusion en la matière. Ainsi, tout en reconnaissant que l'indivision pouvait affecter des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles¹⁵, un seul bien ou une pluralité de biens, certains

¹¹ Maurice GRÉVISSE, *Le bon usage Grévisse*, 12e éd. par André Goosse, Paris, Duclot, 1986, p. 244.

¹² Cette cotitularité peut résulter, selon les termes de l'article 1012 C.c.Q., «d'un contrat, d'un jugement, d'une succession ou de la loi.»

¹³ *Kent v. Beaudin*, (1888) 16 R.L. 333 (C.S.); Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.2, vol.2, «Biens, droit de propriété et ses démembrements», 8e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, no 1308, p. 36; Roger NERSON, *Rép. civ.*, Dalloz, v^o *indivision*, no 22; H. VIALLETON, «Le droit au partage des usufruitiers et des nus propriétaires par indivis», (1925) *Rev. trim. dr. civ.* 261.

¹⁴ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.2, vol. 2, «Biens, droit de propriété et ses démembrements», *op. cit.*, note 13, no 1308, p. 36.

¹⁵ Voir: *Marchand c. Péloquin*, [1978] C.A., 266 (brevet); *Banque Nationale c. Pettigrew*, [1988] R.L. 110 (C.A.) (créance); *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.) (immeuble); *Excavations Gilles Desbiens c. Prescott*, J.E. 92-69 (C.S.) (automobile); etc. Christian ATLAS, *op. cit.*, note 2, no 96, p. 122; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil- Les biens*, 3e éd. par

auteurs proposèrent de réserver l'expression «copropriété» à l'indivision d'un bien particulier et l'expression «indivision» aux éléments d'actifs dépendant d'une universalité juridique¹⁶. D'autres auteurs ont, à juste titre, critiqué cette théorie au motif qu'elle ne traduit aucune différence de nature ou de régime¹⁷. Cette distinction ne dispense pas, en effet, de qualifier le droit exercé. De plus, elle ne résout pas, de façon définitive, le problème de la qualification d'un bien, seul élément d'actif d'un «ensemble de biens», par exemple, une succession.

Tout en reconnaissant également que tous les droits sont susceptibles de cotitularité, il a été également proposé, notamment par les auteurs du *Précis Dalloz* sur le droit des biens, de réserver le terme «copropriété» aux cas de cotitularité d'un droit de propriété et le terme «indivision» aux cas de cotitularité d'un autre droit¹⁸. Cette approche ne saurait, également, être retenue. L'expression «indivision» ne devrait être réservée qu'à l'état des biens comme il vient d'être précisé. Qualifier cet état d'indivision ne renseigne pas sur la nature du droit en cause et partagé dans son exercice par les indivisaires. Partant, le mot «indivision» est inadéquat. Pour cette raison, il est souhaitable de référer à la situation juridique associée à une indivision par le droit détenu par les indivisaires. Les expressions co-location, co-usufruit, co-usage etc. sont d'ailleurs fréquemment utilisées.

Pierre JOURDAIN, Paris, Dalloz, 1995, no 57, p. 78; Gérard CORNU, *Droit civil-Introduction, les personnes, les biens*, coll. Domat/droit privé, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1994, no 1230, p. 411; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, no 341, p. 187; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t.3, «Les biens», coll. Thémis/droit privé, 15e éd., Paris, P.U.F., 1992, no 81, p. 156; M. CANTIN-CUMYN, *loc. cit.*, note 10, p. 325, no 4 à la page 329.

¹⁶ Gustave SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1923, p. 471; Aurelian IONASCO, *La copropriété d'un bien*, Thèse, Paris, 1930, pp. 5 et suiv.; Jean VINCENT, «Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage», (1932) *Rev. crit.* 284, nos 39-40, pp. 316 et suiv.; Donald RIENDEAU, *Le partage déclaratif dans la province de Québec*, mémoire de D.E.S., Université de Montréal, 1966, p. 25.

¹⁷ François Terré TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil-les biens*, 4e éd. Paris, Dalloz, 1992, no 542 p. 347; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 57, p. 78;

¹⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 542, p. 348.

Bien que les termes «copropriété» et «indivision» ne soient pas synonymes¹⁹, il faut admettre néanmoins qu'ils sont interchangeables en cas de cotitularité de la propriété. En effet, il existe alors «copropriété» et «indivision». C'est ce que De Vareilles-Sommières voulait souligner lorsqu'il écrivait:

«[la] copropriété a pour synonyme indivision, indivision ayant pour complément sous-entendu non pas de la propriété mais de la chose»²⁰.

Enfin, parce qu'elle est un état affectant un bien, il faut reconnaître que l'indivision peut être examinée sous différents angles, et de ce fait, donner naissance à des classifications d'espèce. Ces classifications ne modifient cependant en rien la situation juridique de base. Elles en facilitent seulement l'organisation de son étude. Sont généralement utilisés comme critères de classification: le degré d'organisation, le caractère volontaire ou non, le libre droit au partage, l'origine de l'indivision, etc.

En conclusion sur ces questions de sémantique, les expressions «copropriété» et «indivision» seront souvent employées indifféremment l'une pour l'autre parce que seule la copropriété sera visée tout au long de cet ouvrage. De plus, pour éviter les interférences avec le droit des obligations, la copropriété étudiée ici se limitera à celle portant sur des biens corporels. Au surplus, le discours sera souvent centré sur les biens immobiliers parce que la copropriété s'y rencontre le plus fréquemment.

B. Les institutions analogues à la copropriété

Il arrive souvent que la copropriété soit confondue avec d'autres formes de détention à caractère collectif. Pourtant, toute détention à caractère collectif n'équivaut pas à copropriété. Ainsi, la copropriété décrite à l'article 1010 C.c.Q. diffère de la Gesamte Hand, autre forme de propriété plurale (a). La copropriété se différencie également de

¹⁹ *Régime complémentaire de retraite de la société de transport de la communauté urbaine de Montréal c. Bandera Investment company*, [1997] R.J.Q. 1906, 1914 (C.S.) en obiter; M. CANTIN-CUMYN, *loc. cit.*, note 10, p. 325, no 4 à la page 329. *Contra* F. VALLÉE-OUELLET, *loc. cit.*, note 5, 196, 200.

²⁰ DE VAREILLES-SOMMIÈRE, «De la copropriété», (1907) *Rev. crit.* no 5, p. 532.

la société et de l'association qui n'ont aucun lien de genre à espèce avec la propriété mais qui nécessitent des distinctions plus fines (b).

a. La Gesamte Hand

À l'instar de la copropriété prévue au *Code civil du Québec*, la Gesamte Hand appartient au genre de la propriété plurale. Ces deux institutions se distinguent néanmoins par leur origine et par leur degré de collectivité.

En effet, la copropriété prévue et organisée par le *Code civil du Québec* prend racines dans le droit romain alors que la Gesamte Hand est une institution issue du droit germanique²¹. Malgré ces origines différentes, il existe un contentieux au sujet de ces institutions depuis le début du siècle, époque où les auteurs, déçus du trop grand individualisme du code civil français, admiraient le code civil allemand²² en raison de son aspect plus nuancé. Ils trouvèrent dans la Gesamte Hand une explication au caractère collectif de certaines institutions telles que la communauté entre époux, la succession maintenue indivise entre héritiers etc²³. Certains auteurs proposèrent même de remplacer la vision romaine de la copropriété se trouvant au code civil français par celle issue du droit germanique prévue au code civil allemand²⁴. Ces théories sont aujourd'hui critiquées²⁵, voire abandonnées. Elles n'ont pas su démontrer avec évidence

²¹ Henri DE PAGE et René DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.5, Bruxelles, Émile Bruylant, 1952, no 1136, p. 990; Joseph RICOL, *La copropriété en main commune (Gesamte Hand). Son application possible au droit français*, thèse, Toulouse, 1907, pp. 37 et 38; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 82. Le Code civil allemand reconnaît par ailleurs les deux grands courants de propriété plurale. La conception romaine appelée *condominium pro diviso* et la copropriété de droit allemand, appelée *condominium pro indiviso* qui découle de la Gesamte Hand traditionnelle. François Xavier TESTU, *Recueil de droit civil*, Dalloz, v^o «indivision», no 32; Marc DESSERTAUX, *Essai général d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, pp. 454 et suiv.

²² F. X. TESTU, *op. cit.*, note 21, no 33.

²³ Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. 2, Paris, L.G.D.J. 1957, no 2266, p. 791.

²⁴ Louis JOSSERAND, «Essai sur la propriété collective dans le Code civil 1804-1904», *Livre du Centenaire du Code civil*, t.1, Paris, Rousseau, 1904, aux pages 357 et suiv.

²⁵ Michel Dagot, *L'indivision*, (Commentaire de la loi du 31 décembre 1976), Paris, Litec, 1978, no 10, p. 28; F.X. TESTU, *op.cit.*, note 21, no 34.

cette supériorité de la Gesamte Hand sur la copropriété. Au contraire, certaines dispositions du code civil allemand²⁶ atténuent le régime de la Gesamte Hand pour lui donner des aspects typiques de la copropriété à la romaine²⁷.

La Gesamte Hand possède en outre un caractère essentiellement collectif qui est en grande partie absent de la copropriété qui est issue du droit romain. L'examen de la notion de quote-part dans l'institution germanique en témoigne. La Gesamte Hand ne génère pas de véritables quotes-parts telles qu'entendues habituellement²⁸. Les quotes-parts de ce mode de détention germanique n'ont de valeur qu'à l'intérieur de la sphère commune:

« (...) elles ne concernent, quand elles existent, que les rapports des communistes entre eux, elles n'ont pas de valeur à l'égard des tiers, elles ne sont pas réalisables.»²⁹

Le caractère collectif de la Gesamte Hand fait aussi en sorte qu'elle se distingue de l'approche romaine de la copropriété par un degré d'autonomie patrimoniale supérieur. Selon certains auteurs, cette autonomie patrimoniale est suffisamment importante pour créer une séparation de patrimoines³⁰ et transformer le droit des indivisaires³¹. L'aspect plus collectif de la Gesamte Hand se répercute également sur les sujets de droit. Si dans la copropriété à la romaine chacun des indivisaires est propriétaire des biens

²⁶ L'article 747 de ce code permet aux indivisaires de disposer de leur quote-part dans le bien. L'article 745 prévoit, quant à lui, que certaines décisions peuvent être prises à la majorité.

²⁷ Pierre CATALA, «L'indivision», *Rép. not. Defrénois*, 1979, art. 31874, no 23.

²⁸ J. RICOL, *op. cit.*, note 21, pp.79 et 80; Mustapha ABDESSELEM, *L'organisation de l'indivision*, thèse, Paris, 1953, p. 382 no 233; Istratti N. MICESCO, *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*, thèse, Paris, 1907, p. 73; P. CATALA, *loc. cit.*, note 27, no 23; Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 169.

²⁹ J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 80.

³⁰ M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, p. 382; J. RICOL, *op. cit.*, note 21, pp. 360 et 361; Jean LEBRET, *La notion de l'indivision dans le droit français actuel*, thèse, Caen, 1922, p. 85.

³¹ Selon Louis Josserand, leur droit est transformé en droit de créance: «Essai sur la propriété collective dans le Code civil 1804-1904», dans *Livre du Centenaire du Code civil*, t.1, Paris, Rousseau, 1904, p. 357, à la page 375. Selon J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 204, le droit reste un droit réel mais serait transformé en droit mobilier.

détenus, dans la Gesamte Hand, le sujet de droit est leur collectivité³². Certains auteurs la rapprochent d'ailleurs de la notion de patrimoine d'affectation en raison de ces particularités³³.

L'aspect nettement plus collectif de la Gesamte Hand par rapport à la copropriété issue du droit romain apparaît encore en cas de décès d'un communiste. Contrairement à la copropriété issue du droit romain, le décès d'un copropriétaire, dans cette institution germanique, ne transmet pas le droit exercé à ses héritiers. Si un copropriétaire meurt, son droit passe aux autres indivisaires en vertu d'un droit d'accroissement sous-jacent³⁴:

«Autant de successions partielles que d'héritiers ou au contraire, une seule succession, masse autonome, pour tous les héritiers, telles sont les deux conceptions, nettement opposées du droit français et du droit allemand, la première fondée sur l'indivision, la seconde sur la Gesamte Hand.»³⁵

La distinction entre la copropriété issue du droit romain et la Gesamte Hand est donc fondée sur leur origine distincte et sur leur aspect plus ou moins collectif. Comme le mécanisme de la copropriété à la romaine a été repris en grande partie par le *Code civil du Québec*, le problème de sa distinction d'avec la Gesamte Hand est résolu. Il en va autrement, toutefois, pour celui de la distinction entre la copropriété et la société ou la copropriété et l'association.

³² Émile MOUY, *Contribution à l'étude de la notion de l'indivision à propos des lois récentes sur la prolongation de l'indivision successorale*, thèse, Lille, 1920, pp. 17 et 18; L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, 2e éd., t.1, Paris, Sirey, 1932, no 1811, p. 937. Ceci les oblige à ne fonctionner qu'à l'unanimité: J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 14; I.N. MICESCO, *op.cit.*, note 28, p. 73.

³³ G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 23, no 2266, p. 791; J. RICOL, *op. cit.*, note 21, pp. 152 et 152. Raymond Saleilles, *op. cit.* note 28, refuse de se rendre jusque là. Il soutient, à juste titre, que les communistes détiennent un droit de propriété, mais un droit collectif de propriété. Pour cette raison, cet auteur limite la distinction à la présence ou non de quotes-parts. Sans en faire un patrimoine d'affectation, il serait néanmoins possible de soutenir qu'il existe en la matière une affectation spéciale entraînant certaines particularités qui la distinguerait de la copropriété issue du droit romain.

³⁴ Une exception fut de bonne heure admise au profit des enfants du défunt par mesure d'équité. J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 91; I. N. MICESCO, *op. cit.*, note 28, p. 74.

³⁵ J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 123.

b. La société et l'association

L'étude de la copropriété pose inmanquablement, un jour ou l'autre, la question de sa distinction d'avec le régime de la société et de l'association. Beaucoup d'auteurs se sont penchés sur ce qui les distinguait. D'autres, notamment Francis Delhay, ont rapproché ces institutions. De fait, ces institutions se ressemblent fortement en raison de la présence d'intérêts communs³⁶. Il n'est donc pas surprenant qu'il puisse survenir des problèmes de qualification.

La copropriété et la société tirent toutes deux leur origine du *consortium* romain³⁷. À cette époque, aucune distinction de langage n'était faite pour différencier les associés des copropriétaires³⁸. De plus, la société n'existait pas à l'égard des tiers et les associés détenaient en copropriété les biens sociaux³⁹. Avec le développement de la science du droit, les juristes tentèrent de les différencier. Toutefois, cet exercice ne revêtit jamais un caractère définitif. Encore aujourd'hui, la ligne de démarcation entre les deux institutions n'est pas toujours très nette⁴⁰. Elle est néanmoins importante pour

³⁶ Francis DELHAY, *La nature juridique de l'indivision: Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, L.G.D.J., 1968, no 176, p. 268; Francine DEKEUWER-DESFOSSÉZ, «L'indivision dans les sociétés en participation», J.C.P. 1980. I. Doctr. 2970.

³⁷ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 18, p. 35; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime de l'indivision en droit romain*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, pp. 10 et 13; *Les Communautés familiales*, Paris, Marcel Rivière, 1963, p. 80; F. X. TESTU, *op. cit.*, note 21, nos 12, 18 et 58.

³⁸ Édouard CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, Librairie Chevallier-Maresq aîné, 1891, p. 653; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime de l'indivision en droit romain, op. cit.*, note 37, p. 40 note 4.

³⁹ Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., revue et mise à jour par F. SENN, Paris, Édouard Duchemin, 1978, p. 615; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 79, p. 132; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime de l'indivision en droit romain, op. cit.*, note 37, p. 75; J. RICOL, *op. cit.*, note 21, p. 215. Seul le cas de l'indivision héréditaire était traité à part: F. X. TESTU, *op. cit.*, note 21, n° 13; P.-F. GIRARD, *op. cit.*, note 39, p. 615.

⁴⁰ *Michon v. Leduc et Bousquet*, (1890) 19 R.L. 504 (B.R.); *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68; *Stem corporation et al c. Koutsogiannopoulos*, [1956] B.R. 421; *Droit de la famille-164*, [1988] R.D.F. 226 (C.A.) et J.E. 84-841(C.S.); *Droit de la famille-1547*, J.E. 92-472 (C.A.); *John Robertson & son (Eastern) Ltd c. Guilbault*, (1919) 21 R.P. 146 (C.S.); *Barrette c. Denis*, (1926) 41 C.S. 435; *Perron c. Laporte* [1945] C.S. 375; *Desjardins c. Malenfant*, [1961] R.L. 560 (C.S.); *Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210; *Rosen c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1991] R.J.Q. 1152 (C.Q.); *Joulakian c. Pelletier*, [1993] R.D.I. 415 (C.S.); *Rodier c. Gagnon*, [1996]

déterminer, non seulement quelle sera l'emprise des parties sur les biens, mais aussi, par exemple, leur régime de responsabilité quant aux dettes.

La distinction entre la copropriété et la société apparaît à la seule lecture des textes qui définissent ces institutions. L'article 1010 al.1 C.c.Q. définit la copropriété de la façon suivante:

«La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elle étant investie, privativement, d'une quote-part du droit.»

La définition de la société ou de l'association se retrouve, quant à elle, à l'article 2186 C.c.Q. lequel se lit comme suit:

«Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent.»

Le contrat d'association est celui par lequel les parties conviennent de poursuivre un but commun autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires à partager entre les membres de l'association.»

En dépit de ces définitions, il est souvent difficile, en l'absence de convention écrite, de distinguer entre une codétention volontaire d'un bien en propriété et une société ou entre une codétention volontaire d'un bien en propriété et une association. La distinction se perçoit pourtant à la lecture des articles 1010 al.1 et 2186 C.c.Q. En effet, il résulte de la lecture de ces textes que les associés ont des buts définis par l'article 2186 C.c.Q. alors que ce n'est pas le cas en matière de copropriété où l'intérêt des parties ne se situe que sur le plan de la détention du bien et la façon d'en aménager la concurrence. Dans une situation juridique donnée, il existera copropriété:

«(s')il s'agit de maintenir, d'administrer, de conserver. Le but de l'indivision n'est pas d'affecter une partie de sa fortune, quitte à courir

des risques, mais d'en organiser la jouissance au mieux des intérêts de tous.

L'indivision implique un mode d'organisation des biens caractérisé par la prudence. La gestion aura essentiellement pour but de maintenir la valeur économique du bien.»⁴¹.

La qualification, en l'absence d'écrit, dépend donc de la preuve de l'intention des parties. En matière de sociétés, tout comme en matière d'associations par ailleurs, l'article 2186 C.c.Q. établit une liste de facteurs permettant de déceler l'intention de s'associer. Les parties en sont animées si elles manifestent un esprit de collaboration, si elles contribuent à leur activité par un apport de biens, de connaissances ou de travail et si elles partagent entre elles les bénéfices qui en résultent⁴². La société et l'association impliquent par conséquent une union d'efforts vers un but commun qui est la raison d'être, le but même de la société ou de l'association⁴³. Partant, ce but commun est supérieur aux attentes particulières de chacun des associés pris individuellement⁴⁴.

La copropriété se présente plutôt comme un état passif. L'union d'efforts vers un but commun y est quasi inexistante. Les indivisaires partagent ici plus un intérêt qu'un véritable but: soit le maintien de la codétention d'un bien en propriété. Ils ne sont animés que d'une *affectio communio*⁴⁵. Ceci ne signifie pourtant pas que des copropriétaires ne puissent retirer des bénéfices d'un bien indivis ou encore avoir un certain esprit de collaboration etc.; seulement, ces activités doivent posséder un

⁴¹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, «Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil», (1970) *Rev. trim. dr. comm.* 687, n° 61; Dans le même sens: Jean PATARIN, «La double face du régime juridique de l'indivision», dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 331, à la page 333; J. VINCENT, «Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage», (1932) *Rev. crit.* 318-319 n° 41 et 42; F. DEJEAN, *Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire*, thèse, Montpellier, 1935, p. 24.

⁴² En présence d'une association, ces bénéfices ne sont pas pécuniaires (C.c.Q., art. 2186 al. 2).

⁴³ Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 127.

⁴⁴ Sylvio NORMAND, *La propriété spatio-temporelle*, mémoire de maîtrise, Ste-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1986, p. 64.

⁴⁵ *L'affectio communio* est «(...) la volonté de jouir indivisément d'un bien sans abdiquer totalement ses droits individuels». Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 41, n° 62.

caractère accidentel et accessoire à leur intérêt principal qui est la codétention même du bien. Si ces facteurs prennent le pas, dans l'intention des parties, sur cette codétention, il y a peut-être lieu de rechercher si l'intention qui les animait ne s'est pas modifiée venant soit remplacer la copropriété soit s'y superposer⁴⁶.

Si l'intention des parties est un critère valable pour distinguer la copropriété de la société et de l'association, il en est autrement pour ce qui a trait à la personnalité morale et à l'autonomie patrimoniale. En effet, ces mécanismes ne peuvent valablement servir de critère de distinction pour ces institutions⁴⁷ et cela, au motif qu'ils n'entrent pas dans la nature des sociétés et des associations. Ils en constituent plutôt de simples conséquences⁴⁸.

Historiquement, les sociétés tant civiles que commerciales n'ont pas toujours bénéficié de la personnalité morale⁴⁹. De plus, ce ne sont pas toutes les sociétés qui en jouissent. Le *Code civil du Québec*, contrairement au droit français⁵⁰, la dénie à la plupart des sociétés, même s'il leur accorde certains des attributs de la personnalité juridique⁵¹. Le débat sur l'octroi ou non de la personnalité morale aux sociétés sous le *Code civil du Bas-Canada* constitue également un autre argument en ce sens⁵². En aucun temps, la

⁴⁶ C.c.Q., art. 2250, 2252 et 2267.

⁴⁷ Telle était pourtant la prétention de: Marc DONNIER, *J.-Cl. civ.*, v° «indivision», fasc. 10, n° 28; André BRETON, *Guide juridique*, Dalloz, v°«indivision», no 2; Ruth GOLDWATER, «La société civile est-elle une personne morale?», (1960) 34 *R.J.T.* 90, 94, pour la personnalité morale; et pour un critère de distinction se fondant sur l'autonomie patrimoniale des sociétés et des associations voir: I.N. MICESCO, *op. cit.*, note 28, p. 29; Pierre-Claude LAFOND, *Droit des biens*, par Pierre MARTINEAU, Montréal, Thémis, 1991, pp. 328-329.

⁴⁸ Pour la personnalité morale: F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 40, p. 64; Frédéric H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine de l'entreprise d'une personne*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 104.

⁴⁹ Charline BOUCHARD, «La réforme du droit des sociétés: L'exemple de la personnalité morale», (1993) 34 *C.de D.* 349, 353; I.N. MICESCO, *op. cit.*, note 28, pp. 31 et suiv.

⁵⁰ Sauf pour les sociétés en participation. Ceci prouve que la personnalité morale n'est pas un critère valable de distinction, même en France. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 41, n° 24; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 40, p. 64.

⁵¹ Seule la société par actions possède la personnalité morale (C.c.Q., art. 2188 al. 2). Voir sur le sujet: C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 49, 349 et suiv.

⁵² voir sur le sujet: James SMITH, «La personnalité morale des groupements non constitués en

question de la personnalité morale n'a remis en cause la qualification de société. Ce n'est donc pas un critère valable de distinction. L'autonomie patrimoniale de la société et de l'association n'offre guère plus de solution en la matière. La société en participation occulte ne bénéficie pas de cette mesure mais n'en demeure pas moins une société⁵³.

Ainsi, seule l'intention des parties permet de distinguer la codétention volontaire d'un ou plusieurs biens de la société ou de l'association. Dans tous ces cas, il existe une intention, une affectation visant le ou les biens; seulement, elle diffère d'une institution à l'autre. Dans la société et l'association, les biens sont affectés à l'activité ou à l'entreprise commune. Dans la copropriété, les biens ne sont destinés qu'à une codétention en propriété qui peut parfois être organisée. En matière de copropriété, les intérêts de chacun ne convergent donc pas vers un but commun comme en matière de société ou d'association, ils ne sont que juxtaposés⁵⁴.

Moins déterminants que l'affectation particulière des biens dans chacune de ces institutions, le Code fournit certains autres critères permettant d'affirmer que la copropriété se distingue de la société et de l'association. En effet, la copropriété jouit d'un statut bien défini au Titre des modalités de la propriété dans le Livre sur les biens⁵⁵. De ce fait, elle relève du domaine du droit des biens et non du droit des obligations. L'intention des parties, contrairement aux sociétés et aux associations qui, elles, relèvent du droit des obligations, n'est pas primordiale pour sa création. Ceci explique que certaines copropriétés naissent sans égard à la volonté des indivisaires, comme c'est le cas en matière successorale, alors que d'autres, telle que la coacquisition d'un bien, supposent une volonté bien définie de leur part⁵⁶.

corporation», (1979) 81 *R. du N.* 457, 459 et suiv.; C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 49, 359 et suiv.; Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Albert Lèvesque, 1936, nos 970 et suiv., pp.425 et suiv.; Albert BOHÉMIER et Pierre-Paul COTÉ, *Droit commercial général*, 3e éd., t.2, Montréal, Thémis, 1986, pp. 6 et suiv.

⁵³ C.c.Q., art. 2252.

⁵⁴ Francine DEJEAN, *Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire*, thèse, Montpellier, 1935, p. 74.

⁵⁵ C.c.Q., art. 1009.

⁵⁶ C.c.Q., art. 1012. C'est pour cette raison que le caractère voulu ou subi de l'indivision ne peut être

En raison de leur situation dans le *Code civil* au Titre des contrats nommés dans le Livre sur les obligations, la société et l'association présentent une nature fort différente de celle de la copropriété. Selon les termes de l'article 2186 C.c.Q. précité, la société et l'association sont des contrats. Point n'est besoin, cependant, qu'il existe dans tous les cas un écrit. Les contrats de société ou d'association peuvent en effet résulter de «*faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer*»⁵⁷. Parce que la société et l'association sont des contrats, il va donc de soi que, de tout temps, la recherche d'une volonté, d'une intention de s'associer ait toujours été si déterminante pour établir leur existence⁵⁸.

En outre, le Code prévoit des formalités de publicité pour certaines formes de sociétés sans quoi, elles sont réputées être des sociétés en participation, sous réserve du droit des tiers de bonne foi⁵⁹. Ceci devrait permettre, alors, de distinguer les copropriétés et les sociétés. Ainsi, pour déterminer s'il existe ou non société, il s'agirait de consulter le registre approprié⁶⁰. Cette méthode n'est commode cependant que pour distinguer entre les différentes formes de sociétés. De plus, comme cette formalité n'est pas requise pour les sociétés en participation, le problème de la distinction entre les copropriétés et les sociétés reste entier en ce qui les concerne. Qui plus est, une formalité de publicité, nécessaire essentiellement pour une question d'opposabilité, ne devrait pas suffire comme seul critère de distinction. La différence entre les copropriétés et les sociétés est plus profonde.

retenu comme critère permettant de distinguer entre les indivisions ou entre les indivisions et les sociétés.

⁵⁷ C.c.Q., art. 2250 et 2267. Un écrit sera néanmoins souvent établi pour des questions de preuve et de publicité.

⁵⁸ C.c.Q., art. 984 et 1378. Voir entre autres: *Michon c. Leduc et Bousquet*, (1890) 19 R.L. 504 (B.R.); *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68; *Droit de la famille-164*, [1988] R.D.F. 226 (C.A) et JE 84-841(C.S.); *Barrette c. Denis*, (1926) 41 C.S. 435; *Perron c. Laporte*, [1945] C.S. 375; *Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210.

⁵⁹ C.c.Q., art. 2189. Cette exigence de publicité n'existe pas pour les associations.

⁶⁰ La société en nom collectif ou en commandite doit également indiquer sa forme juridique dans son nom même ou à la suite de celui-ci dans le cours de ses activités (C.c.Q., art. 2197).

Enfin, le problème de la distinction entre copropriétés et sociétés, réduit aux seules sociétés en participations, en amène un autre. En raison des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* sur les sociétés en participation, il ne suffit plus de déterminer s'il y a société ou copropriété, il faut aussi rechercher s'il n'existerait pas société et copropriété⁶¹. Cette possibilité confirme donc qu'il existe bel et bien une différence entre la société et la copropriété. Cette hypothèse de la coexistence d'une société et d'une indivision est expressément envisagée par le second alinéa de l'article 2252 C.c.Q.:

«Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société.»

Cette coexistence entre la société et la copropriété n'est possible, toutefois, que dans le cadre d'une société en participation. Dans les autres formes de sociétés, l'apport entraîne un transfert de propriété⁶². Au contraire, si la société est une société en participation, chaque associé demeure propriétaire des biens qu'il apporte. Les biens acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la société le sont également⁶³. Jusqu'ici, l'intérêt de la distinction entre une société en participation et la copropriété ne se justifie pas. Cette distinction prend pourtant considérablement d'importance notamment lorsqu'il s'agit de qualifier les obligations des associés. En effet, si les tiers démontrent que les associés agissaient dans le cadre d'une société en participation, ils seront tenus solidairement responsables des dettes contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise commune. En revanche, si ces mêmes personnes agissaient dans le cadre

⁶¹ L'expression provient de F. DEKEUWER-DESFOSSÉZ, *loc. cit.*, note 36, no 5. (Le droit français présente un problème similaire).

⁶² C.c.Q., art. 2189, 2238 et 2240 al.2. Si l'apport n'est qu'en jouissance, par exemple l'usufruit d'un bien indivis, l'indivision demeure pour ce qui n'a pas été apporté à la société, c'est-à-dire la nue-propriété. André BRETON, *loc. cit.*, note 47, no 4; F. X. TESTU, *op. cit.*, note 21, no 61; M. CHAVRIER, *Rép. soc.*, Dalloz, v^o «indivision», nos 4 et 10.

⁶³ C.c.Q., art. 2252.

d'une copropriété ou d'une société en participation occulte, cette responsabilité ne sera que conjointe⁶⁴.

En tout état de cause, il résulte des dispositions la gouvernant que le régime juridique de la société en participation prend garde de ne pas heurter de plein fouet celui de la copropriété afin de contourner les éventuels problèmes de qualification. Il n'en demeure pas moins qu'il existe bel et bien une distinction fondamentale entre ces deux institutions. À l'instar des autres sociétés, la société en participation est un contrat alors que la copropriété est une modalité de la propriété. Qui plus est, la société en participation, à l'instar des autres sociétés, exige l'affectation des biens à un but commun; ce qui n'est pas le cas en matière de copropriété, où seule une juxtaposition d'intérêts est nécessaire.

En conclusion, il importe, en tout temps, de formuler clairement l'intention des parties quant à l'affectation des biens détenus afin d'éviter les difficultés de qualification, et ce, peu importe le mode de détention choisi. Hassen Aberkane propose la méthode suivante:

«(...) si les intéressés cherchent seulement à organiser leurs rapports de façon à permettre à chacun d'eux d'user et de jouir de son droit sur la chose dont il n'est pas seul propriétaire, et s'ils prévoient donc une organisation à l'effet de tenir compte de cette situation, alors ce qu'ils font est une indivision conventionnelle. S'ils cherchent au contraire à mettre en commun les biens qui leur appartiennent en propre, (mais pas nécessairement parce qu'il s'agit de biens indivis), en vue de les affecter à une entreprise ou une autre exploitation commune destinée à produire des gains ou permettre la réalisation d'économies qui seront ensuite partagées, alors ce qu'ils font, c'est une société en participation.»⁶⁵

⁶⁴ C.c.Q., art. 2253 et 2254.

⁶⁵ H. ABERKANE, «L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision», dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 16; C. SAINT-ALARY-HOUTN, *loc. cit.*, note 41, 695 n° 71.

§2. L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE COPROPRIÉTÉ

La relation de genre à espèce qui existe entre la propriété et la copropriété n'est pas une nouveauté au plan historique. Cette relation entre la propriété et la copropriété n'a cependant jamais fait l'objet d'une analyse approfondie. Le peu d'intérêts qu'elle a suscité jusqu'à maintenant provient peut-être du fait que la copropriété n'a pas toujours été étudiée comme un phénomène juridique en soi. La copropriété a, le plus souvent, été perçue comme un phénomène social.

La copropriété est une institution qui a connu des débuts modestes. Elle est apparue d'abord au sein de la famille puis elle a été étendue à des personnes étrangères les unes des autres. De tout temps, le droit exercé par les indivisaires fut influencé par le contexte historique et social. En périodes de paix et de prospérité, l'individualisme régnait et faisait en sorte que les prérogatives des copropriétaires étaient imprégnées d'exclusivité. En revanche, aux époques où régnaient l'incertitude, la violence et la misère, le droit des indivisaires revêtait un caractère plus collectif afin de favoriser la solidarité. Ceci se vérifie autant dans l'étude des origines de la copropriété (A) que dans celle de sa codification (B).

A. Les origines de la copropriété

Certes, la copropriété n'a pas pris naissance avec le droit romain mais son point de rattachement avec la copropriété du droit civil actuel se situe, comme bon nombre d'autres institutions, dans le droit romain. L'étude de la copropriété en droit romain permet donc de suivre son évolution à partir d'un droit relativement imparfait et barbare jusque dans un droit d'une valeur technique supérieure à la fin de l'Empire romain (a). L'étude de la copropriété ne serait par ailleurs pas complète sans un aperçu de cette institution au Moyen Âge. Époque souvent laissée pour compte par les auteurs, le Moyen Âge a exercé une influence notable sur les résultats des différentes codifications en matière de copropriété (b).

a. Le consortium du droit romain

La copropriété est apparue à Rome avant toute forme de droit écrit. C'est pourquoi une distinction s'impose entre son état avant le droit écrit et celui à partir de son insertion dans les textes de lois.

1. jusqu'à la Loi des XII Tables

Selon plusieurs spécialistes en la matière, la copropriété est issue d'une forme archaïque du *consortium* romain: l' *antiquum consortium*⁶⁶. Ce dernier faisait déjà partie du droit avant toute forme de législation écrite. À cette époque, celle de la royauté de Rome, la famille était organisée autour d'un chef de famille, *paterfamilias*, dont les pouvoirs tant moraux que civils étaient des plus étendus. La puissance du *paterfamilias* était telle qu'il possédait, par exemple, le pouvoir de vie ou de mort sur les gens de sa maisonnée⁶⁷.

La puissance, l'omnipotence du chef de famille, laissait quelque peu dans l'ombre le régime juridique auquel étaient soumis les biens familiaux pendant la vie du *paterfamilias*. Le régime juridique de ces biens apparaissait cependant plus clairement lors de son décès:

«(...) Le *suus heres* n'acquiert pas proprement l'hérédité à la mort du père, il ne fait que continuer avec des pouvoirs plus étendus une propriété qu'il avait du vivant de celui-ci sur le patrimoine commun.»⁶⁸

⁶⁶ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 10-11; F. DELHAY, *op.cit.*, note 36, no 17, p. 34; Paul OURLIAC et Jean de MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, «les Biens», Paris, P.U.F. 1961, p. 249.

⁶⁷ P.-F. GIRARD, *op. cit.*, note 39, p. 14.

⁶⁸ *Id.*, p. 904. Dans le même sens: J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, pp. 68-69; Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., t.1, Paris, L.G.D.J., 1928, no 326, p. 456; H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très Ancien Droit romain*, Paris, Recueil Sirey, 1947, p. 39; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 10, p. 24; Fustel DE COULANGES, *La Cité Antique*, Paris, Hachette, 1960, p.77; P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 66, no 140, p. 249. Ceci était vrai à Rome mais aussi en Égypte et en Grèce qui l'ont influencée en ce domaine. A. BISCARDI, «Idées maîtresses du régime de l'indivision en

L'unité qui subsistait à la mort du chef de famille, le *consortium*, conférait une propriété intégrale ou absolue à chacun des *consortes*⁶⁹ en raison du caractère purement familial du *consortium* à l'époque de la royauté⁷⁰. Ainsi chacun des *consortes* pouvait valablement aliéner les biens sans être inquiétés par leurs copropriétaires.

«(...) La notion d'un droit limité de façon mathématique à une partie du bien, ou même celle d'une restriction à la liberté de disposer, résultant de l'existence d'autres droits identiques, est étrangère à l'organisation du *consortium*. Au contraire, celle de l'unité familiale s'impose, laissant au second plan celle des droits individuels.

Le *consortium* n'est pas conçu comme la réunion de titulaires multiples de droits identiques. Il présente une unité profonde aussi bien, par la communauté qui existe entre ses membres que par l'unité du patrimoine sur lequel il s'étend. On comprend dès lors que l'un des consorts puisse par son acte disposer du tout.»⁷¹

Ce régime ne présentait pourtant pas, à cette époque, de difficulté particulière. Il était un phénomène familial et fonctionnait dans une société où les échanges étaient limités. Les *consortes* vivaient, en ces temps, du produit de leurs terres et du travail de leurs esclaves. L'aliénation ou l'affranchissement par l'un d'entre eux, bénéficiait ou causait préjudice autant à son auteur qu'à ses *consortes*⁷². Ce large pouvoir de disposition ne signifiait pas pour autant que le droit d'un copropriétaire était illimité. Les autres copropriétaires bénéficiaient d'un *jus prohibendi* faisant en sorte que l'opposition préalable de l'un d'entre eux empêchait les autres d'agir⁷³. Cette copropriété n'était donc pas nécessairement soumise aux aléas de la volonté de chacun.

droit grec», (1958) *Rev. hist. dr.* no 1, p. 325.

⁶⁹ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 66, no 140, p. 249; G. LEPOINTE, *Droit romain et Ancien droit français: droit des biens*. Paris, Dalloz, 1958, no 84, pp. 52-53; Henri DE PAGE et René DEKKERS, *op. cit.*, note 21, nos 1141 à 1143, pp. 997-998, parlent dans ce cas de propriétés multipliées.

⁷⁰ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 20.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, p. 21.

⁷³ *Id.*; G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 69, no 84, pp. 52-53; H. DE PAGE, H. et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 1141, p. 997; P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 66, no 139, p. 248.

La communauté et la forte unité qui existaient dans le *consortium* à l'époque de la royauté comportaient une autre conséquence. L'extinction du droit de l'un d'entre eux profitait automatiquement, et même à leur insu, aux autres par voie d'accroissement⁷⁴. Chaque indivisaire avait donc une vocation à la totalité de la chose⁷⁵.

2. à partir de la Loi des XII Tables

La loi des XII Tables, oeuvre de codification du premier siècle de la République, traite du *consortium* tel qu'il se présentait à l'époque où cette loi a été élaborée⁷⁶. Dès lors, il appert que le *consortium* ne revêtait plus une forme unique. En effet, ce texte de loi en prévoyait deux: le *consortium legitimum* ou *naturale* et le *consortium* artificiel.

Le *consortium legitimum* ou *naturale* se formait à la mort du père de famille entre ses proches et existait sans formalité. Bien qu'il pût apparaître comme la simple poursuite de la vie commune antérieure, il traduisait un phénomène nouveau: l'emprise juridique des héritiers sur le patrimoine paternel⁷⁷.

Le *consortium* artificiel intervenait, quant à lui, entre membres plus éloignés d'une même famille. Contrairement au *consortium legitimum* ou *naturale*, le *consortium* artificiel ou volontaire, exigeait des démarches auprès des autorités pour exister⁷⁸. Sa parenté avec le *consortium legitimum* ou *naturale* était néanmoins évidente. Selon H.

⁷⁴ R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p. 372; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, pp. 73-74; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 66, no 139, p. 248.

⁷⁵ R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p. 372; Édouard CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1928, p. 252.

⁷⁶ Gaius en parle comme d'un régime disparu. «*olim enim mortus patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appell[abatur] ercto non cito*» P.S.I. no 1182. I. 17-22. cité par J. Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 11.

⁷⁷ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 12, p. 26.

⁷⁸ *Id.*, no 15, p. 31; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 16.

Lévy-Bruhl, ce *consortium* avait «(...) pour fonction de créer, entre membres plus éloignés d'une même famille, exactement les mêmes liens de caractère économique et juridique qui existent entre frères siens.»⁷⁹

La solidarité familiale étant moins forte en raison d'une prospérité économique croissante due aux succès des conquêtes, le large pouvoir de disposition des *consortes* se retrouva altéré vers la fin de la République⁸⁰. L'égalité entre les indivisaires, dictée par l'individualisme, a voulu que, pour tout acte grave, le consentement de tous soit requis. Les autres actes pouvaient être librement posés, sauf opposition préalable de l'un des *consortes*, appelé *jus prohibendi*. De même, au début de l'époque classique⁸¹, le *consortium* artificiel ne fut plus l'apanage des membres, même éloignés, d'une même famille⁸². Le contexte politique, social et économique⁸³ de cette époque s'y prêtant, des personnes étrangères les unes des autres purent se regrouper ainsi⁸⁴.

Pendant la période susmentionnée, il faut aussi signaler que la cohésion, la solidarité entre les membres du *consortium* eurent tendance à disparaître pour faire place à l'égalité⁸⁵ qui répondait mieux à l'individualisme caractérisant cette époque⁸⁶. C'est

⁷⁹ H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 68, p. 62.

⁸⁰ R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p. 370; É. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 252.

⁸¹ II^e ème siècle av. J.-C.

⁸² A. BISCARDI, *loc. cit.*, note 68, pp. 326-327; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales, op. cit.*, note 37, p. 83.

⁸³ Voir sur le sujet: Jean GILISSEN, *Introduction historique au droit civil: Première partie: Histoire des sources du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1962, p. 24; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales, op. cit.*, note 37, p. 77; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 14, p. 29.

⁸⁴ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain, op. cit.*, note 37, p. 377.

⁸⁵ A. BISCARDI, *op. cit.*, note 68, no 4, p. 341; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 14, p. 29; Paul OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, 1^{re} éd., t.3, « le droit familiai», Paris, P.U.F., 1968, pp. 358-359.

⁸⁶ J. GAUDEMET, *Les communautés familiales, op. cit.*, note 37, p. 77.

également à cette époque que les auteurs situent l'origine de la quote-part⁸⁷. Les spécialistes contemporains de l'histoire du droit ne s'entendent toutefois pas au sujet de son impact sur le droit détenu.

Selon certains⁸⁸, à l'époque classique, la cotitularité de la propriété divisait le droit. Chaque copropriétaire détenait alors une propriété partielle, c'est-à-dire divisée:

«Les Romains ont primitivement envisagé la copropriété comme une puissance intégrale de plusieurs individus sur une même chose: chacun pouvait valablement aliéner par la mancipation ou affranchir l'esclave commun. Mais, dès le dernier siècle de la République, chaque propriétaire (socius) a la propriété partielle de la chose, et son droit est indépendant de celui des autres»⁸⁹.

Le professeur Jean Gaudemet se montre pour sa part plus réservé quant à l'existence d'une propriété partielle. Selon lui, la quote-part n'exprimait que la restriction qu'impose à un copropriétaire l'exercice concurrent du droit des autres. Cette restriction ne portait pas atteinte à la nature même du droit détenu puisqu'elle était une conséquence nécessaire, mais fortuite, de la pluralité des titulaires⁹⁰. La copropriété n'était, selon Gaudemet, qu'une forme de la propriété⁹¹.

⁸⁷ A. BISCARDI, *op. cit.*, note 68, no 4, p.341. Selon J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, pp. 78-79, la quote-part aurait fait l'objet de discussions, peu avant l'époque classique.

⁸⁸ R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p.370; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 66, no 140, p. 249; G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 69, no 85, p. 53; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 1141, p. 997. L'ancienne conception du droit de propriété voulant que le droit se confonde avec l'objet sur lequel il porte a pu influencer, à un moment ou un autre, le concept de propriété partielle. La part a pu, dans un premier temps, être très clairement identifiée au bien. Ce n'est que par la suite que le droit fut divisé. Voir pour l'étude de cette évolution: F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, nos 22-23, pp. 40 et 41; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, pp. 78-79; A. BISCARDI, *op. cit.*, note 68, no 4, pp. 341 et suiv.

⁸⁹ R. MONIER, *op. cit.*, note 68, p.370.

⁹⁰ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 503-504

⁹¹ *Id.*, pp. 55, 133-134; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 22-23.

Suivant l'une ou l'autre des écoles de pensées susmentionnées, il ressort que les copropriétaires détenaient bel et bien un droit de propriété dans les biens. La première école cherche à conférer l'exclusivité de droit aux copropriétaires; les indivisaires exerçant un droit exclusif du fait de la division du droit. Jean Gaudemet soutient, à l'inverse, que le droit exercé par les copropriétaires n'est pas un droit exclusif mais ce droit demeure la propriété. En tout état de cause, il est permis de croire que l'explication du phénomène de la quote-part, voire de la copropriété, a été influencée par la conception de la propriété des différents auteurs consultés. De prime abord, la position de Jean Gaudemet semble la mieux justifiée sur le plan historique. En effet, l'analyse du droit des *consortes* comme une propriété partielle issue d'une division du droit s'accorde difficilement avec l'origine de la copropriété qui était familiale et solidaire. Elle explique aussi difficilement le mécanisme de l'accroissement qui existait encore à l'époque classique⁹².

Au Bas-Empire⁹³, une certaine solidarité au plan humain renaquit en raison des luttes de pouvoirs et des pressions étrangères sur les frontières du monde romain⁹⁴. Dans ce contexte, la communauté entre les copropriétaires fut préférée, dans plusieurs cas, à leurs intérêts individuels. Ainsi, le principe de l'égalité entre copropriétaires de l'époque classique fut battu en brèche; l'unanimité qui en découlait faisant une plus grande place à la majorité⁹⁵. En outre, les actes accomplis *pro parte* dans la gestion du patrimoine

⁹² Pour les tenants de la propriété partielle, le droit d'accroissement est vu comme un vestige de l'ancienne époque: R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p. 271; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. 2, *op. cit.*, note 66, no 140, p. 250; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, pp. 244-246.

⁹³ du III^e siècle au VI^e siècle ap. J.-C.

⁹⁴ À la mort de l'Empereur Théodose (vers 395 ap. J.-C.), l'Empire est scindé en deux: L'Orient et l'Occident. L'Empire d'Orient subsistera jusqu'à la fin du Moyen Âge alors que l'Empire d'Occident prendra fin en 476 ap. J.-C. avec la chute de Rome préparant ainsi le Moyen Âge. La législation est, en général, commune aux deux parties de l'Empire. À part le Code théodosien qui regroupe les constitutions impériales rendues depuis Constantin (306-337 ap. J.-C.) dont l'influence fut plus durable en Occident qu'en Orient, peu d'écrits ont marqué cette époque en droit. La codification de Justinien le remplacera en Orient. Cette oeuvre subsistera dans cette partie de l'Empire jusqu'au Moyen Âge. J. GILISSEN, *op. cit.*, note 83, p. 25; R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 74, pp. 92 et suiv.; P.-F. GIRARD, *op. cit.*, note 39, p. 14.

⁹⁵ E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 253; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 454-455; F. DEJEAN, *op. cit.*, note 54, p. 19; G. SIESSE, *op.*

furent parfois admis, notamment lorsque l'acte était utile pour le bien commun⁹⁶. Le *jus prohibendi* datant de l'époque de la royauté se retrouva également modifié par l'obligation de se plier à une procédure judiciaire⁹⁷. De plus, les relations entre indivisaires furent soumises aux actions qui, autrefois, n'étaient réservées qu'aux partages⁹⁸. En somme, la propriété exercée par les copropriétaires retrouva, au Bas-Empire, un aspect plus collectif.

En tout état de cause, il fallut attendre les compilations de l'empereur Justinien, qui régna sur l'Empire d'Orient de 527 à 565 ap. J.-C., pour une reconnaissance de la copropriété en tant qu'institution juridique. Pour la première fois, elle trouva une place dans l'organisation du droit. Dans ses compilations, Justinien classait en effet les obligations en catégories distinctes selon leur source: les contrats, les délits et les obligations naissant d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délict. La copropriété ne naissant ni d'un contrat, ni d'un délict, ni d'un quasi-délict, elle fut placée dans la catégorie des obligations naissant d'un quasi-contrat⁹⁹.

cit., note 16, p. 32

⁹⁶ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 454; F. DEJEAN, *op. cit.*, note 54, p. 19.

⁹⁷ Le *jus prohibendi* ne pouvait être exercé qu'au moment même de l'acte contesté par l'action *communi dividundo*. G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 31; F. DEJEAN, *op. cit.*, note 54, p. 19.

⁹⁸ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 436; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 551; G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 69, no 87, p. 54; R. MONIER, *op. cit.*, note 68, no 268, p. 372; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 85, p. 140.

⁹⁹ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 419-420; 452-453; A. BISCARDI, *loc. cit.*, note 68, p. 347. La classification de la copropriété dans les quasi-contrats a engendré une certaine confusion, aux dires de Francis Delhay:

«Cette optique exagérément tournée vers les sources des obligations alors qu'une classification en fonction de ce seul critère demeurerait vague et sans résonances pratiques appréciables, montre bien les préoccupations de ses inventeurs; la catégorie des obligations quasi ex contractu représentait une catégorie résiduelle.

Ceci est d'autant plus regrettable que les auteurs allaient peu à peu confondre les obligations quasi ex contractu avec leur fait générateur.

Des obligations entre consorts, réputées quasi-contractuelles, on passait bientôt au quasi-contrat d'indivision.»

F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 86, pp. 141-142. Le meilleur exemple est sans doute POTHIER qui fait de la copropriété un quasi-contrat de société. «La communauté, soit d'une universalité de

b. Les différents types de communautés du Moyen Âge

Le Moyen Âge¹⁰⁰ succède au Bas-Empire romain après la chute de Rome en 476 ap. J.-C. Il se distingue, du moins à ses débuts, par le morcellement extrême de l'autorité publique. Pour fins d'étude, le Moyen Âge sera divisé ici en deux périodes: Le Haut Moyen Âge (*circa* Ve au Xe siècles) et le Bas Moyen Âge (*circa* Xe au XVe siècles)¹⁰¹.

Au plan du droit, en matière de propriété, l'époque du Moyen Âge se caractérise par l'exaltation de la propriété immobilière au détriment de la propriété mobilière. La conception romaine de la propriété perd en outre son caractère absolu en raison de la fragmentation des diverses utilités du sol entre plusieurs titulaires.

1. le Haut Moyen Âge¹⁰²

Les invasions ont affaibli économiquement la population dans l'ancien Empire d'Occident. Pour échapper aux tracasseries financières et politiques, commerçants, paysans, artisans etc. cherchèrent refuge auprès de puissants propriétaires terriens favorisant ainsi le retour à la terre amorcé au Bas-Empire.

Les invasions germaniques n'apportèrent guère de changements dans les moeurs existantes. Les Barbares qui envahirent la Gaule au Ve siècle tinrent à garder, dans leurs rapports entre eux, leurs coutumes juridiques et ne les imposèrent pas aux populations vaincues. Ceci fit en sorte qu'à cette époque, chacun suivait la loi de son peuple. Le temps consacra toutefois deux dominantes: Vers le VIIIe siècle, le nord de

choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune convention, est une espèce de quasi-contrat.» M. BUGNET, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t.4, 2e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, no 181, p. 308.

¹⁰⁰ D'après J. GILISSEN, *op. cit.*, note 83, pp. 28 et ss.; Jean IMBERT, *Histoire du droit privé*, 7e éd., coll. que sais-je?, no 408, Paris, P.U.F., 1992, pp. 9 et suiv; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 69.

¹⁰¹ Le Haut Moyen Âge correspond à la conquête progressive par les rois francs des petits royaumes résultant du morcellement de l'Empire d'Occident alors que le Bas Moyen Âge correspond à une période de monarchie tempérée, où le roi en place est confronté à de puissants seigneurs.

¹⁰² D'après J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, pp. 9 et suiv; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 83, p. 30; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 69.

la Gaule possédait un droit coutumier fortement germanisé (pays de droit coutumier) alors que le sud suivait un droit coutumier empreint de droit romain (pays de droit écrit).

Parce que les coutumes étaient non écrites, peu de textes sont parvenus sur ces différents droits. *A fortiori*, les écrits concernant la copropriété sont rares. Cette époque a certes connu des régimes communautaires, mais ceux-ci différaient de ceux que proposait le droit romain en raison notamment des influences réciproques et parfois de l'osmose entre les différents régimes juridiques. En outre, à l'instar d'une grande partie de l'époque du droit romain, les régimes communautaires de cette période de l'histoire se présentaient davantage comme un phénomène social que comme un mode d'appropriation du sol.

Malgré le peu d'informations sur le détail du droit de cette époque, il ressort que des groupements entre membres d'une même famille¹⁰³ ou encore d'un même village¹⁰⁴ existaient au Haut Moyen Âge pour exploiter des biens. Ils se caractérisaient par une forte solidarité au plan humain, particulièrement dans les pays de droit coutumier¹⁰⁵.

En pays de droit écrit, les lois romaines des Burgondes et des Wisigoths, lois rédigées à l'attention des juges d'origine germanique peu familiers avec le droit romain, admettaient la copropriété avec quote-part¹⁰⁶. Il est probable toutefois que le besoin de

¹⁰³ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t.2, *op. cit.*, note 69, no 74, p. 129; Auguste DUMAS, *Histoire du droit français*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, circa 1945, pp. 119-120; C. TRANI, «Le "retour à la Table": Une tentative coutumière pour maintenir le patrimoine familial», (1971) *R.H.D.* 65; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 11; Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, 1ère éd., coll. droit fondamental, Paris, P.U.F., 1989, no 49, pp. 61-62; Paul VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3e éd., réimpression du Précis du droit français, Paris, 1905, Allemagne, Scientia verlag aalen, 1966, no 562, p. 608.

¹⁰⁴ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. 2, *op. cit.*, note 75, no 72, p. 125.

¹⁰⁵ *Id.*, no 74, p. 129; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, pp. 119-120; C. TRANI, *loc. cit.*, note 103, p. 65; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 11.

¹⁰⁶ Citées par: J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, p. 173; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, nos 45 et 49, pp. 57-58 et 61-62; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (Anciens pays de droit écrit)*, t.3, «Testaments et successions», Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1954, pp. 25 à 27.

solidarité au plan humain en a édulcoré le régime, faisant ainsi place à des groupements se rapprochant grandement de la propriété collective d'origine germanique¹⁰⁷.

2. le Bas Moyen Âge¹⁰⁸

Le développement de la pensée au Bas Moyen Âge, qui est une période de monarchie tempérée, permet une meilleure connaissance des régimes communautaires. L'étude du droit romain dans les pays méridionaux, principalement vers la fin de cette époque, et la rédaction des coutumes locales et régionales en pays de droit coutumier révélèrent l'existence de plusieurs types de groupements à caractère collectif.

Le Midi connaissait des groupements tels que les communautés familiales entre parents et enfants mariés et les affrètements qui nécessitaient tous un contrat écrit¹⁰⁹. Dans la communauté familiale entre parents et enfants mariés, le père donnait à ces derniers, à condition qu'ils habitent avec lui, la moitié de tous ses biens présents et à venir en retenant cependant l'administration et l'usufruit de tels biens. Une clause résolutoire était généralement prévue dans l'acte constitutif pour sanctionner le défaut des enfants mariés d'habiter avec le père. Malgré cette donation, le père demeurait le chef de la communauté. Les affrètements comportaient, eux aussi, l'obligation de vivre en commun à même pain et à même vin. Ils se formaient tantôt entre frères, tantôt entre personnes n'ayant aucun lien de parenté entre elles. Malgré qu'il pouvait exister un représentant pour ces groupements, l'égalité régnait entre les membres et ils agissaient à l'unanimité.

Diverses sortes de communautés coutumières existaient aussi dans le Nord. Les plus répandues étaient les communautés taisibles, les communautés familiales et les

¹⁰⁷ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t.2, *op. cit.*, note 75, nos 72 et 74, pp. 125 et 129; C. TRANI, *loc. cit.*, note 103, p. 65; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 38-39.

¹⁰⁸ D'après J. GLISSEN, *op. cit.*, note 83, p. 62.

¹⁰⁹ Jean HILAIRE, «Vie en commun, famille et esprit communautaire», (1973) *R.H.D.* 13 et suiv.; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 50, pp. 62-63. Selon ces auteurs, l'influence du notariat a été déterminante pour leur développement. Ces communautés étaient, en effet, le plus souvent des associations conventionnelles, constituées expressément devant notaire. Voir aussi, pour les affrètements: F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 89, pp. 146-147.

communautés continuées¹¹⁰. Les communautés taisibles naissaient tacitement lorsque les conjoints vivaient à même pain et à même pot pendant un an et un jour et ce, même s'il s'agissait de personnes n'ayant aucun lien de parenté. Les communautés familiales ressemblaient aux communautés taisibles mais étaient réservées aux personnes d'une même famille. Les communautés continuées tiraient leur origine, quant à elles, du maintien de la vie commune entre les enfants après le décès du père.

Les communautés coutumières, à la différence des communautés des pays de droit écrit, étaient, en général, réservées aux roturiers et supposaient des liens de servitude¹¹¹. Elles permettaient, notamment, d'échapper à la mainmorte des seigneurs¹¹². Les nobles de cette région connaissaient d'autres institutions, telles que le droit d'aînesse¹¹³ et le parage, sorte d'indivision occulte¹¹⁴. Dans le Midi, la noblesse pratiquait la coseigneurie. Les frères succédaient également sans partage et pratiquaient l'alternance pour l'exécution des services dus au seigneur¹¹⁵.

Toutes ces communautés connurent leur apogée entre le XIII^e siècle et le XV^e siècle. Leur popularité était liée au courant incitant alors les gens à se regrouper pour se défendre contre la violence, la misère et l'insécurité¹¹⁶. L'absence de quote-part, le fait

¹¹⁰ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 505 à 508; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, nos 89 et 92 et suiv., pp. 145 et 150; P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 3, *op. cit.*, note 85, pp. 270 et 395; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 40, p. 74

¹¹¹ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 3, *op. cit.*, note 85, p. 395; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 227; J. HILAIRE, *loc. cit.*, note 109, pp. 20-21; C. TRANI, *loc. cit.*, note 103, p. 65.

¹¹² F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 89, p. 146; P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 3, *op. cit.*, note 85, p. 395; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 50, p. 62; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 227.

¹¹³ C. TRANI, *loc. cit.*, note 103, p. 65; AUBÉPIN, «De la nature et des effets du partage», (1860) *Rev. crit. juris.* 543-547; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 39, p. 72; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 91.

¹¹⁴ M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 45, p. 83; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 544; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 42.

¹¹⁵ A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, pp. 91-92; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 42.

¹¹⁶ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 50, p. 62; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op.*

qu'un droit d'accroissement soit substitué au droit de succession et que ces communautés aient un représentant témoignaient de la grande solidarité les animant; solidarité qui visait davantage la conservation d'un patrimoine que la sauvegarde des droits de ses titulaires¹¹⁷. Le contexte social, économique et politique dans lequel ces communautés évoluaient explique leurs particularités notamment le caractère collectif que revêtait l'exercice de la propriété. En tout état de cause, à l'instar du Haut Moyen Âge, ces groupements étaient considérés comme un phénomène social¹¹⁸ et non comme un mode d'appropriation du sol qui, lui, était l'objet d'un phénomène original hérité de l'époque précédente, phénomène consistant en la superposition de droits et de charges sur un même tréfonds¹¹⁹ entraînant une fragmentation de ses utilités sans qu'aucun des différents titulaires ne puisse prétendre à un domaine complet sur l'immeuble¹²⁰. Cette superposition de droits et de charges avait généralement lieu entre seigneurs et tenanciers, entre bailleurs à rente et exploitants, entre membres d'une même communauté villageoise ou encore, entre personnes se partageant les multiples possibilités de productivité du sol¹²¹. Ces modes de détention différaient grandement de ceux qui étaient autrefois connus en droit romain:

cit., note 37, p. 97. Voir pour une application en matière de guerres privées et de procédures criminelles: L. CAILTEAUX, «La solidarité familiale dans la région rémoise au XIV^e siècle», (1964) *R.H.D.* 283.

¹¹⁷ C. TRANI, *loc. cit.*, note 103, 65; L. CAILTEAUX, *loc. cit.*, note 116, 288; AUBÉPIN, *op. cit.*, note 113, p. 536; R. FILHOL, «Propriété absolue et démembrement de la propriété dans l'Ancien droit français», dans TRAVAUX DE RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE PARIS XII, *Études de droit contemporain (N.S.)*, Paris, Cujas, 1963, p. 42, à la page 45; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales, op. cit.*, note 37, p. 176.

¹¹⁸ Il est donc quasi impossible de leur coller un seul et unique qualificatif. Certains auteurs l'ont quand même fait en qualifiant ces groupements de copropriétés. Dans leur esprit, il s'agit toutefois de copropriétés au sens romain du terme. J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain, op. cit.*, note 37, pp. 505 à 508; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 89, p. 145.

¹¹⁹ A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, pp. 323-324; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, nos 10 et 194, pp. 25 et 230; Édith GÉRAUD-LLORCA, «La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime 1750-1789», dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La doctrine juridique*, Centre d'histoire du droit et de recherches inter-normatives de Picardie, PARIS, P.U.F. 1993, pp. 55-56.

¹²⁰ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, nos 8 et 55; pp. 22 et 70; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSÉ, *Droit romain et ancien droit*, t. 2, *op. cit.*, note 69, pp. 385-386.

¹²¹ A.-M. PATAULT, «Regard historique sur l'évolution du droit des biens: histoire de l'immeuble corporel dans l'évolution contemporaine du droit des biens», dans *Troisièmes journées René Savatier*, Paris, P.U.F., 1991, p. 6; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode*

«Dans l'éventail médiéval des maîtrises de l'homme sur le sol, il n'y a pas de propriété-matière, il n'y a que des droits. Ces droits, les auteurs médiévaux les qualifient de «droits réels», droits portant sur une chose (*jus rei, jus reale*, Bartole). La grande classification gaienne qui isole superbement la propriété de tout ce qui est rapport juridique, fait place à la grande distinction médiévale qui distingue les droits réels et les droits personnels. La notion romaine de propriété corporelle disparaît pour plusieurs siècles, il ne reste au Moyen Âge, dans l'univers juridique, que des droits pour définir les pouvoirs de l'homme sur les choses»¹²².

Cette conception de la propriété ne sera pas sans soulever certaines difficultés pour les romanistes de l'époque suivante.

B. La codification de la copropriété

La France devint au cours des siècles un état monarchique relativement unifié¹²³. Le droit, quant à lui, devenait de plus en plus un monument statique en raison de la transposition par écrit et de l'homologation de certaines coutumes à la demande du roi. L'essor que connaissait les études de droit romain à cette époque remit en question, voire défigura certaines institutions juridiques jusqu'alors connues. Ainsi, les communautés issues du Moyen Âge furent adaptées au droit romain qui correspondait mieux au nouveau contexte social, davantage imprégné d'individualisme. La quote-part garantissant un semblant de propriété individuelle refit ainsi surface et le droit au partage fut privilégié¹²⁴. Toujours dans le but d'adapter les institutions coutumières au droit romain, la fragmentation des multiples utilités du sol fut parfois expliquée par la copropriété du tréfonds¹²⁵.

de Zachariae, t.2, 4e éd., Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1869, no 221 bis, p. 412.

¹²² A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 8, p. 22.

¹²³ *Circa* XVe siècle-1789.

¹²⁴ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 52, pp. 64-65; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, p. 180.

¹²⁵ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, nos 10 et 138, pp. 25 et 165-166; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 324; E. GÉRAUD-LLORCA, *op. cit.*, note 119, pp. 55-56.

Ces tentatives de marier les conceptions médiévale et romaine de la propriété en matière de propriété plurale ne se fit pas sans difficultés. Ces deux conceptions, comme le souligne Anne-Marie Patault, tirent leur origine de deux cultures juridiques bien différentes:

«(...)L'une, venue de la pratique, jouissance des possibilités de l'immeuble, appropriation ouverte sur le groupe, alourdie de contraintes sociales, privilégiant la mise en valeur sur la maîtrise de la matière et partageant les utilités d'un même fonds entre plusieurs parties prenantes solidarisées sur l'immeuble. L'autre doctrinale et législative, isolant dans un rapport exclusif le propriétaire et la terre, soudant toutes les utilités de l'immeuble, ses plus-values, ses accessoires, le dessus et le dessous, entre les mains d'un seul et par là fortement associée à l'idée de liberté et d'efficacité.»¹²⁶

Cette juxtaposition de propriétés sur un même fond, surtout celle entraînant la fragmentation des utilités du sol, se doublait souvent d'un faisceau complexe d'obligations juridiques et de rapports sociaux qui étaient fort décriés par la population¹²⁷. Cette époque fut d'ailleurs marquée par les écarts entre les différentes classes sociales, écarts qui furent ressentis avec acuité par la bourgeoisie et par les paysans étouffés par une fiscalité profitant à la royauté et aux seigneurs¹²⁸.

La Révolution française n'est, en somme, que l'échec d'un système qui ne correspondait plus aux différentes aspirations de ses parties composantes, notamment pour ce qui a trait à la propriété. À preuve, parmi les droits naturels de l'homme mis en relief par la Révolution, figure la propriété, une propriété redéfinie et désormais fortement associée à la liberté comme en fait foi l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*¹²⁹. Cette proclamation de droits à la Déclaration aura des conséquences sur le

¹²⁶ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 231, p. 273.

¹²⁷ *Id.*, no 112, p. 134.

¹²⁸ G. DUBY ET R. MANDROU, *Histoire de la civilisation française*, t. 2, Paris, Librairie Armand Colin, 1968, pp. 15-16; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 306; J. IMBERT, *op. cit.*, note 103, p. 55.

¹²⁹ «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété ...*» La propriété est aussi considérée comme inviolable et sacré (art. 17) Voir sur le sujet: F. TERRÉ et F. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 67, p. 56; J. POUMAREDE, «De la difficulté de penser la propriété (1789-1793)», dans CENTRE

contenu des codes civils¹³⁰. En effet, les codes civils conservèrent et perpétuèrent les principes révolutionnaires en matière de propriété. Dans un premier temps, les codes civils, tant français (a) que québécois (b), passèrent sous silence la copropriété pour ne s'attarder qu'au partage et ce, afin de faciliter la propriété idéale de ce temps, la propriété individuelle et absolue et décourager son exercice sous forme de copropriété. Ce n'est que par la suite qu'ils démontrèrent plus d'ouverture à l'égard de la copropriété.

a. *Le Code civil français*

Traduisant fortement l'esprit de la Révolution dans le droit des biens, le Code civil français a subi des modifications en 1976 afin de réglementer la copropriété et l'adapter à un nouveau contexte social, moins individualiste.

1. *le code civil français de 1804*

Les rédacteurs du *Code civil*, qu'ils aient été inspirés par les coutumes ou par le droit romain, étaient les enfants d'une époque où l'individualisme était roi¹³¹. Ils ne firent donc pas un bon accueil à la copropriété puisque toute forme d'association était mal vue¹³².

Le *Code civil* français de 1804 ne définissait et n'organisait nullement la copropriété. Il ne mentionnait la copropriété que sous un aspect bien particulier dans une section à l'intitulé révélateur: «De l'action en partage et de sa forme», section faisant partie du droit des successions¹³³. En effet,

NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, *Propriété et Révolution*, Toulouse, C.R.N.S., 1990, p. 27; F. FORTUNET, «L'insoutenable légèreté de l'être non propriétaire», *Id.*, p. 43; A. WEILL, *Droit civil: les biens*, 2e éd. rév. en 1983, Paris, Dalloz, 1974, no 20, p. 25; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 185, pp. 216-217.

¹³⁰ G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 50; X. MARTIN, «L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme», (1982) *R.H.D.* 589 et suiv.

¹³¹ J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, 1963, p. 185; X. MARTIN, *loc. cit.*, note 130, 589 et suiv.; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 83, p. 168.

¹³² G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 51; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 70.

¹³³ C.c.f., art. 815 et suiv. (1804).

«(...) aux yeux d'un législateur imbu de préceptes du libéralisme intégral, l'institution des communautés juridiques apparaissait comme une violation insupportable de cette autonomie souveraine qui doit être l'apanage de la liberté individuelle. Il convenait donc de faire disparaître au plus vite ce régime indésirable par un partage toujours exigible.»¹³⁴

Le *Code civil* français ne pouvait donc que réprover la copropriété. Elle était aux antipodes de la propriété individuelle et avait pour effet de retarder le moment où un propriétaire pouvait exercer son droit de façon absolue et exclusive conformément à l'idéal social de l'époque¹³⁵. Le législateur de 1804 ne put toutefois nier que des gens mouraient en laissant parfois plusieurs héritiers faisant ainsi apparaître une propriété à plusieurs sujets. Dans cette perspective, il admit la copropriété, mais sans la définir, uniquement sous sa forme successorale et avec la réserve que «*Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision.*»¹³⁶

À l'époque de la rédaction du *Code civil*, la copropriété était en outre mal vue pour des raisons économiques:

«(...) on était persuadé que la coïncidence de droits sur un même bien entrave toujours une gestion convenable, l'intérêt individuel exclusif étant le meilleur aiguillon d'une administration avisée. Au carrefour de l'économie et de la politique, il ne faut pas non plus sous-estimer l'importance que le Code attachait à la libre circulation des biens: on souhaitait donc exclure toute cause d'indisponibilité juridique ou factuelle, or l'indivision constitue à cette égard une entrave.»¹³⁷

Comme le *Code civil* français avait été élaboré en réaction aux liens de servitudes et de dépendances tissés au Moyen Âge et par là, en réaction aux multiplications de

¹³⁴ G. SIESSE, *op. cit.*, note 21, p. 51.

¹³⁵ X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 22.

¹³⁶ C.c.f., art. 815. Voir Marc DONNIER, *J.-Cl. civ.*, v^o «indivision», fasc. 10, no 44; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 36, p. 58; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 55; A. WEILL, *op. cit.*, note 129, no 21, p. 26.

¹³⁷ X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 22. Dans le même sens: A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 141, p. 168.

«propriétés» sur un même fonds¹³⁸, la copropriété, associée à tort avec ces liens de servitudes ou ces propriétés à géométrie variable, ne pouvait qu'encourir la méfiance du législateur:

«(...) Les auteurs du Code étaient hostiles, surtout pour la propriété foncière, à la propriété collective, car ils estimaient qu'il y avait là un danger politique, en raison de la puissance que des groupements privés pouvaient ainsi acquérir, et un danger économique, la propriété collective, même aux mains de l'État, leur paraissant ne pas devoir assurer une bonne exploitation des terres.»¹³⁹

Toutefois, et contrairement à ce que le législateur avait prévu ou souhaité, l'indivision ne disparut pas de la pratique¹⁴⁰. De plus, la copropriété ne resta pas confinée au domaine des successions. La nécessité d'une réforme ne tarda donc pas à se faire sentir, bien que les résultats escomptés devaient se faire attendre.

2. la réforme de la Loi du 31 décembre 1976

À quelques exceptions près¹⁴¹, le silence du législateur français en matière de copropriété perdura jusqu'en 1976. Après plusieurs décennies d'études et d'ébauches, la réforme de l'indivision se concrétisa dans la *Loi no 1286 du 31 décembre 1976*. La réforme opérée s'inspire du régime des sociétés civiles et des régimes matrimoniaux¹⁴².

¹³⁸ A.-M. PATAULT, «La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble», (1983) *R.H.D.* 221. Il convient de rappeler qu'à cette époque la propriété terrienne est la principale richesse de la population. Voir R. FILHOL, *loc. cit.*, note 117, p. 50; X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 23; Jean-Louis BAUDOUTIN, «Aspect modernes de la propriété en droit québécois», (1964) *Rev. dr. comp.* 123, 124.

¹³⁹ A. WEILL, *op. cit.*, note 129, nos 211-212, pp. 177-179.

¹⁴⁰ M. DONNIER, *loc. cit.*, note 138, no 52; A. WEILL, *op. cit.*, note 129, no 212, p. 178.

¹⁴¹ Un décret-loi du 17 juin 1938 a modifié les règles du rapport pour valoriser le rapport en valeur afin de conserver les biens entre les mains de celui qui les exploite. Il a également créé l'attribution préférentielle et a accordé le maintien de l'indivision portant sur une petite ou moyenne exploitation agricole. Cette dernière mesure fut par la suite, soit le 19 décembre 1961 et le 4 août 1962, étendue à la propriété de toutes les exploitations agricoles et à celle des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel. Voir M. DONNIER, *op. cit.*, note 138, no 64.

¹⁴² M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, nos 43-44, pp. 40-41.

Elle emprunte d'ailleurs à ces derniers son organisation. Cette loi comporte en effet dix-neuf articles mettant en place une dualité de régimes¹⁴³. À la différence de ceux-ci, cependant, ils sont implantés dans des endroits différents du Code.

Un premier bloc d'articles instaure un régime légal applicable à toutes les indivisions quelle qu'en soit l'origine. Ce régime est introduit à la suite de la règle connue sur le partage, règle qu'il modifie au passage dans une section désormais intitulée: «De l'indivision et de l'action en partage»¹⁴⁴.

Un deuxième bloc d'articles prévoit, quant à lui, un régime conventionnel de l'indivision qui est applicable dans les cas où l'indivision fait l'objet d'une organisation, principalement quant à sa durée et à son maintien. L'influence des règles de la société sur ces articles y est plus marquée¹⁴⁵. La proximité des règles des deux institutions en témoigne; les articles 1873-1 et suiv. C.c.f. forment un titre spécial inséré à la suite de celui ayant trait aux sociétés. Plusieurs des dispositions des articles 1873-1 et suiv. C.c.f. sont par ailleurs des adaptations des articles du titre sur les sociétés aux besoins de l'indivision organisée: l'obligation d'une convention écrite¹⁴⁶, le droit de rachat en cas de décès¹⁴⁷ en sont des exemples.

Par dessus tout, la réforme prévue par la *Loi no 1286 du 31 décembre 1976* démontre que l'attitude du législateur français s'est modifiée à l'égard de l'indivision. À plusieurs endroits, les dispositions mises en place par la réforme témoignent d'une recherche d'équilibre entre les intérêts des indivisaires, équilibre absent aux époques antérieures. Le droit au partage y est ainsi tempéré par un droit au maintien de l'indivision¹⁴⁸ au

¹⁴³ Voir entre autres, P. CATALA, *loc. cit.*, note 27, p. 83; X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 44.

¹⁴⁴ X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 45.

¹⁴⁵ Voir P. CATALA, *loc. cit.*, note 27, p. 45.

¹⁴⁶ Comp. C.c.f., art. 1835 et 1873-2.

¹⁴⁷ Comp. C.c.f., art. 1869 et suiv. et 1873-13.

¹⁴⁸ P. CATALA, *loc. cit.*, note 27, p. 89.

moyen de mécanismes tels que le sursis au partage et l'allotissement¹⁴⁹. Il existe également un équilibre entre les droits individuels de chacun et l'intérêt commun¹⁵⁰, équilibre obtenu par des aménagements à l'exercice des attributs de la propriété et par l'instauration de règles de gestion¹⁵¹.

Quatre autres lois sont venues par la suite modifier la *Loi no 1286 du 31 décembre 1976* sans toucher toutefois à sa substance. La *Loi du 10 juin 1978* apporte rectification en matière de compétence pour statuer sur le sursis au partage et permet aux personnes morales d'être parties à une convention d'indivision. La *Loi du 4 juillet 1980* ajoute une hypothèse particulière de sursis au partage afin de protéger les exploitations agricoles. La *Loi du 23 décembre 1985* harmonise, quant à elle, le vocabulaire utilisé dans la *Loi du 31 décembre 1976* et celui afférent aux régimes matrimoniaux. Finalement, la *Loi du 6 juillet 1987* renforce la protection entourant l'usufruit portant sur des biens indivis.

b. Les codes civils québécois

Le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 a adopté une conception de la propriété semblable à celle prévalant en France depuis 1804. Pas plus qu'en France cependant, les textes prévus n'étaient adaptés à la pratique. Il était donc écrit, ici aussi, qu'une réforme surviendrait un jour.

1. le Code civil du Bas-Canada

Suivant en cela le même courant de pensées que le code civil français dont il était inspiré¹⁵², le *Code civil du Bas-Canada* a adopté une vision individualiste de la

¹⁴⁹ C.c.f., art. 815 al. 2 et 3.

¹⁵⁰ J.-L. BERGEL, *Le droit des biens*, coll. que sais-je?, no 2132, Paris, Presses universitaires de France, 1983, pp. 77-79; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1244, p. 439; P. CATALA, *loc. cit.*, note 27, p. 89; X. TESTU, *loc. cit.*, note 21, no 47.

¹⁵¹ C.c.f., art. 815-2 et suiv.

¹⁵² La suppression des tenures seigneuriales en 1854 a abouti au même résultat que la Révolution française: la libération des terres. La propriété étant la garantie de la liberté, les codificateurs en sont influencés lors de l'élaboration du *Code civil du Bas-Canada*. M. POURCELET, «L'évolution du droit de propriété», dans *Le droit dans la vie économique-sociale*, Livre du centenaire du Code civil,

propriété, et, partant, de la copropriété. Tout est axé sur le dispositif pouvant mettre fin à la copropriété: le partage¹⁵³. La disposition principale ayant trait à la copropriété se retrouvait, comme code civil français, en matière de succession. L'article 689 C.c.B.C., reprenant en grande partie l'article 815 C.c.f., se lisait comme suit:

«Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraire.

Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard.»

Le *Code civil du Bas-Canada* différait toutefois de son homologue français en ce qui concerne les sources possibles du maintien de l'indivision et sa durée. En effet, contrairement au code civil français de 1804 disposant que le maintien de l'indivision ne peut qu'avoir lieu par convention¹⁵⁴, le *Code civil du Bas-Canada* autorisait aussi le report du partage par testament. Le report par convention ou par testament qui devait en tout temps avoir pour justification une raison d'utilité pouvait avoir une durée indéterminée. Le code civil français de 1804 limitait, au contraire, le report à cinq ans et ce, dans tous les cas¹⁵⁵. Ces particularités ne signifiaient pas pour autant que le *Code civil du Bas-Canada* permettait un report du partage pour une durée illimitée. L'article 689 C.c.B.C signifiait, tout au plus, que la validité d'une clause de report du partage durait autant qu'un motif d'utilité existait.

Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 5; Jean BOUFFARD, *Traité du domaine*, reproduction de l'édition originale de 1921, Québec, Les presses de l'Université Laval, 1977, no 7, p. 12. Voir aussi: Fernand OUELLET, «L'abolition du régime seigneurial et l'idée de propriété», (1954) 14 *Hermès* 22-26; Tom JOHNSON, «In a Manner of Speaking: Towards a Reconstitution of Property in Nid-Nineteenth Century Quebec», (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 636-672.

¹⁵³ J.-L. BAUDOIN, *loc. cit.*, note 138, p. 125.

¹⁵⁴ C.c.f., art. 815.

¹⁵⁵ COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS-CANADA EN MATIÈRE CIVILE, cinquième rapport, livre troisième, chapitre cinquième, article 93, pp. 130-132.

Sur la base de cet article 689 C.c.B.C., tout comme en France d'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence québécoises ont fait de la copropriété un régime d'exception¹⁵⁶, voire un régime indésirable. À preuve voici ce que François Langelier écrivait à son sujet:

«L'indivision est contraire à l'intérêt public. Elle fait disparaître en grande partie le stimulant de l'intérêt personnel, qui est le meilleur élément de progrès en toutes choses. Vous comprenez, en effet, que l'intérêt public veut que tout ce qui peut être amélioré le soit. Or, lorsque deux personnes sont co-propriétaires par indivis d'une chose, chacune se dit que ce qu'elle fera pour l'améliorer ce n'est pas elle seule qui en profitera, mais aussi son co-copropriétaire, et elle est moins disposée à faire des efforts dans ce but.»¹⁵⁷

Pierre-Basile Mignault avait, lui aussi, une opinion bien arrêtée sur le régime de la copropriété:

«L'état d'indivision est un obstacle à la circulation des biens, une atteinte au crédit public (...). (...) il fait naître des rixes et engendre des procès (...). Ainsi, l'état d'indivision est contraire à l'intérêt général, à l'ordre public.»¹⁵⁸.

Il faut comprendre que le droit québécois, à l'instar du droit français,

«(...) a directement emprunté au droit romain sa conception du droit de propriété. Ce système individualiste, exclusiviste et absolutiste ne changea que fort peu au cours des siècles qui suivirent la disparition de l'influence romaine. Il s'enrichit au Moyen-Age de l'idée de la supériorité économique de la propriété terrienne, sur la propriété

¹⁵⁶ *Bodard c. Lebel*, (1886) 14 R.L., 351(B.R.) (indivision entre conjoints); *Michon c. Leduc*, (1890) 19 R.L. 504(B.R.) (bien accessoire à plusieurs immeubles).

¹⁵⁷ François LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, pp. 446-447.

¹⁵⁸ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.3, Montréal, C. Théorêt, 1897, p. 483; Léon FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t.4, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954, pp. 385-386. Ils suivent en cela notamment, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t.10, 3e éd., Paris / Bruxelles, Librairie A. Maresq aîné / Bruylant-Christophe et compagnie, 1878, no 227, p. 259.

mobilière qui désormais jouera en quelque sorte un rôle de parent pauvre pour le législateur (*Res mobilis, res vilis*)»¹⁵⁹.

Cette approche traditionnelle en matière de propriété n'a cependant pas empêché des états d'indivision de durer fort longtemps, souvent même sans convention formelle¹⁶⁰. L'article 689 C.c.B.C., si prohibitif qu'il pouvait paraître, n'interdisait donc pas les indivisions qui duraient d'un mutuel consentement¹⁶¹, ni ne les limitait aux indivisions d'origine successorale¹⁶². Le besoin d'une réforme était, ici aussi, néanmoins manifeste.

2. le Code civil du Québec

Le mutisme du législateur à l'égard de l'indivision dura jusqu'au processus de réforme du Code civil. Cette réforme, débutée en 1955, n'aboutit cependant que le 1er janvier 1994.

La conception de la propriété et de la copropriété véhiculée par le *Code civil du Bas-Canada* fut, dès le début du processus de réforme, remise en question. En effet, l'*Office de Révision du Code civil* avait déjà fait remarquer en 1977, dans son *Rapport sur le Code civil*, le trop grand individualisme du droit des biens¹⁶³. Prenant en compte le nombre sans cesse croissant de cas d'indivisions durables, l'*Office* suggéra donc un chapitre sur l'indivision.

¹⁵⁹ J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 138, p. 124

¹⁶⁰ voir entre autres, *Pearson c. Pearson*, (1928) 44 B.R. 338 (20 ans); *Paiement c. McFadden*, [1930] 48 B.R. 303 (17 ans); *Grenier c. Young*, (1894) 6 C.S. 496 (25 ans); *Cartier c. Boudreault*, 41 C.S. 127 (11ans); *Banque St-Jean c. Nolin*, (1916) 51 C.S. 138 (8ans). Pour un régime indivisaire maintenu plus de 30 ans par convention d'indivision *Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, [1996] 1 R.C.S. 900; *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner* [1988] R.J.Q. 149 (C.S).

¹⁶¹ *Dubarle c. Valla*, [1992] R.D.I. 230 (C.S.); Marie DESCHAMPS, «Vers une approche renouvelée de l'indivision», (1983-1984) 29 *R.D. McGill*, 215, 235.

¹⁶² Voir par exemple: *Ruggieri c. Desmeth*, [1990] R.D.I. 457 (C.A.); *Lauzon c. Lariche*, (1914) 46 C.S. 378; *Garber c. Lake*, (1916) 18 R.P. 464 (C.S.); *Pilon c. Daoust*, [1945] C.S.17; *Dubarle c. Valla*, [1992] R.D.I. 227 (C.S.); *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.).

¹⁶³ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. XXVIII.

Le projet de code civil mis de l'avant par l'*Office de révision du Code civil* a servi d'inspiration pour les développements législatifs qui suivirent¹⁶⁴. La réforme finalement retenue¹⁶⁵ tient compte de ces travaux et des ébauches précédentes, tout en ayant effectué des choix. Elle s'inspire, en outre, des réformes apportées par la *Loi du 31 décembre 1976* en France, de la doctrine et de la jurisprudence québécoises¹⁶⁶.

Tout comme en France, les dispositions du chapitre sur la «copropriété par indivision» révèlent une recherche d'équilibre de la part du législateur. Le droit au maintien de l'indivision fournit un contrepoids au droit de provoquer le partage par des mécanismes tels que le sursis au partage et le désintéressement d'un indivisaire¹⁶⁷. Les intérêts personnels et respectifs des indivisaires sont par ailleurs aménagés dans un cadre respectant l'aspect collectif de la copropriété. La règle de la majorité prévue à l'article 1026 al.1 C.c.Q. en est un exemple.

À la différence toutefois des réformes apportées au *Code civil* français, les réformes opérées au Québec sont toutes insérées dans le Livre sur les biens du Code civil. De ce fait, les règles sur l'indivision présentent une unité qui se trouve absente dans le droit français. Il faut admettre que cette unité était plus facilement réalisable puisque la réforme en matière de copropriété s'intégrait dans un processus plus général de réforme du Code civil.

De plus, contrairement au droit français, les règles prévues aux articles 1012 et suiv. C.c.Q. constituent essentiellement un régime résiduaire. Le *Code civil du Québec* donne la priorité aux règles particulières insérées ailleurs dans le Code¹⁶⁸ et laisse une

¹⁶⁴ Le *Projet de loi 58* intitulé «Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des biens» présenté le 21 décembre 1983 et mort au feuillet; le *Projet de loi 20* intitulé «Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens», présenté le 20 décembre 1984, adoption du principe le 26 mars 1985, également mort au feuillet.

¹⁶⁵ Le *projet de loi 125*, entré en vigueur le premier janvier 1994.

¹⁶⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, pp. 593 à 610.

¹⁶⁷ C.c.Q., art. 1031 à 1034.

¹⁶⁸ Par exemple, dans le livre des successions.

grande place aux conventions des parties. Ainsi, les règles prévues au chapitre «de la copropriété par indivision» ne s'appliqueront qu'à défaut de dispositions légales particulières ou de conventions contraires. Les règles sur le partage restent, toutefois, à l'instar du droit antérieur, dans le Livre sur les successions. Cette façon de procéder comporte peut-être l'inconvénient de séparer le régime gouvernant l'indivision de celui afférent au partage¹⁶⁹ mais il a le mérite de mettre l'emphasis sur le fait que la copropriété constitue une modalité de la propriété.

SECTION 2- LA COPROPRIÉTÉ COMME MODALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ

La notion même de copropriété et l'étude de son évolution au cours des siècles démontrent qu'il est difficile d'isoler l'analyse de la copropriété de l'analyse du droit de propriété. Et pour cause, le droit détenu et exercé par les copropriétaires ne diffère pas, en soi, de celui détenu et exercé par un propriétaire unique: les copropriétaires sont des propriétaires. En matière de copropriété, la propriété subit toutefois une inflexion au chapitre de la titularité pour devenir une espèce du genre. Ceci étant, il importe donc de débiter l'étude de la copropriété par une étude du genre auquel elle appartient (§1). Viendra ensuite l'étude du genre désormais reconnu comme modalité nommée de la propriété (§2).

§1. LES GRANDS TRAITS DE LA PROPRIÉTÉ

Les nombreuses écoles de pensées ayant trait au droit de propriété, les différentes façons d'aborder ce droit, l'évolution de la notion de propriété etc. justifieraient, à eux seuls, de volumineux développements. Mais pour les fins d'une étude sur la copropriété devant servir de base à celle du partage, la propriété sera examinée dans ses grands traits

¹⁶⁹ M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 49, p. 42.

seulement. Dans cet esprit, seules la définition (A) et les modifications pouvant affecter ce droit seront présentées (B).

A. La définition du droit de propriété

Le droit de propriété occupait, et occupe encore, une place prépondérante en droit civil québécois. Le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec* en fournissent tous deux une définition. Dans les deux cas, la définition proposée met l'accent sur les attributs que ce droit confère (a). Le droit de propriété revêt aussi des caractères peu déterminants pour sa définition, mais qu'il importe également d'examiner en regard de l'étude de la modalité de copropriété (b).

a. Les attributs du droit de propriété

Le *Code civil du Bas Canada* définissait à l'article 406 la propriété comme:

«(...) le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.»

L'article 947 *Code civil du Québec* se contente de moderniser cette définition:

«La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.»

Ces définitions s'inspirent, voire reprennent, l'article 544 du *Code civil français*:

«La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.»

Cette façon de définir la propriété comme une *plena in re potestas* provient du droit romain¹⁷⁰. Elle répondait initialement au désir d'affranchir les biens, principalement les terres, des charges et des liens de servitude de toutes sortes qui les grevaient¹⁷¹. Définie en termes de pouvoirs, la propriété assurait un droit exclusif et absolu à son détenteur.

L'article 947 C.c.Q. ne rompt pas avec la tradition qui définit la propriété par les prérogatives qu'elle accorde au propriétaire. À l'instar du *Code civil français* et du *Code civil du Bas-Canada*, la définition de la propriété contenue à cet article met l'accent, dès ses premiers mots, sur les attributs que le droit confère: le droit d'user (*jus utendi*), le droit de jouir (*jus utendi et fruendi*)¹⁷² et le droit de disposer d'un bien (*jus abutendi*). La doctrine récente ajoute à cette trilogie familière un quatrième attribut: la *vis attractiva*¹⁷³.

Tous ces attributs comportent un aspect matériel et un aspect juridique¹⁷⁴. Le *jus utendi* confère l'usage direct du bien et permet de décider de son rôle d'emploi. Le *jus fruendi* donne, quant à lui, le droit de percevoir les fruits du bien ou le droit d'en tirer des revenus. Le *jus abutendi* autorise, pour sa part, le propriétaire à modifier, à détériorer ou à détruire le bien. Le *jus abutendi* accorde aussi au propriétaire la possibilité de restreindre, de décomposer ou d'anéantir, de façon temporaire ou définitive, son droit

¹⁷⁰ Jean-Louis BERGEL, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994, p. 25; F. TERRÉ et F. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 65, p. 54; C. ATIAS, *op. cit.*, note 2, p. 65; F. FRENETTE, «Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues», (1979) 20 *C. de D.* 439, 440.

¹⁷¹ M. POURCELET, *loc. cit.*, note 152, p. 5; Jean BOUFFARD, *op. cit.*, note 152, no 7, p. 12

¹⁷² Dans la définition de l'article 947 C.c.Q., le législateur a cherché à traduire les prérogatives de la propriété données traditionnellement en latin. Dans cette traduction il opère une distinction entre le droit d'user et le droit de jouir, ce dernier comprend le droit d'user, qui n'existe pas toujours chez les auteurs. Voir entre autres: G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 41, p. 47; ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 68, p. 137; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1018, p. 351; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.3, *op. cit.*, note 158, pp. 477-478.

¹⁷³ A. WEILL, *op. cit.*, note 129, no 3, p. 33; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 170, 446-447; S. NORMAND, *op. cit.*, note 44, p. 6. Dans une moindre mesure: C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 53, p. 79; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J. 1960, no 12, p.32.

¹⁷⁴ F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 170, 439.

sur tout ou partie de son bien¹⁷⁵. Enfin, le quatrième attribut de la propriété: la *vis attractiva*, accorde au maître d'un bien la propriété de tout ce qu'il produit ou de tout ce qui s'unit accessoirement à son bien¹⁷⁶. Cet attribut donne également au propriétaire le pouvoir d'attirer à lui les attributs qui ont été distraits de son domaine¹⁷⁷.

La somme totale de ces diverses prérogatives constituent la pleine propriété. Appelées attributs de la propriété, elles sont les droits, les pouvoirs inhérents à la propriété.

b. Les caractères du droit de propriété

En plus des attributs, trois caractères sont habituellement reconnus à la propriété. Selon la doctrine¹⁷⁸, la propriété est un droit absolu, exclusif et perpétuel.

¹⁷⁵ G. CORNU, *op. cit.*, note 15, nos 1022-1023, p. 352; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, nos 112-113, p. 82; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 68, p. 137.

¹⁷⁶ F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 170, 439, 446-447; C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 51, p. 68.

¹⁷⁷ F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 170, 439, 446-447; S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 173, no 12, p. 32; DE VAREILLES-SOMMIERES, «La définition et la notion juridique de la propriété», (1905) *Rev. trim. dr. civ.* 443, 445. Pour certains auteurs, ce pouvoir d'attirer les attributs dissociés de son domaine relève du caractère absolu de la propriété. C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 53, p. 79; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 128, p. 92.

¹⁷⁸ Entre autres, André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t.3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, p. 104; Marcel PLANTOL, Georges RIPERT, *Traité de droit civil français*, t.3, par Maurice Picard, Paris, 1926, no 211, p. 215; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 68, pp. 137-138; H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 893, pp. 781-783; J.-G. CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1965) 67 *R. du N.*, 281-283; S. NORMAND, *op. cit.*, note 44, p.6.

Le caractère absolu de la propriété traduit la plénitude des droits du propriétaire¹⁷⁹. Il affirme la supériorité du droit de propriété sur les autres droits¹⁸⁰; ces derniers se définissant par rapport à lui¹⁸¹. Dans un sens plus traditionnel, le caractère absolu du droit de propriété réfère à l'affranchissement des nombreuses charges qui l'étouffaient au Moyen Âge¹⁸².

Le caractère exclusif reconnu à la propriété fait en sorte, quant à lui, que le propriétaire a le monopole de tous les pouvoirs sur son bien¹⁸³. Il est, en outre, le seul à pouvoir prétendre à l'exercice de ce monopole¹⁸⁴. Il en résulte qu'un propriétaire peut empêcher avec succès les autres d'exercer une utilité déterminée du bien ou encore l'exercice d'un droit de propriété, et ce, sans qu'il ait nécessairement à démontrer un préjudice¹⁸⁵.

La perpétuité est le dernier caractère reconnu à la propriété. Il signifie que la propriété n'est pas bornée à temps. Par voie de conséquence, la propriété ne s'éteint pas par le

¹⁷⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 68, p. 138; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 40, p. 46; C. LARROUMET, *Droit civil*, 2e éd., t. 2 «Les biens, droits réels, principaux», Paris, Economica, 1988, no 212, p. 129; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 128, p. 92.

¹⁸⁰ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 170, p. 30.

¹⁸¹ C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 53, p. 79; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 128, p. 92.

¹⁸² H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, p. 780.

¹⁸³ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 41-1, p. 50; C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 54, p. 80; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 130, p. 93; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 170, p. 31; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 179, no 197, p. 120.

¹⁸⁴ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 41-1, p. 50; H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 893, p. 781; C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 54, p. 80; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.1, Paris, 1956, no 501, pp. 228-229; André COSSETTE, «Considérations sur le droit de propriété et son évolution», (1968) 70 *R. du N.*, 277, 278; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1035, p. 355. Les frères Mazeaud préfèrent parler, dans ce cas, du caractère individuel de la propriété. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t.2, vol. 2, «Biens, droit de propriété et ses démembrements», par F. CHABAS, *op. cit.*, note 13, no 1307, p. 33.

¹⁸⁵ Voir entre autres: A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, note 178, p. 110; M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, note 178, no 212, p. 216; C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 54, p. 80; J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 178, 271, 282.

non usage et elle dure tant et aussi longtemps que l'objet existe¹⁸⁶. Au moment de son choix ou à son décès¹⁸⁷, la propriété ne fait que changer de titulaire¹⁸⁸.

Si les attributs de la propriété sont primordiaux à l'existence de ce droit puisqu'ils participent de son essence, il en est autrement de ses caractères. Bien que ceux-ci participent de sa nature, ils ne sont pas essentiels à sa qualification¹⁸⁹. Pour preuve, les atteintes législatives aux caractères de la propriété, du moins aux deux premiers, sont nombreuses¹⁹⁰. L'insertion dans le Code de la théorie de l'abus de droit constitue, par exemple, une atteinte au caractère absolu de la propriété¹⁹¹. Tous les démembrements ainsi que la copropriété se présentent, quant à eux, comme des exceptions à son caractère exclusif. En revanche, il est impossible de retrouver une propriété temporaire qui ferait exception au caractère perpétuel de la propriété¹⁹². Une propriété temporaire serait en effet incompatible avec l'*abusus* du droit de propriété.

¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 68, p. 138; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 50, p. 63; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 179, no 250, p. 147; H. et L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 13, no 1348, p. 103; J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 178, 271, 281.

¹⁸⁷ H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 873, pp. 781-783; J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 178, 271, 282-283; A. WEILL, *op. cit.*, note 129, nos 17 et 299, pp. 20 et 257; C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 55, p. 83; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 184, no 501; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *op. cit.*, note 178, p. 111; *contra* DE VAREILLES-SOMMIERES, «La définition et la notion juridique de la propriété», *loc. cit.*, note 177, 458; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 49, p. 60.

¹⁸⁸ H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 893, p. 781.

¹⁸⁹ S. NORMAND, «La propriété spatio-temporelle», (1987) 28 *C. de D.*, 261, 266.

¹⁹⁰ Pour une discussion à ce sujet voir: G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, nos 40 et ss., pp. 46 et suiv.; H.L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 13, nos 1305 et suiv., pp. 32 et suiv.; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, nos 1030 et suiv., pp. 354 et suiv.; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, nos 127 et suiv., pp. 91 et suiv.; Serge PICHETTE, «La relativité du droit de propriété», (1990) 24 *R.J.T.* 529, 532; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 15, nos 207 et 222, pp. 132-133, 143 et suiv.

¹⁹¹ C.c.Q., art. 7.

¹⁹² H.L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 13, nos 1347 et suiv., p. 103; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 137, p. 99; J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 178, 282. *Contra* C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, no 55, p. 82; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 15, no 207, p. 132; François ZÉNATI, *Les biens*, coll. droit civil/ droit fondamental, Paris, P.U.F., 1988, no 11, p. 120.

B. Les diverses modifications au droit de propriété

Les démembrements (a) et les modalités (b) sont les deux seuls types de modifications que le droit de propriété peut subir.

a. Les démembrements

Le propriétaire, en constituant un démembrement sur sa propriété, cède à quelqu'un d'autre, pour un temps déterminé ou déterminable, un ou plusieurs des attributs de son droit. Ce faisant, il tempère les caractères exclusif et absolu de son droit. Selon le *Code civil du Québec*, les démembrements nommés de la propriété sont l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose.

La liste des démembrements prévus à l'article 1119 C.c.Q. n'est toutefois pas exhaustive. Rien n'empêche des parties de créer d'autres démembrements qui seront régis par leur titre constitutif. Cette question a fait l'objet de discussions tant en France¹⁹³, où selon les auteurs il existerait un *numerus clausus* pour les démembrements, qu'au Québec où, de plus en plus, la doctrine antérieure au *Code civil du Québec* adoptait une position inverse¹⁹⁴. L'utilisation de l'article «des» dans le texte de l'article 1119 C.c.Q. fait en sorte que l'énumération ne soit pas limitative. Il existerait par conséquent d'autres démembrements qui n'auraient pas été expressément nommés dans le Code¹⁹⁵.

Quoi qu'il en soit, tous les démembrements de la propriété ont vocation à prendre fin. Le caractère perpétuel attaché au droit de propriété empêche son titulaire de céder

¹⁹³ Voir pour un résumé de cette question en France: F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 718, p. 507;

¹⁹⁴ M. CANTIN-CUMYN, «De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés: essai sur l'énumération limitative des droits réels», (1986) 46 *R. du B.* 3; P-C. LAFOND, *op. cit.*, note 47, p. 135.

¹⁹⁵ Dans le même sens: F. FRENETTE, «De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose», dans *La Réforme du Code civil*, t.1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, 669, à la page 678; John E.C. BRIERLEY, «Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec», (1995) *R.I.D.C.* 33, 37.

indéfiniment un des attributs de sa propriété. Le propriétaire ne peut céder, et ce, pour un temps seulement, qu'une ou plusieurs de ses prérogatives. Si le propriétaire ne fixe pas lui-même un terme, la loi s'en charge¹⁹⁶. Ceci n'empêche cependant pas qu'il est possible d'établir une servitude à perpétuité. Il s'agit alors d'une perpétuité par nature et non pas d'une perpétuité par essence¹⁹⁷.

b. Les modalités

Les modalités sont généralement présentées comme une manière d'être du droit de propriété se traduisant par des particularités aux pouvoirs des propriétaires sans que la propriété soit pour autant démembrée¹⁹⁸. Ces particularités peuvent concerner l'exercice, l'objet, voire l'existence même du droit. Contrairement aux démembrements de la propriété, les modalités ne présupposent pas un domaine supérieur pouvant attirer à lui ce qui en a été détaché, car rien n'y est détaché.

Le *Code civil du Bas-Canada* ne reconnaissait pas nommément le type de modifications de la propriété que sont les modalités. L'évolution du droit, à cette époque, ne permettait pas d'envisager des façons d'être de la propriété autres que la copropriété, à propos de laquelle le législateur était par ailleurs défavorable. Le *Code civil du Québec* prévoit et organise désormais certaines modalités de la propriété dont les rudiments étaient déjà connus de la pratique¹⁹⁹. Il s'agit de la copropriété et de la propriété superficière. Il reconnaît cependant que ces dernières ne sont pas les seules modalités pouvant affecter la propriété. L'article 1009 C.c.Q. mentionne qu'elles sont les

¹⁹⁶ C.c.Q, art. 1123, 1162, 1172, 1176, 1191, 1197 et 1208. Ceci n'empêche pas que certains démembrements puissent être durables. L'usufruit et l'emphytéose peuvent durer 100 ans.

¹⁹⁷ La servitude est perpétuelle de par sa nature seulement, et ce, parce qu'elle est un accessoire d'un autre fonds. Sans cette affectation, il faudrait questionner la raison d'être de cette perpétuité. En outre, il est possible de convenir d'un terme pour une servitude (C.c.Q., 1191). J.-G. CARDINAL, *loc. cit.*, note 178, 446; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 15, nos 561-563, pp. 312 et 313.

¹⁹⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 78, p. 154; A. WEILL, *op. cit.*, note 129, nos 14 et 331, pp. 17 et 287; F. FRENETTE, «La propriété fiduciaire», (1985) *C. de D.*, 727, 736; S. NORMAND, *op. cit.*, note 44, p. 89; L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 32, no 1778, p. 920.

¹⁹⁹ Comme le livre II du *Code civil du Bas-Canada* s'intitulait «Des biens, de la propriété et de ses différentes modifications», il était possible antérieurement de retrouver des modalités de la propriété. Les règles concernant la copropriété divisée ont par ailleurs été placées à cet endroit en 1969.

«principales» modalités de la propriété. Il n'est donc pas exclu qu'il puisse en exister d'autres; tel est le cas, par exemple, de la propriété conditionnelle²⁰⁰ et de la propriété inaliénable²⁰¹.

La propriété superficière se caractérise par une particularité liée à la situation de son objet, objet qui doit être un immeuble. Le Code la mentionne d'ailleurs dans sa définition:

«La propriété superficière est celle des constructions ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier.»²⁰²

La copropriété se caractérise, quant à elle, par une particularité au plan de la détention du droit: il y a pluralité de titulaires en l'espèce. Cette particularité suspend le caractère exclusif généralement reconnu à la propriété. À l'instar de ce qui est pour la propriété superficière, la définition que donne le Code de la copropriété souligne cette particularité dans le texte définissant la copropriété:

«La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurrentement sur un même bien (...)»²⁰³.

Quoi qu'il en soit, une modalité de propriété ne porte jamais atteinte à ce qui constitue l'essence de ce droit. Celui-ci conserve tous ses attributs. De même, les caractères dont l'atteinte ne particularise pas la modalité restent intacts. Ceci étant, la fin d'une modalité, lorsqu'elle survient, n'emporte pas extinction du droit. Le droit perdure sous forme de propriété pure et simple. Les modalités ne sont, en quelque sorte, que des

²⁰⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 1009, p. 592; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 18, p. 154; F. FRETTE, «La propriété fiduciaire», (1985) *C. de D.* 727, 736; H.L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 13, 1395, p. 175. La propriété conditionnelle est une modalité de la propriété en ce que l'existence même du droit de propriété entre les mains d'une personne est affectée par une condition.

²⁰¹ C.c.Q., art. 1212 et suiv.

²⁰² C.c.Q., art. 1011.

²⁰³ C.c.Q., art. 1010.

incidents de parcours. À l'instar des démembrements, elles ont vocation à prendre fin un jour bien qu'il n'y ait pas toujours de terme limite et prédéterminé comme pour les démembrements²⁰⁴.

§2. LE STATUT DE MODALITÉ ATTRIBUÉ À LA COPROPRIÉTÉ

La reconnaissance du statut de modalité de propriété à la copropriété implique celle du lien de genre à espèce entre la propriété et cette dernière. Ceci étant, et la copropriété participant de l'essence de la propriété, l'idée même de la présence d'un droit de propriété ne peut être remise en cause:

«(...) la multiplicité des sujets, quel que soit le régime de l'indivision et de la gestion, ne détruit pas l'idée de propriété: la propriété sera plurale au lieu d'être individuelle, et c'est tout.»²⁰⁵

Seule l'absence d'exclusivité particularise donc la propriété exercée sous forme de modalité de copropriété. Cette exception au caractère exclusif de la propriété n'a cependant pas toujours été admise, ni formellement reconnue (A). Le *Code civil du Québec*, non seulement l'admet-il expressément, mais contient aussi de nombreux indices permettant de retrouver le lien de genre à espèce entre la propriété et la copropriété (B).

A. Une modalité marquée par l'absence d'exclusivisme

L'absence d'exclusivité qui particularise la copropriété n'a pas toujours été perçue par les auteurs comme le trait marquant de la copropriété. Les définitions et les développements consacrés en la matière cherchent plutôt à rapprocher, d'une façon ou

²⁰⁴ Comme il vient d'être mentionné dans l'étude des démembrements de la propriété, la servitude peut, exceptionnellement, ne pas comporter de terme prédéterminé.

²⁰⁵ J. DABIN, *op. cit.*, note 221, p. 179. Dans le même sens: F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 290, p. 430; M. CANTIN-CUMYN, *loc. cit.*, note 10, no 8, p. 333; Henri CAPITANT, «De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux», (1929) 49 *Rev. crit.* 65, 69; E. MOUY, *op. cit.*, note 32, p. 16.

d'une autre, la copropriété de la propriété idéale, parfaite, c'est-à-dire, la propriété traditionnelle qui conserve tous ses attributs et tous ses caractères en une seule main (a). Les traits saillants de la copropriété qui seront retenus ici cherchent, au contraire, à respecter la particularité de cette modalité de la propriété: l'absence d'exclusivisme (b).

a. Les traits saillants de la copropriété chez les auteurs

Les diverses définitions de la copropriété avancées par les auteurs visent souvent à attribuer aux copropriétaires un droit correspondant à la conception idéale et traditionnelle de la propriété, c'est-à-dire celle d'une propriété exclusive et absolue. Une des définitions les plus souvent reprises et qui illustre le mieux ce fait est celle de Planiol et Ripert²⁰⁶. Vraisemblablement pour répondre à l'idée habituelle de la propriété, et notamment à l'idée qu'elle revêt en toutes circonstances un caractère exclusif, ces auteurs soutiennent que la propriété est fractionnée s'il y a copropriété:

«Une chose est dans l'indivision lorsque le droit de chaque propriétaire porte sur l'ensemble (et non sur une portion déterminée) de la chose commune. Ce droit consiste en une quote-part s'exprimant par un chiffre: un tiers, un quart, un dixième. Il opère une dissociation entre le droit de propriété et la chose sur laquelle il porte. La chose demeure entière dans sa matérialité; elle est indivise. C'est le droit qui se fractionne.»²⁰⁷

Bien que souvent reprise par les auteurs, la définition de Planiol et Ripert présente une contradiction sur le plan juridique. En effet, elle entretient une confusion entre le droit et la titularité du droit. S'il est possible de retrouver plusieurs sujets d'un droit, il est impossible de le diviser en fonction de leur nombre sans le compromettre. Le droit de propriété, qui est une somme de prérogatives, ne se divise pas²⁰⁸. En outre, ces auteurs

²⁰⁶ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 1136, p. 990; Albert SIAG, «La copropriété et son financement», dans *Cours de formation permanente du Barreau*, Barreau du Québec, congrès 1982, 259, 266; M. DONNIER, *op. cit.*, note 138, no 1; I. N. MICESCO, *op. cit.*, note 28, pp. 127 et 134.

²⁰⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 178, no 286, p. 274.

²⁰⁸ *Perron c. Boivin*, (1932) 38 R. de J. 293; DE VAREILLES-SOMMIERES, «De la copropriété», *loc. cit.*, note 20, 531; J. DABIN, *op. cit.*, note 221, pp. 177-180. Également dans le même sens : *Marquis c. Ville de Varennes*, [1995] R.D.I. 275 (C.Q.). Voir *infra* b).

adhèrent, à l'instar des autres auteurs de leur génération, à une approche matérialiste de la propriété, c'est-à-dire que, pour eux, le droit de propriété se confond avec l'objet sur lequel il porte. Or, leur conception de la copropriété fait exception à ce principe pourtant très important lorsqu'ils traitent de la propriété. Enfin, cette approche, si elle était poussée plus loin, permettrait de soutenir que chacun des titulaires détient une fraction de chacun des attributs de la propriété; et non pas la totalité du droit de propriété dont seul l'exercice serait partagé. Le droit à l'usage d'une maison par exemple, ne se divise pas, il s'organise plutôt en fonction des intérêts des copropriétaires.

Dans leur définition de la copropriété, d'autres auteurs ont cherché à se rapprocher de la configuration traditionnelle de la propriété en jouant sur la notion d'objet du droit. Cette méthode, encore en vogue aujourd'hui, tire son origine de la définition qu'Aubry et Rau donnent de la copropriété:

«La copropriété est le droit de propriété compétant à plusieurs personnes sur une seule et même chose, qui n'appartient ainsi à chacune d'elles que pour une quote-part idéale ou abstraite.»²⁰⁹

Cette autre définition de la copropriété a conduit plusieurs auteurs à soutenir qu'en présence de la copropriété, les indivisaires détiendraient deux droits portant sur des objets distincts. Un droit de propriété exclusif, qui correspondrait à la configuration traditionnelle de la propriété, qui s'exercerait sur la quote-part et dont les indivisaires pourraient librement disposer. Le second droit, qualifié d'abstrait²¹⁰, d'indéterminé²¹¹ et même de créance²¹² porterait, lui, directement sur les biens. Ce dernier droit permettrait notamment d'expliquer que certains actes posés par les indivisaires pendant l'indivision peuvent se retrouver compromis par un partage.

²⁰⁹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, t.2, *op. cit.*, note 121, no 221, p. 404.

²¹⁰ M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, pp. 221-222.

²¹¹ J. CHEVALLIER, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Paris, Dalloz, 1932, pp. 57-58; M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, p. 10.

²¹² L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 32, no 1812, p. 937.

La méthode d'analyse à laquelle conduit la définition d'Aubry et Rau, qui est reprise par l'article 1015 al.2 C.c.Q., contrevient à la notion de droit réel. La copropriété étant, comme modalité de la propriété, un droit réel²¹³, les copropriétaires doivent, à l'instar de tout autre détenteur de droit réel, posséder une emprise directe sur les biens, ce que confiner le droit réel des indivisaires à la quote-part empêche. La quote-part ne peut donc pas constituer l'objet du droit des indivisaires²¹⁴. Les articles du chapitre sur la copropriété par indivision, sauf cet article 1015 al.2 C.c.Q., traduisent d'ailleurs bien l'emprise directe des copropriétaires sur l'objet de leur droit. Enfin, s'il fallait considérer cette méthode d'analyse, il faudrait reconnaître qu'il manque un objet de droit qui correspondrait à la quote-part aux articles 900 et suiv. C.c.Q.²¹⁵

Peut-être dans le but d'éviter les artifices des définitions qui viennent d'être exposées, certains autres auteurs admettent, à juste titre, qu'il existe une concurrence en matière de copropriété mais multiplient, erronément, les droits sur l'objet. Tel est le cas de Pierre-Basile Mignault qui définit la copropriété en fonction d'une vision très matérialiste de la propriété:

«Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux acquiert un droit sur chaque objet de la succession et sur chacune des molécules de chaque objet. On appelle indivision ce concours de droits rivaux qui se rencontrent, se réunissent se confondent sur chaque objet de l'hérédité.»²¹⁶

Dans le même sens, Gérard Cornu ainsi que d'autres, reconnaissent que:

²¹³ C'est ce qui se dégage de l'article 911 C.c.Q.

²¹⁴ M. CANTIN-CUMYN, *loc. cit.*, note 10, 330-331.

²¹⁵ À cet égard, il est intéressant de souligner que la fraction en matière de copropriété divise, ne s'y retrouve pas non plus. Elle ne peut donc pas être objet de droit.

²¹⁶ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.3, *op. cit.*, note 158, p. 482. Cette définition est souvent reprise par les auteurs québécois voir entre autres: ANONYME, «De l'état d'indivision-droit de sortir de l'indivision-convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», [1902-1903] 5 *R. du N.* 194; Wiltold RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956, p. 192; Viateur CHÉNARD, «La vente de parts indivises d'immeubles et la réglementation des valeurs mobilières», Association du Barreau canadien, 1988, p. 1.

«Toute copropriété constitue, dans son ensemble, un système de droits concurrents. La copropriété se caractérise par la coexistence sur une même chose de plusieurs droits concurrents de même nature.»²¹⁷

Jean Carbonnier adopte une position semblable, mais la complète afin d'expliquer le mécanisme de la quote-part.

«(...)le droit de propriété de chacun, par la concurrence des autres, est ramené à une fraction arithmétique, à une quote-part, 1/2, 1/3, 1/4, etc. Mais cette quote-part ne saurait être localisée matériellement sur tel ou tel segment de la chose: elle porte sur la totalité et sur chaque atome du bien.»²¹⁸

Suivant les auteurs susmentionnés, la concurrence de droits entraîne forcément une certaine forme de délimitation. Cette conception de la copropriété est plus juste que les précédentes parce qu'elle admet l'absence de l'exclusivité reconnue à la propriété dans sa forme ordinaire. Elle mérite toutefois d'être précisée. Considérée sous l'angle des indivisaires, un seul et même droit est détenu et exercé: la propriété. Aucun indivisaire ne peut toutefois prétendre détenir seul «la propriété» du bien. Un indivisaire ne peut, par exemple, disposer seul de la totalité du bien. La raison en est simple, il n'est pas le seul propriétaire du bien. Ceci étant, le droit détenu par les indivisaires est en réalité un droit de copropriété. Ce droit de copropriété n'est toutefois pas un nouveau droit dans l'univers des droits réels. Le terme «droit de copropriété» ne vient que traduire l'absence d'exclusivité du droit de propriété détenu et exercé en l'espèce²¹⁹. Malheureusement, c'est souvent ce qui a été omis dans sa définition.

²¹⁷ G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1223, p. 408; L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 158, pp. 390 et suiv. Hassen Aberkane adopte une approche semblable mais l'explique autrement: «Chaque copropriétaire est pour nous propriétaire de la chose. Son droit étant limité conformément à la théorie générale des obligations *propter rem*, par la présence sur le même objet de droits concurrents.» Hassen ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels: Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957, no 63, pp. 66 et 67.

²¹⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 79, p. 155.

²¹⁹ Voir *supra*, section 1, paragraphe 1.

b. La copropriété comme modalité de la propriété

L'article 911 al.1 C.c.Q. mentionne que la propriété est un droit réel. Par conséquent, son titulaire possède une emprise directe sur l'objet de son droit. Les articles 947 et 948 C.c.Q. énumèrent, pour leur part, les prérogatives que ce droit confère²²⁰. De ces dispositions, il ressort que la propriété est un lien d'appartenance-maîtrise²²¹, un rapport de droit²²² conférant une série de prérogatives. Ceci ne signifie pas pour autant que le propriétaire doive pouvoir les exercer toutes lui-même et personnellement²²³, il suffit qu'il en conserve la potentialité²²⁴.

Qui plus est, la propriété est un rapport de droit qui permet à son titulaire de retirer d'un bien en principe tous les services qu'il peut rendre²²⁵. Ce rapport de droit, ce lien d'appartenance-maîtrise, est par ailleurs indivisible²²⁶. Le droit de propriété permet à son titulaire de céder à des tiers certaines de ses prérogatives, mais en aucun cas il ne se divise. Bien que son exercice peut atteindre l'objet dans sa matérialité, le droit de propriété doit être analysé en termes de pouvoirs²²⁷. Le droit de propriété, comme tout

²²⁰ C.c.Q., art. 947: al.1 «*La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.*» al.2: «*Elle est susceptible de modalités et de démembrements*».

art. 948: «*La propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit, de façon naturelle ou artificielle, dès l'union. Ce droit se nomme droit d'accession.*»

²²¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952. p. 178-179; F. FRENETTE, «*Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens*», (1976) 17 *C. de D.* 991, 993.

²²² L. AULAGNON, «*La pérennité de la propriété*», (1943) *Rev. crit. lég. juris*, 277; Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 375.

²²³ Paul COSTE-FLORET, *La nature juridique du droit de propriété*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935, p. 257; F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 200, 736.

²²⁴ S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 173, no 12, p. 32.

²²⁵ De VAREILLES-SOMMIERES, «*Définition et notion juridique de la propriété*», *loc. cit.*, note 177, 445.

²²⁶ *Perron c. Boivin*, (1932) 38 *R. de J.* 293; DE VAREILLES-SOMMIERES, «*De la copropriété*», *loc. cit.*, note 20, 531; J. DABIN, *op. cit.*, note 221, pp. 177-180. Également dans le même sens : *Marquis c. Ville de Varennes*, [1995] *R.D.I.* 275 (C.Q.).

²²⁷ Raymond SALEILLES, *op. cit.*, note 222, p. 375.

droit par ailleurs, a une connotation intellectuelle incompatible avec la division qui est une opération essentiellement matérielle.

Inversement, il est impossible de retrouver plusieurs droits de propriété sur un seul et même objet²²⁸. À cet égard, il existe une différence entre la concurrence de propriétés sur un même objet, qui est impossible; et la propriété détenue et exercée de façon concurrente par plusieurs sujets de droit, qui constitue une véritable exception au caractère exclusif traditionnellement reconnu au droit de propriété.

Ainsi, la propriété étant un rapport de droit, un lien sur un objet, la pluralité de sujets de droit ne porte jamais atteinte à ce qui en constitue l'essence²²⁹. Que ce rapport ou ce lien soit détenu ou exercé par une ou plusieurs personnes, la propriété existe encore. S'il y a pluralité de titulaires du droit, c'est toujours de la propriété. Considérée sous cet angle, la propriété est la qualité donnée au lien de droit exercé par une ou plusieurs personnes.

La copropriété se présente donc comme une manière d'être de la propriété, une façon de la détenir qui emporte un effet obligatoire sur son exercice. La concurrence qu'elle engendre s'exprime par des quotes-parts qui quantifient les intérêts des indivisaires dans le titre de propriété; intérêts qu'elle sert à extérioriser. Contrairement à ce que laisse entendre l'article 1015 al.2 C.c.Q., cette quote-part ne représente ni le droit, ni l'objet du

²²⁸ G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 462; De VAREILLES-SOMMIERES, «Définition et notion juridique de la propriété», *loc. cit.*, note 177, p. 470. Malgré ses propos souvent judicieux, il existe chez cet auteur un besoin de retrouver la configuration traditionnelle de la propriété qui présente idéalement un caractère exclusif. Il définit la propriété en termes de pouvoirs, affirme qu'elle ne se divise pas, mais la fractionne néanmoins, «la propriété *in abstracto*», pour individualiser les droits des copropriétaires en soutenant qu'ils sont de même nature («De la copropriété», *loc. cit.*, note 20, 531). De Vareilles-Sommières se fonde également sur la paralysie qu'entraîne la division des volontés de chacun dans la gestion et l'administration du bien pour prouver l'absence de propriété (*Id.*, no 12, p. 535). Or, la volonté ne constitue aucunement un facteur déterminant dans la reconnaissance de ce droit (J. DABIN, *op. cit.*, note 221, p. 179). Pour preuve, le défaut de capacité d'une personne ne l'empêche pas d'être sujet de ce droit. Seul l'exercice du droit en question est, dans ce cas, affecté. Partant, la pluralité de sujets de droit et la division de volontés n'ont d'impact que sur l'exercice de la propriété. Il ne s'agit donc pas là d'une fin de non recevoir pour la reconnaissance de ce droit.

²²⁹ J. DABIN, *op. cit.*, note 221, p. 179; M. CANTIN-CUMYNN, *loc. cit.*, note 10, 331.

droit d'un indivisaire²³⁰. En effet, la quote-part n'est pas un droit car elle n'est pas issue du fractionnement du droit de propriété. Elle n'est pas, non plus, objet de droit parce que ce serait nier le caractère réel du droit de propriété. Ceci étant, la quote-part représente plutôt **une quantité, une mesure**. Elle ne fait que traduire en chiffres la concurrence existant au plan de la titularité du droit. Lorsqu'un indivisaire agit pour sa part, il agit dans la mesure de ses intérêts dans la propriété du bien. Cette façon de présenter la quote-part est celle qui évite le mieux les écarts et les contradictions sur le plan de la logique juridique.

B. Une modalité expressément prévue au Code

La copropriété est une modalité de la propriété expressément reconnue au Code (a). Ce dernier y organise l'exercice de la propriété détenue par plusieurs personnes. Ces dispositions soulignent, une fois de plus, le lien de genre à espèce existant entre la propriété et la copropriété (b).

a. Les dispositions afférentes au statut de modalité

Le *Code civil du Québec*, à l'article 1009, dispose expressément que la copropriété est une modalité de la propriété:

«Les principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficière.»

L'article 1010 al.1 C.c.Q., reprenant et adaptant le principe affirmé par l'article 911 al.1 C.c.Q., établit clairement la relation entre la propriété et la copropriété. Cet article dispose:

«La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit.»

²³⁰ «Chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et les obligations d'un propriétaire exclusif. Il peut ainsi l'aliéner ou l'hypothéquer, et ses créanciers peuvent la saisir.»

L'article 1012 C.c.Q. confirme cette «filiation» entre la propriété et la copropriété:

«L'indivision peut résulter d'un contrat, d'une succession, d'un jugement ou de la loi.»

Ce texte démontre en effet que les modes d'acquisition d'un droit de propriété ne diffèrent pas de ceux établissant la copropriété. Et pour cause, il n'y a pas de différence fondamentale, au plan technique, entre l'acquisition d'un bien par une seule personne et l'acquisition d'un bien par plusieurs personnes. Le titre de propriété est en quelque sorte une réalité extérieure au mode d'exercice d'un droit.

Le *Code civil du Québec* distingue par ailleurs deux formes de modalité de copropriété. Après avoir donné une définition générale de la copropriété dans son premier alinéa précité, l'article 1010 C.c.Q. poursuit:

«Elle est dite par indivision lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien.

Elle est dite divise lorsque le droit de propriété se répartit entre les copropriétaires par fractions comprenant chacune une partie privative, matériellement divisée, et une quote-part des parties communes.»

Les *Commentaires du ministre de la Justice* ne cachent pas que cette distinction relève de la fiction²³¹. Cette distinction était néanmoins nécessaire parce qu'il fallait distinguer entre la copropriété établie et organisée par un statut légal prédéterminé, la copropriété divise et la copropriété ordinaire, forme plus souple de la copropriété.

Ceci étant, sur le plan juridique, la distinction entre la «copropriété par indivision» et la «copropriété dite divise» est mince et repose plutôt sur une question d'organisation légale. Qui plus est, il convient de souligner qu'en matière de copropriété divise il n'existe de copropriété qu'en ce concerne les parties communes, qu'elles soient à usage

²³¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.I, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 1010 C.c.Q., p. 592.

restreint ou non²³². Les articles 1038 et 1043 C.c.Q. l'expriment clairement. La copropriété au sens de 1010 al.1 C.c.Q. n'existe tout simplement pas en ce qui a trait aux parties privatives²³³.

Seules les parties privatives et les parties communes, à usage restreint ou non, sont, par ailleurs, les objets du droit des copropriétaires en matière de copropriété divise. La fraction ne constitue pas, en soi, un objet de droit même si le Code semble la considérer comme tel²³⁴. Le Code utilise la fraction dans le but de traduire une étroite association résultant de l'affectation des parties communes au service des parties privatives de l'immeuble²³⁵. S'il en était autrement, si la fraction était l'objet du droit, il faudrait reconnaître qu'il manque un immeuble à ceux mentionnés aux articles 900 et suiv. C.c.Q.

Il résulte donc de ce qui précède que la copropriété par indivision et la copropriété divise ne sont pas fondamentalement distinctes l'une de l'autre. La copropriété divise se présente comme un cumul de propriétés exclusives, de copropriété par indivision et de propriété superficière²³⁶. Une organisation légale spécifique est prévue à son égard. Cette organisation contient de nombreux détails²³⁷ en raison de ce cumul de modalités,

²³² Qu'une seule personne puisse établir une copropriété divise par la publication d'une déclaration de copropriété ne contredit pas le fait qu'il y ait indivision. L'indivision naîtra, en réalité, au fur et à mesure que des copropriétaires s'ajouteront au propriétaire initial. Le terme «déclaration» de copropriété comporte un élément de fiction.

²³³ C.c.Q., art. 1042.

²³⁴ C.c.Q., art. 1047. Voir en ce sens: Denis-Claude LAMONTAGNE, «Copropriété divise: enregistrement et problèmes connexes», dans *Récents développements en droit de la copropriété divise*, Montréal, Coédition: Chambre des notaires du Québec et Éditions Thémis, 1993, p. 161, aux pages 391 et suiv.; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et François CHABAS, *op. cit.*, note 13, no 1326-3, p. 59.

²³⁵ C.c.Q., art. 1048. Dans le même sens voir Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J. 1976, no 76, p. 66.

²³⁶ F. FRENETTE, «Emphytéose et copropriété par déclaration: La démystification d'une impossible coexistence», (1987) 90 *R. du N.* 145, 147-148

²³⁷ La collectivité prend aujourd'hui la forme, en copropriété divise, d'une personne morale (C.c.Q., art. 1039). Pourtant, l'affectation réelle des biens aurait pu aisément expliquer le fonctionnement particulier de son organisation.

ce qui la distingue, en droit, de la «copropriété par indivision». Comme la «copropriété dite divise» bénéficie d'un statut particulier, il n'en sera pas question dans les pages suivantes. Le terme copropriété sera ici utilisé par conséquent pour désigner la véritable copropriété, «la copropriété par indivision».

b. Les dispositions orchestrant l'exercice du droit

Plusieurs articles du *Code civil du Québec* aménagent les différents attributs de la propriété en fonction de son exercice par plusieurs personnes prouvant, encore une fois, l'existence d'un lien de genre à espèce entre la propriété et la copropriété. Le droit de propriété, il convient de le rappeler, se compose du *jus utendi*, du *jus fruendi*, du *jus abutendi* et de la *vis attractiva*. La détention et l'exercice de ce droit par plusieurs personnes ne changent pas sa composition et son fonctionnement. Ainsi les prérogatives de la propriété profitent, à moins de conventions contraires, à tous ses sujets. Les articles du *Code civil du Québec* véhiculent ce principe tout en réitérant, au besoin, que le droit de propriété exercé par les copropriétaires est dépouillé de son caractère exclusif.

Le droit d'utiliser le bien appartient, en principe, à l'ensemble des copropriétaires. Afin d'éviter les mésententes, le régime légal de la copropriété rappelle à l'article 1016 al.1 C.c.Q. que l'usage que les copropriétaires pourront faire du bien est limité en raison de l'absence du caractère exclusif de la propriété exercée:

«Chaque indivisaire peut se servir du bien indivis, à la condition de ne porter atteinte ni à sa destination ni aux droits des autres indivisaires.»

Si un seul d'entre eux bénéficie d'un droit d'usage et de jouissance²³⁸, les autres sont en droit d'exiger une compensation²³⁹. Cette compensation indemnise les autres

²³⁸ L'expression «jouissance» telle qu'utilisée par le Code à l'article 1016 al.2 C.c.Q. présente une étendue plus large que le simple *jus utendi*. Elle accorde, en plus, les fruits et revenus à celui qui en bénéficie. G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o *jouissance*.

²³⁹ *Gagnon c. Anger*, [1996] R.D.I. 507 (C.A.). L'article 1016 C.c.Q. ne peut être invoqué pour défaire les modalités provisoires d'une convention de rupture. *Droit de la famille-2423*, [1996] R.D.F. 394 (C.S.).

copropriétaires pour la perte de la possibilité qu'ils ont d'exercer leurs prérogatives sur la partie du bien réservée. La compensation n'est en aucune façon payée en contrepartie d'une cession de jouissance. La somme payée par l'indivisaire qui a une exclusivité quant à la jouissance du bien²⁴⁰ n'est donc pas un loyer²⁴¹. Elle n'est pas due, en principe, si tous les indivisaires bénéficient de la même prérogative pour des portions semblables du bien.

L'absence de caractère exclusif de la propriété se reflète aussi sur le droit de percevoir les fruits et revenus. L'article 1018 C.c.Q. prévoit en effet:

«Les fruits et revenus du bien indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord visant leur distribution périodique; ils accroissent encore à l'indivision s'ils ne sont pas réclamés dans les trois ans de leur date d'échéance.»

Le Code adapte également le *jus abutendi* au droit de propriété exercé par plusieurs sujets. Les actes qu'un indivisaire peut poser seul sont en effet restreints à la valeur de sa quote-part²⁴². Tout acte qui affecterait le bien pour une mesure supérieure porterait atteinte au droit des autres. Il serait alors réductible à la part effectivement détenue²⁴³.

²⁴⁰ Les accords relatifs à un droit d'usage et de jouissance sur le bien indivis ne retirent pas le droit de propriété des autres indivisaires. Le fonctionnement de l'accession en témoigne (C.c.Q., art. 1017). Les conventions relatives à l'usage et à la jouissance exclusive du bien n'affectent que l'exercice du droit et non pas le droit lui-même. Elles ne relèvent donc pas du domaine des droits réels. Voir C. ATLAS, «Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle», *J.C.P.* 1979.I. doctr. 2937, no 6. Ces conventions ne doivent pas, non plus, être confondues avec le droit d'usage des articles 1172 et suiv. C.c.Q. et avec le bail. Voir sur le sujet Christine GAGNON, « La détermination du caractère commun ou exclusif de certaines parties d'un immeuble en copropriété divisée », dans *Récents développements en droit de la copropriété divisée*, Montréal, Coédition: Chambre des notaires du Québec et Éditions Thémis, 1993, p. 161, aux pages 171 et suiv. C. ATLAS, *loc. cit.*, note 240, nos 7-8.

²⁴¹ C. ATLAS, *loc. cit.*, note 240, no 7.

²⁴² C.c.Q., art. 1015 al.2.

²⁴³ Pour une hypothèque: *Sigouin c. Éthier-Beauchamps*, [1978] C.A. 387; *Gagnon c. Paquette*, [1988] R.D.I. 202 (C.S.); Pour le cas d'une vente, voir entre autres: *Le Curateur public du Québec c. Barbeau*, [1985] C.P. 142; *Dostie c. Caisse populaire de Sherbrooke-est*, [1990] R.D.I. 840 (C.S.).

En raison des prérogatives étendues que confère le *jus abutendi*, un indivisaire est assez limité dans ses agissements car il ne peut impunément vider de sa substance le droit détenu et exercé, ce qui porterait forcément atteinte aux droits des autres. Pour cette raison, le Code prévoit l'impossibilité pour un seul indivisaire de changer la destination du bien ou encore de le détruire ou de le vendre, en totalité ou en partie, sans le consentement de ses copropriétaires²⁴⁴. L'absence d'exclusivité et le désir de protéger les autres indivisaires de l'exercice du *jus abutendi* par l'un d'entre eux justifient également le droit de retrait et le droit de subrogation prévus au Code²⁴⁵. L'arrivée d'un tiers peut en effet compromettre leurs relations et, à plus ou moins long terme, paralyser la gestion et la conservation du bien.

La quatrième et dernière composante du droit de propriété, la *vis attractiva* est aussi organisée par le régime légal de la copropriété, du moins dans son aspect matériel. La principale disposition y ayant trait se retrouve à l'article 1017 C.c.Q.:

«Le droit d'accession profite à tous les indivisaires en proportion de leur part dans l'indivision; néanmoins, lorsqu'un indivisaire bénéficie d'un droit d'usage ou de jouissance exclusive sur une partie du bien indivis, le titulaire de ce droit a aussi l'usage ou la jouissance exclusive de ce qui s'unit ou s'incorpore à cette partie.»

En raison de ce principe général, une disposition complémentaire se devait d'être prévue afin d'indemniser l'indivisaire qui effectue des travaux sur le bien. En effet, l'ensemble des indivisaires acquiert la propriété de ces travaux par accession. Le Code prévoit heureusement la règle de l'article 1020 C.c.Q. Le processus mis en place reprend, en y faisant les adaptations nécessaires, le régime existant pour l'accession immobilière²⁴⁶. Selon les termes de l'article 1020 C.c.Q., les impenses nécessaires sont remboursées, qu'elles aient été autorisées ou non, et qu'elles existent encore ou non au moment du partage. Les autres impenses sont soumises à une autorisation de la part des indivisaires et seuls les travaux autorisés donneront ouverture à remboursement. L'autorisation pour

²⁴⁴ C.c.Q., art. 1026 al. 2.

²⁴⁵ C.c.Q., art. 1022 à 1024 incl.

²⁴⁶ C.c.Q., art. 954 et suiv.

tels travaux nécessite la double majorité ou l'unanimité selon leur nature et leur ampleur²⁴⁷. Le remboursement ne s'effectue toutefois, dans ces cas et en l'absence de convention contraire, qu'au moment du partage et ne porte que sur la plus-value donnée au bien.

Enfin, le cadre légal des règles sur l'administration d'un bien indivis témoigne, tout autant que les règles concernant les prérogatives essentielles de la propriété exercée sous forme de copropriété, de la reconnaissance de l'absence d'exclusivité en l'espèce. Le processus décisionnel en offre un exemple²⁴⁸. Les décisions nécessitant l'unanimité sont celles qui risquent de porter atteinte au droit exercé. Seule l'unanimité pouvait donc contrebalancer l'absence du caractère exclusif de la propriété en l'espèce. Ceci n'empêche pas les indivisaires, toutefois, de convenir que les décisions de l'article 1026 al.2 C.c.Q. seront prises autrement qu'à l'unanimité. Dans ces cas cependant, les indivisaires sacrifient leurs intérêts communs aux intérêts individuels de chacun. Le régime prévu aura alors une tendance plus individualiste que celui mis en place par le Code.

Il résulte donc de ce qui précède que la détention du droit de propriété par plusieurs personnes suspend le caractère exclusif qui lui est généralement reconnu en droit positif. C'est ce qui particularise la copropriété par rapport à la propriété pure et simple. Le Code, en prévoyant le droit de provoquer le partage à l'article 1030 C.c.Q., favorise toutefois le retour à l'exclusivité de la propriété. Le moment de l'exercice du droit de provoquer le partage, et donc du retour à la propriété exclusive, demeure cependant inconnu, et tant que le partage n'est pas demandé, la modalité perdure.

²⁴⁷ C.c.Q., art. 1026.

²⁴⁸ C.c.Q., art. 1026.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE REND INDÉTERMINÉE LA DURÉE DE LA MODALITÉ DE COPROPRIÉTÉ

Toutes les études sérieuses consacrées à la copropriété finissent inmanquablement par traiter du partage. Les fondements du partage et les impacts liés à sa mise en oeuvre sont rarement développés cependant. Traditionnellement, les analystes se bornent à affirmer, d'une façon ou d'une autre, que le partage, parce qu'il peut être provoqué en tout temps, est la cause du caractère éphémère de la copropriété.

Or, le partage représente plus que cela. Le partage sert à mettre un terme à la modalité de copropriété. Comme rien n'oblige les indivisaires à le mettre en oeuvre, la modalité de copropriété dure tant que le partage n'est pas demandé. La seule présence du droit de provoquer le partage rend toutefois indéterminée la durée même de la modalité. La première partie de cet ouvrage souligne cette étroite relation entre la durée de la copropriété et le droit de provoquer le partage. Le titre 1 étudiera le principe du droit de provoquer le partage alors que le titre 2 analysera les différents moyens prévus au Code pour en paralyser exceptionnellement l'exercice, ce qui favorisera la durabilité de la modalité.

TITRE 1-

LE DROIT AU PARTAGE

Le droit de provoquer le partage est de principe. Il peut être mis en oeuvre en tout temps. Il ne peut l'être par n'importe qui cependant. Pour bénéficier du droit au partage, il faut d'abord être copropriétaire (chapitre 1). Ceci étant bien établi, il conviendra de s'attarder plus spécifiquement à la fameuse règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» (chapitre 2). Cette règle, on ne peut plus capitale en matière de copropriété, a reçu en doctrine et en jurisprudence un traitement qui ne lui rendait pas toujours justice.

CHAPITRE 1- SEUL LE STATUT DE COPROPRIÉTAIRE DONNE DROIT DE PROVOQUER UN PARTAGE

Le droit de provoquer le partage est intimement et indissociablement lié au statut de copropriétaire. Il en résulte qu'un tiers ne peut demander le partage en son propre nom (section 1). Le droit de provoquer le partage est complémentaire au fait et à l'acte juridique ayant permis à la copropriété de voir le jour²⁴⁹.

Le Code prévoit pourtant un droit de provoquer le partage pour des personnes qui ne sont pas indivisaires. Il s'agit alors de faux cas de partage en faveur de tiers résultant d'une confusion entre la notion de partage et celles de paiement ou de remboursement (section 2).

SECTION 1- L'IMPOSSIBILITÉ POUR LE TIERS DE DEMANDER LE PARTAGE EN SON NOM

Seuls les indivisaires bénéficient du droit provoquer le partage parce que ce droit est consécutif à leurs intérêts dans la copropriété. Les tiers, étant étrangers à la copropriété, en sont exclus. Ils ne pourront donc jamais demander le partage en leur propre nom.

²⁴⁹ «Il n'y a de partage que parce qu'il y a eu d'abord un fait générateur d'indivision; le partage est impensable sans ce fait préalable; isolé, il n'a pas sa raison d'être.» Marcel VEROONE, *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*, thèse, Lille, 1946. p. 109.

Ainsi, un créancier, même hypothécaire, ne peut mettre en oeuvre le partage, si ce n'est par action oblique (§1). De même, un tiers chargé de la protection ou de l'assistance d'un copropriétaire ne peut demander le partage pour lui-même (§2). En aucun cas, d'ailleurs, ces tiers ne prétendent au titre de sujet du droit exercé. Ce titre, primordial au droit de provoquer le partage, demeure réservé aux copropriétaires:

(...) l'objet de l'action en partage est de mettre fin à l'état d'indivision entre les copropriétaires et que, partant, cet état d'indivision est un élément essentiel du droit à cette action.»²⁵⁰

§1. LE CAS DE L'ACTION OBLIQUE

L'article 1035 C.c.Q. reconnaît expressément aux créanciers d'un indivisaire la faculté de demander le partage par voie d'action oblique. Ce pouvoir des créanciers de provoquer le partage a cependant un caractère tout à fait exceptionnel. Les termes de l'article 1035 al.2 C.c.Q. le soulignent:

«Les créanciers, même hypothécaires, d'un indivisaire ne peuvent demander le partage si ce n'est par action oblique, dans le cas où l'indivisaire pourrait lui-même le demander.»

Cette action s'exerce dans des conditions précises (A) et sa mise en oeuvre produit des effets limités (B).

A. Les conditions de l'action oblique

L'article 1035 al.2 C.c.Q. ne prévoit pas les conditions requises pour la mise en oeuvre d'une action oblique par les créanciers d'un indivisaire. Il faut dès lors se référer aux conditions générales du Livre sur les obligations qui réglementent ce recours. À cet égard, l'article 1627 C.c.Q. dispose que:

²⁵⁰ *Vaillancourt c. Vaillancourt*, [1953] C.S. 67. Voir aussi: *Descoteaux c. Descoteaux*, (1908) 33 C.S. 269; *Benoît c. Benoît*, (1916) 49 C.S. 269; *Lalonde c. Lalonde*, [1991] R.D.I. 54 (C.S.).

«Le créancier dont la créance est certaine, liquide et exigible peut, au nom de son débiteur, exercer les droits et actions de celui-ci, lorsque le débiteur, au préjudice de son créancier, refuse ou néglige de les exercer.

Il ne peut toutefois exercer les droits et les actions qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur.»

À l'instar des autres cas où le recours de l'action oblique est disponible, le créancier qui désire mettre en oeuvre le partage par voie d'action oblique doit subir un préjudice et sa créance doit revêtir certaines conditions. Selon l'article 1627 C.c.Q., la créance doit être «*certaine, liquide et exigible*». Les deux dernières exigences posées par ce début du premier alinéa de l'article 1627 C.c.Q. peuvent n'être rencontrées qu'au moment du jugement cependant²⁵¹. Le comportement de l'indivisaire-débiteur est également pris en compte pour évaluer le droit des créanciers au recours de l'action oblique. En effet, l'indivisaire-débiteur doit avoir refusé ou négligé de demander le partage. Une mise en demeure formelle à cet indivisaire-débiteur n'a cependant pas à précéder²⁵². Une simple demande suffit en l'espèce. Ceci étant, le créancier n'est pas dispensé des formalités entourant le recours au partage. Parce qu'il prend la place de l'indivisaire-débiteur, le créancier doit suivre formalités ordinaires de l'action en partage.

La demande en partage par voie d'action oblique obéit, enfin, à certaines autres conditions en raison de l'existence de la modalité de copropriété. En effet, un créancier qui remplit toutes les conditions énumérées ci-dessus ne pourra toujours pas demander le partage si celui-ci a été reporté par l'une des méthodes prévues à l'article 1030 C.c.Q. Les termes de l'article 1035 *in fine* C.c.Q. le confirment. Ainsi, si une convention d'indivision reporte le partage pour un terme dont la période n'est pas complètement écoulée, le partage ne pourra être mis en oeuvre au moyen de l'action oblique. De même, un créancier ne pourra exiger un partage définitif si le droit de son débiteur ne le commande pas. En effet, si l'indivisaire débiteur n'exerce qu'un usufruit ou si la

²⁵¹ C.c.Q., art. 1628

²⁵² Maurice TANCELIN, *Des obligations: «L'acte illégitime et les modes d'exécution»*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, no 653, p. 168; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, no 655, p. 359.

propriété du bien indivis est contestée, le créancier ne peut demander le partage définitif²⁵³. Seul un partage en jouissance est alors possible.

B. La mise en oeuvre de l'action oblique

Le créancier qui provoque le partage par une action oblique n'agit pas à titre personnel. Il représente l'indivisaire²⁵⁴. Le droit au partage demeure, par conséquent, le droit de ce dernier. Jamais, donc, le créancier qui met en oeuvre un partage par voie d'action oblique n'usurpe la qualité de sujet de droit de son débiteur.

Parce que le créancier exerce le droit d'un indivisaire-débiteur, les autres copropriétaires peuvent opposer au créancier-demandeur les mêmes moyens de défense et d'exception qu'ils auraient pu opposer à leur copropriétaire. Le créancier qui cherche à provoquer le partage à la place d'un indivisaire ne se trouve donc pas à l'abri d'une demande de maintien de l'indivision, d'allotissement ou d'attribution préférentielle de la part des autres copropriétaires²⁵⁵.

§2. LE CAS D'INTERVENTION POUR DÉFAUT OU INSUFFISANCE DE CAPACITÉ

Le régime de protection auquel est assujéti un copropriétaire ou son régime matrimonial peuvent être l'occasion de l'intervention d'un tiers dans le processus d'un partage. Encore ici, ce tiers n'agit pas dans son propre intérêt. Le véritable sujet de droit est, et demeure, la personne protégée (A) ou la personne qui n'a pas l'autorité en droit pour provoquer ou subir elle-même le partage en raison de son régime matrimonial (B).

²⁵³ C.c.Q., art. 847.

²⁵⁴ Voir les termes de l'article 1627 C.c.Q., précité. M. TANCELIN, *Des obligations: «L'acte illégitime et les modes d'exécution»*, op. cit., note 252, no 646, p. 164; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, op. cit., note 252, no 649, p. 357.

²⁵⁵ C.c.Q., 839-846, 855-864, 1030-1035.

A. La protection d'un copropriétaire

L'intervention exceptionnelle d'un tiers en raison d'un défaut ou d'une insuffisance de capacité d'un copropriétaire prend des proportions plus ou moins significatives selon le régime de protection mis en place. L'intervention du tiers est plus importante lorsqu'il s'agit de représenter un copropriétaire (a) que lorsqu'il ne s'agit que de l'assister (b). Dans l'un ou l'autre cas, le tiers n'agit pas en son propre nom. Ceci étant, une fois le régime de protection connu, il se peut que la personne protégée puisse encore elle-même mettre en oeuvre le partage sans formalité.

En effet, bien qu'elle y soit souvent associée, la capacité de provoquer un partage se distingue de celle d'aliéner²⁵⁶. À la différence de l'aliénation, qui est un acte grave mettant en cause le droit de propriété lui-même, le partage vise uniquement à assurer ou restaurer l'exclusivité d'exercice de ce droit. Dans ce contexte, il se peut donc qu'une personne protégée puisse mettre en œuvre un partage mais qu'elle ne puisse pas aliéner un bien.

Au surplus, le partage peut prendre plusieurs formes et la possibilité de le provoquer dépend souvent de la nature et de la valeur des biens en cause. Dans certaines circonstances, la simple administration suffit pour le mettre en oeuvre alors que dans d'autres, la pleine administration des biens devra être obtenue.

a. Le cas de la représentation

Il existe deux cas où un copropriétaire se retrouve véritablement représenté: la tutelle et la curatelle. Dans le premier cas, le tuteur possède la simple administration des biens de la personne qu'il protège²⁵⁷ alors que dans le second, le curateur en détient la pleine administration²⁵⁸. Si le partage ne pose aucune difficulté particulière en présence de la

²⁵⁶ Voir *infra*, chapitre 2, section 1, §2.

²⁵⁷ C.c.Q., art. 208.

²⁵⁸ C.c.Q., art. 282.

pleine administration des biens, il en va autrement pour la tutelle où un examen du régime mis en place ainsi que de l'opération projetée sont nécessaires.

1. la tutelle

La mise en oeuvre du partage par un tuteur obéit à des formalités différentes selon la forme du partage, selon la nature du bien à partager et selon sa valeur. L'article 213 C.c.Q., situé dans les dispositions générales sur les pouvoirs d'un tuteur, donne brièvement les règles pertinentes en la matière:

«S'il s'agit de contracter un emprunt important eu égard au patrimoine du mineur, de grever un bien d'une sûreté, d'aliéner un bien important à caractère familial, un immeuble ou une entreprise, ou de provoquer le partage définitif des immeubles d'un mineur indivisaire, le tuteur doit être autorisé par le conseil de tutelle ou, si la valeur du bien ou de la sûreté excède 25000\$, par le tribunal, qui sollicite l'avis du conseil de tutelle.

Le conseil de tutelle ou le tribunal ne permet de contracter l'emprunt, d'aliéner un bien à titre onéreux ou de le grever d'une sûreté, que dans les cas où cela est nécessaire pour l'éducation et l'entretien du mineur, pour payer ses dettes, pour maintenir le bien en bon état ou pour conserver sa valeur. L'autorisation indique alors le montant et les conditions de l'emprunt, les biens qui peuvent être aliénés ou grevés d'une sûreté, ainsi que les conditions dans lesquelles ils peuvent l'être.»

Cet article 213 C.c.Q. concerne également la tutelle au majeur et la tutelle à l'absent. L'article 266 al. 1 C.c.Q. situé en matière de tutelle au majeur renvoie aux règles relatives à la tutelle au mineur et partant, à cet article 213 C.c.Q. L'article 87 C.c.Q. en fait de même pour la tutelle à l'absent. Les considérations suivantes visent donc ces catégories de personnes protégées.

Selon les termes de l'article 213 C.c.Q., aucune règle spécifique ne régit le tuteur s'il n'est pas celui qui demande le partage et ce, peu importe la forme du partage, la nature et la valeur du bien soumis au partage. Comme un copropriétaire ne peut refuser le partage, le tuteur qui représente et agit pour un copropriétaire se doit de répondre à une demande en partage. Il suit pour ce faire les règles sur l'administration du bien

d'autrui²⁵⁹. Ces règles s'appliqueront, du reste, en matière de partage à défaut de disposition spécifique à l'effet contraire.

Il résulte de son texte, que l'article 213 al. 1 C.c.Q. ne vise que l'hypothèse où le tuteur souhaite mettre en oeuvre un partage. Et encore, cet article ne prévoit aucune autorisation spéciale dans le cas où un tuteur désire provoquer un partage provisionnel et ce, peu importe la valeur du bien qu'il soit meuble ou immeuble. En effet, l'article 213 al. 1 C.c.Q. ne réglemente que la mise en oeuvre de certains partages définitifs et les exigences établies par cet article diffèrent selon la nature du bien et selon sa valeur. Ainsi, en vertu de l'article 213 al.1 C.c.Q., aucune formalité spécifique n'existe pour le partage définitif d'un meuble de faible valeur. Seuls le partage définitif d'un immeuble et le partage définitif d'un bien²⁶⁰ dont la valeur dépasse vingt-cinq mille dollars (25 000\$) se retrouvent soumis au respect de certaines exigences. Pour le partage définitif d'un immeuble, l'autorisation du conseil de tutelle est requise si l'immeuble en question vaut moins de vingt-cinq mille (25 000\$) dollars. Lorsque l'immeuble vaut plus de vingt-cinq mille dollars (25 000\$) ou que la valeur de tout autre bien, meuble ou immeuble, dépasse cette somme, le tuteur doit obtenir, pour provoquer le partage, l'autorisation du tribunal qui sollicitera l'avis du conseil de tutelle.

Par ailleurs, comme le Code utilise les mots «bien» ou encore «immeuble», pour calculer la valeur de l'objet du droit à l'article 213 al. 1 C.c.Q., il faut admettre que la valeur de l'objet du droit n'est pas celle de la quote-part. Or, il a été proposé²⁶¹, vraisemblablement pour harmoniser les règles du partage avec celles de l'aliénation, de considérer la valeur de la quote-part pour évaluer la valeur de l'objet du droit afin de déterminer quelles seraient les formalités préalables à la mise en oeuvre d'un partage. Il est impossible, même si ce serait souhaitable, de procéder ainsi. La quote-part n'est pas

²⁵⁹ C.c.Q., art. 208, 1301 et suiv. Dans le même sens, Germain BRIÈRE, *Traité des successions*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, no 816, p. 933.

²⁶⁰ Ce raisonnement provient du changement dans le vocabulaire utilisé à l'article 213 al.1 *in fine*. Le Code utilise d'abord le mot «immeuble» et ensuite le terme plus général «biens» qui vise tant les meubles que les immeubles. (C.c.Q., art. 899).

²⁶¹ Voir pour une brève revue de la question, Jean-Yves CRÊTE, «Un survol de la tutelle et de la curatelle», dans *Journal Entracte*, 1er mars 1996, pp. 5-6.

un objet de droit. Il ne s'agit que d'une quantité, d'une mesure²⁶². La valeur devant être considérée devra donc être celle de l'objet du droit, c'est-à-dire, celle de l'immeuble ou du bien. Ainsi, l'autorisation du tribunal qui sollicite l'avis du conseil de tutelle sera requise dès que la valeur de l'immeuble ou du bien à partager dépassera vingt-cinq mille (25 000\$) dollars. Heureusement, contrairement à l'aliénation ou à l'hypothèque, le partage ne se trouve pas mentionné parmi les actes prévus au second alinéa de l'article 213 C.c.Q. Par conséquent, sa mise en oeuvre n'a pas à être justifiée par l'éducation et l'entretien du mineur, par le paiement de ses dettes, par maintien du bien en bon état ou par la conservation de sa valeur.

2. la curatelle

La curatelle existe lorsque l'inaptitude d'un majeur à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et permanente et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils²⁶³. Lorsqu'une personne se trouve dans cette condition, elle est totalement incapable de gérer ses affaires. C'est pourquoi, le Code prévoit la possibilité de lui nommer un curateur qui bénéficiera de la pleine administration de ses biens²⁶⁴. En vertu de ses pouvoirs étendus²⁶⁵, le curateur peut provoquer ou participer à un partage au nom de la personne qu'il représente sans aucune autre formalité.

b. Le cas de l'assistance

Un tiers interviendra quelquefois dans un processus de partage afin d'assister une personne qui a besoin d'être protégée dans certaines circonstances. Il s'agit d'un régime de protection plus léger que celui de la représentation. Par conséquent, la personne protégée conserve parfois la possibilité d'agir seule. Dans certains cas, elle pourra provoquer un partage sans assistance.

²⁶² Voir, *supra*, chapitre préliminaire, section 2, paragraphe 2, Ab.

²⁶³ C.c.Q., art. 281.

²⁶⁴ C.c.Q., art. 282.

²⁶⁵ C.c.Q., art. 1306 et suiv.

1. l'émancipation

Il existe deux catégories de mineurs émancipés: les mineurs simplement émancipés et les mineurs pleinement émancipés. La pleine émancipation rend le mineur capable comme s'il était majeur²⁶⁶. Le mineur pleinement émancipé, copropriétaire d'un ou plusieurs biens, peut donc librement en provoquer le partage; qu'il soit définitif ou provisionnel et que ce partage vise des meubles ou des immeubles; le tout, sans égard à leur valeur. Dans ces conditions, il va de soi qu'aucune protection particulière ne soit exigée pour un mineur pleinement émancipé s'il s'agit de subir un partage.

Le mineur simplement émancipé peut, quant à lui, accomplir seul tous les actes de simple administration²⁶⁷. Il doit être assisté de son tuteur pour les autres²⁶⁸. Dans certains cas toutefois, l'autorisation du tribunal est parfois requise²⁶⁹. La possibilité de provoquer le partage dépendra donc de la qualification du partage. Cette qualification s'effectuera en tenant compte de la forme du partage à mettre en oeuvre, de la nature des biens à partager et de leur valeur.

L'article 172 C.c.Q. qui accorde les pouvoirs de simple administration au mineur simplement émancipé lui permet, à titre de locataire, de passer des baux d'une durée maximale de trois ans et de donner des biens suivant ses facultés s'il n'entame pas notablement son capital. Dans ce contexte, le mineur simplement émancipé devrait pouvoir provoquer ou participer à un partage provisionnel sans l'assistance de son tuteur. Cet acte, à l'instar de ceux énumérés ci-dessus, relève des actes de simple administration. En effet, le partage provisionnel ne porte pas atteinte au patrimoine et n'a que de faibles conséquences économiques.

L'article 173 al. 1 C.c.Q. établit, pour sa part, que le mineur simplement émancipé doit être assisté de son tuteur pour tout acte qui excède la simple administration. Il faut donc

²⁶⁶ C.c.Q., art. 176.

²⁶⁷ C.c.Q., art. 172.

²⁶⁸ C.c.Q., art. 173.

²⁶⁹ C.c.Q., art. 174.

qualifier le partage définitif. Bien qu'il ne porte pas directement atteinte au patrimoine de l'indivisaire, le partage définitif produit parfois des conséquences économiques néfastes en cas de mauvaise décision. C'est pourquoi, le partage définitif ne peut être considéré, dans tous les cas, comme un simple acte de gestion. Il convient donc d'assurer à ce mineur un minimum de protection lorsqu'il y a danger pour son patrimoine.

Par analogie à l'article 213 al. 1 C.c.Q., pour déterminer le pouvoir requis pour provoquer un partage définitif, il convient distinguer selon la nature du bien et selon sa valeur. Par conséquent, à défaut d'indication contraire, le mineur simplement émancipé, bénéficiant de la simple administration, peut provoquer seul le partage définitif de meubles de faible valeur. Pour les immeubles ou entreprises et les autres biens dont la valeur est plus importante, le mineur simplement émancipé devrait être assisté de son tuteur. Il serait contraire à l'économie générale des règles de protection de ce mineur de conclure qu'il doit être autorisé par le tribunal pour provoquer le partage définitif et ce, dans tous les cas²⁷⁰. Le partage, relevant de l'*abusus* de la propriété²⁷¹, se distingue des actes d'aliénation car il ne fixe que les confins d'une propriété déjà acquise. Bien qu'un mauvais partage puisse présenter des conséquences sur le plan patrimonial, elles ne seront jamais aussi dramatiques qu'une mauvaise aliénation. Dans ce contexte, l'article 174 C.c.Q. prévoyant l'intervention du tribunal pour les aliénations et les prêts ou les emprunts considérables du mineur simplement émancipé, ne s'applique pas au partage définitif d'un immeuble, d'une entreprise ou d'autres biens de valeur significative. Le mineur simplement émancipé serait ici plus protégé que le mineur en tutelle en ce qui concerne les immeubles ou les entreprises de faible valeur²⁷². Pour éviter cela, et distinguer la situation du mineur simplement émancipé de celle du mineur en tutelle, il faut conclure que, pour provoquer un partage définitif d'un immeuble ou d'une entreprise de faible valeur, le mineur simplement émancipé peut agir seul. Si toutefois

²⁷⁰ *contra* G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 816, p. 934; J. BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec*, dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./N.S., *Doctrine-Successions-Documents* 1, no 667, p. 170; Henri PETIT, «La réforme du droit de la copropriété par indivision», (1990) 21 *R.G.D.* 297; Marc-André LAMONTAGNE, «Liquidation et partage des successions», dans *La Réforme du Code civil*, *op. cit.*, note 195, no 159, p. 429.

²⁷¹ Voir *supra*, chapitre préliminaire, section 2, para 1, Aa.

²⁷² C.c.Q., art. 213 al.1.

la valeur du bien, de l'immeuble ou l'entreprise excède vingt-cinq mille dollars (25 000\$)²⁷³, ce qui arrivera souvent en pratique, le mineur devra être assisté. L'autorisation du tribunal ne devrait donc jamais être requise. Seule l'assistance du tuteur, nécessaire pour les actes excédant la simple administration, suffit en la matière pour la sauvegarde des intérêts économiques du mineur.

En tout état de cause, il convient de rappeler que, selon les termes des articles 173 al. 2 et 174 C.c.Q., le mineur qui participe à ou provoque un partage alors qu'une assistance ou une autorisation était requise, ne peut l'annuler ni en réduire les obligations qui en découlent à moins qu'il ne subisse un préjudice.

2. le conseiller à un majeur

Le majeur pourvu d'un conseiller est habituellement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens. Il a toutefois besoin, pour certains actes ou temporairement, d'être assisté ou conseillé dans leur administration²⁷⁴. Le conseiller nommé n'administre cependant pas les biens de ce majeur. Son rôle consiste plutôt à intervenir aux actes pour lesquels il est tenu de lui prêter assistance tels que déterminés par le tribunal²⁷⁵.

Ainsi, le conseiller prêtera assistance au majeur protégé pour un partage si le tribunal a indiqué qu'elle est requise en l'espèce. En cas de silence du tribunal, la capacité de provoquer un partage pour un majeur pourvu d'un conseiller sera la même que celle du mineur simplement émancipé²⁷⁶. À l'instar de ce mineur, le partage provoqué ou subi sans l'assistance du conseiller alors qu'elle était requise, ne peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites, que si le majeur en subit un préjudice²⁷⁷.

²⁷³ Ce seuil est utilisé par analogie avec l'article 213 C.c.Q.

²⁷⁴ C.c.Q., art. 291.

²⁷⁵ C.c.Q., art. 292, 293 al. 1.

²⁷⁶ C.c.Q., art. 293 al. 2.

²⁷⁷ C.c.Q., art. 294.

B. Le concours exceptionnel du conjoint

En matière de séparation de biens ou de société d'acquêts, la capacité ou le pouvoir des époux de provoquer ou de subir un partage définitif ou provisionnel de biens meubles ou immeubles détenus en copropriété ne fait aucun doute²⁷⁸. Ainsi, les époux soumis à ces régimes matrimoniaux peuvent librement provoquer ou subir un partage quelle que soit la forme, la nature et la valeur des biens touchés.

La question est toute autre pour le partage de biens détenus en copropriété par un conjoint en communauté légale ou conventionnelle de meubles et acquêts ainsi qu'en communauté universelle ou à titre universel de biens. Dans ces régimes communautaires, disparus de la loi mais qui se rencontrent parfois encore aujourd'hui, demander ou subir le partage nécessite le concours du conjoint dans certaines circonstances:

«L'époux commun en biens peut provoquer seul le partage de biens à lui échus et qui doivent lui rester propres; mais il ne peut, sans le concours de son conjoint, provoquer le partage des biens à lui échus, qui peuvent tomber dans la communauté, en tout ou en partie.

*Les cohéritiers d'un conjoint commun en biens ne peuvent provoquer le partage définitif des biens qui tombent dans la communauté sans mettre en cause les deux époux.»*²⁷⁹

Cet article vise autant la femme que le mari. Depuis *la Loi concernant les régimes matrimoniaux*,²⁸⁰ les deux conjoints sont traités de la même façon en ce qui concerne l'administration et la disposition de leurs propres. Pour ce qui est des communs détenus en copropriété avec un ou plusieurs tiers, parce qu'il existe des droits concurrents sur ces

²⁷⁸ C.c.Q., art. 461 et, 486.

²⁷⁹ C.c.B.C., art. 692. Cet article continuera d'avoir son utilité pour les époux mariés avant le 2 avril 1981 sous un régime de communauté de biens, légal ou conventionnel, en vertu d'un régime transitoire. (*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q., c. 39, article 66). Selon, G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 259, p. 935, l'article 492 C.c.Q. (nouveau) est inutile pour régler la question du partage d'un bien détenu avec un ou plusieurs tiers.

²⁸⁰ L.Q., 1969, c. 77, art. 40.

biens à l'intérieur même de la communauté, le partage, autant en demande qu'en défense, nécessite le concours des deux conjoints.

SECTION 2- LES FAUX CAS DE DROIT AU PARTAGE

Fidèle à la tradition en matière d'indivision, et probablement aussi pour des raisons d'utilité, le législateur a placé les règles du partage dans le Livre des successions (C.c.Q., art. 836 à 898). Le chapitre de la copropriété par indivision se contente, à quelques exceptions près, d'y référer²⁸¹. Cette organisation ne doit pas faire oublier que le droit au partage est intimement lié à la question d'indivision. En effet, il vise à lui mettre un terme. Or, le Code réfère, à plus d'un endroit, au droit de provoquer le partage sans qu'il soit fait mention en même temps d'indivision ou de copropriété. Ainsi en est-il de dispositions situées en matière de dissolution d'un mariage (§1) et de dispositions situées en matière de dissolution d'une société (§2).

§1. FAUX CAS EN MATIÈRE DE DISSOLUTION D'UN MARIAGE

À la lecture du *Code civil du Québec*, de la doctrine et de la jurisprudence en matière matrimoniale, il n'est pas évident que le partage dont il est question soit un partage de biens tenus en indivision. Les dispositions sur le patrimoine familial (A) et certaines dispositions situées dans les régimes matrimoniaux (B) en témoignent.

A. Le partage du patrimoine familial

Le mariage emporte la formation d'un patrimoine familial composé de biens spécifiques²⁸². La propriété, ou tout autre titre que peut revendiquer l'un des époux dans

²⁸¹ C.c.Q., art. 1037.

²⁸² C.c.Q., art. 415.

ces derniers, n'est pas prise en considération²⁸³. Comme les dispositions en la matière sont d'ordre public²⁸⁴, les conjoints de droit ne peuvent y renoncer, sauf dans un cadre strict favorisant leur protection²⁸⁵. Ces dispositions visent à préserver une certaine égalité économique entre les époux en cas de dissolution du mariage. À cet égard, l'article 416 al.1 C.c.Q. prévoit:

«En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas.»

La doctrine comme la jurisprudence se basent sur le libellé des articles du Code, notamment de cet article 416 C.c.Q., pour conclure que le patrimoine familial ne confère aucun droit réel au conjoint. Ce dernier détient plutôt, en vertu de l'article 416 al.1 C.c.Q., un droit de créance²⁸⁶. Le véritable propriétaire des biens qui composent le patrimoine familial, conserve, quant à lui, son droit ainsi que la faculté de s'en départir²⁸⁷. Ses biens ne sont donc pas frappés d'indisponibilité du fait de la créance éventuelle de son conjoint²⁸⁸. Ceci étant, l'utilisation du mot «partage» par le Code aux

²⁸³ C.c.Q., art. 414.

²⁸⁴ C.c.Q., art. 391.

²⁸⁵ C.c.Q., art. 423 et 424.

²⁸⁶ Voir entre autres sur cette question: *Droit de la famille-977* [1991] R.D.I. 346 (C.A.); *Compagnie d'assurances Combined d'Amérique c. Thiffault*, J.E. 92-1144 (C.Q.); *Droit de la famille-1515*, J.E. 92-211 (C.A.); *Droit de la famille-1689*, [1992] R.D.F. 666 (C.S.); *Droit de la famille-1798*, [1993] R.D.F. 212 (C.S.); *Droit de la famille-1809*, [1993] R.J.Q. 1522 (C.S.); *Droit de la famille-1982*, [1994] R.D.F. 350 (C.S.); J. BEAULNE, «Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession: droits irréconciliables?», (1989) 20 *R.G.D.* 675; Marc BOUDREAU, «Le patrimoine familial: principes et commentaires», (1990) 21 *R.G.D.* 447; Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Conflits matrimoniaux et partage des biens», (1990) 2 *C. P. du N.* 303, M. CANTIN-CUMY, *loc. cit.*, note 10, P. 327 (en note).

²⁸⁷ Sous réserve des articles 401 et suiv. ainsi que 421 C.c.Q.

²⁸⁸ *Droit de la famille-977*, précitée, note 286; J. BEAULNE, «Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession: droits irréconciliables?», *loc. cit.*, note 286, 675. Selon cet auteur, la créance familiale représente une forme de réserve puisque dans le contexte des successions, le défunt ne peut disposer librement d'une partie de ces biens, en valeur du moins.

articles 416, 419 et 420 par exemples, est inadéquate. Les dispositions sur le patrimoine familial, ne font état, par ailleurs, que d'un partage en valeur. Il ne s'agit en aucun cas du fameux partage de biens tenus en indivision par des copropriétaires.

Par ailleurs, considérer le patrimoine familial comme un patrimoine distinct dont la valeur serait fictivement en indivision ne résout rien. Cette hypothèse a été rejetée par la jurisprudence sous prétexte qu'elle encourage la fraude et l'insécurité en ce qui concerne la responsabilité économique du patrimoine à l'égard des créanciers²⁸⁹. Cette piste mérite pourtant d'être étudiée plus profondément pour certains de ses aspects. En effet, reconnaître une affectation en la matière ne signifie pas nécessairement qu'il y a un transfert des biens dans un autre patrimoine pour les soustraire à l'emprise des créanciers mais plutôt de reconnaître qu'il existe, à leur égard, une affectation particulière déjà reconnue au Code²⁹⁰. Cette question n'influence toutefois pas la nature des droits exercés²⁹¹, c'est pourquoi elle ne sera pas analysée plus profondément ici.

Comme il est impossible de voir dans le patrimoine familial l'existence d'une indivision quant aux biens ou quant à leur valeur, le partage, à l'égard de l'un ou de l'autre, n'existe pas. L'opération que le Code qualifie de partage aux articles 416 et suiv. C.c.Q., ne constitue, en réalité, que l'acquittement d'une obligation personnelle. L'établissement de la valeur du patrimoine familial ne vise, en effet, qu'à découvrir l'existence ou non d'un déséquilibre économique entre les conjoints au chapitre des biens qu'ils détiennent respectivement; déséquilibre qui sera éventuellement compensé par un paiement en numéraire ou par une dation en paiement. Le texte de l'article 419 C.c.Q. est d'ailleurs en ce sens:

«L'exécution du partage du patrimoine familial a lieu en numéraire ou par dation en paiement.

Si l'exécution du partage a lieu par dation en paiement, les époux

²⁸⁹ *Droit de la famille-977*, précitée, note 286.

²⁹⁰ C.c.Q., art. 415 et 416.

²⁹¹ Robert GARRON, «Influence de la destination sur le régime juridique des droits», *Recueil Dalloz Sirey*, 1965, chron., no 5, p. 192; L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 32, no 1778, p. 919.

peuvent convenir de transférer la propriété d'autres biens que ceux du patrimoine familial.»

Cet article 419, et l'article 420 C.c.Q., contiennent d'autres arguments militant contre la présence d'une indivision; et partant, contre l'existence d'un partage au sens strict du terme. En effet, ces articles laissent sous-entendre qu'il y aura transfert, lorsqu'il existe un déséquilibre économique entre les conjoints. Ce transfert, inexistant dans le cas contraire, ne peut viser que des biens qui n'appartenaient pas auparavant au conjoint bénéficiaire. L'arrêt *Droit de la famille-977*, le confirme. Le juge écrit, en *obiter*, à propos de l'article 420 C.c.Q. (ancien article 462.7 C.c.Q.):

«Certes le partage du patrimoine familial peut permettre de conférer un droit de propriété sur certains biens, notamment sur la résidence familiale. Toutefois, ce droit de propriété résulte soit de l'entente des parties, soit d'une attribution judiciaire qui est faite au moment du partage. L'article 462.7 du C.c.Q. le permet, en effet. Il autorise le Tribunal à «attribuer» certains biens à l'un des époux. En posant ce geste, le Tribunal ne reconnaît pas un droit de propriété antérieur qu'il sanctionnerait ainsi rétroactivement: il le crée. Le jugement me semble être constitutif et non déclaratif de propriété.»²⁹²

En conclusion, il résulte de ce qui précède que l'emploi du terme «partage» en matière de dissolution du patrimoine familial est inexacte²⁹³. Le mécanisme mis en place par le Code ne sert qu'à contrebalancer, par un paiement en numéraire ou par dation en paiement, un déséquilibre éventuel dans la situation économique des époux. L'expression «partage du patrimoine familial» doit donc être comprise dans ce sens. Autrement, elle est erronée.

²⁹² *Droit de la famille-977*, précitée, note 286, 351.

²⁹³ Les biens indivis se qualifiant pour le patrimoine familial entrent dans le calcul de celui-ci. *Droit de la famille-1507*, [1995] R.D.F 190 (C.A.); *Droit de la famille-1208*, [1993] R.D.F. 32 (C.S); *Droit de la famille-1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.). Jean-Pierre SENÉCAL, «La copropriété indivise entre conjoints», (1989) 3 *C.P. du N.* 45.

B. Le partage des biens au terme d'un régime matrimonial

Les régimes matrimoniaux prévus au *Code civil du Québec* ne créent pas d'indivision (a). Il en va cependant autrement pour l'ancien régime de la communauté de biens qui concerne encore certains époux (b).

a. Les régimes matrimoniaux prévus au Code civil du Québec

Le *Code civil du Québec* ne contient plus que deux formes de régimes matrimoniaux: la société d'acquêts, qui constitue un régime communautaire d'organisation des relations matrimoniales entre les époux, et la séparation de bien, régime plus individualiste.

1. la société d'acquêts

Les époux qui, avant la célébration du mariage, n'ont pas fixé leur régime matrimonial par contrat, sont soumis au régime et aux dispositions du régime de la société d'acquêts²⁹⁴. Ce régime peut aussi être choisi, avec ou sans modifications, par convention²⁹⁵.

Dans le régime de la société d'acquêts, chaque conjoint possède deux masses de biens: les propres et les acquêts²⁹⁶. À la dissolution du régime, une fois le règlement des récompenses effectué:

«(...) on établit la valeur nette de la masse des acquêts et cette valeur est partagée, par moitié, entre les époux. L'époux titulaire du patrimoine peut payer à son conjoint la part qui lui revient en numéraire ou par dation en paiement.»²⁹⁷

²⁹⁴ C.c.Q., art. 432.

²⁹⁵ C.c.Q., art. 433.

²⁹⁶ C.c.Q., art. 449, 450.

²⁹⁷ C.c.Q., art. 481.

Les conjoints conservent par ailleurs toujours leurs propres sans restriction aucune. La moitié des acquêts peut, quant à elle, servir à désintéresser l'autre conjoint. Tout comme dans le cas du patrimoine familial, il s'agit du paiement d'une valeur. Les acquêts de chacun des conjoints ne sont pas détenus en copropriété par eux²⁹⁸. Partant et pour les mêmes raisons invoquées en matière de patrimoine familial, l'opération décrite par le Code ne constitue pas un partage au sens strict. Il existe, dans ce cas, transfert de valeurs ou de biens d'un patrimoine à un autre et non pas reconnaissance d'un droit préexistant²⁹⁹.

Ainsi, à sa naissance comme à sa dissolution, le régime matrimonial de la société d'acquêts ne crée pas de copropriété entre les époux et partant, ne peut donner ouverture au partage; sauf dans un cas, celui prévu par la présomption d'indivision de l'article 467 C.c.Q. Cet article, interprété *a contrario*, confirme par ailleurs que les deux catégories de biens, propres et acquêts, appartiennent exclusivement, en principe, à chacun des époux:

«Le bien qu'un époux ne peut prouver lui être exclusivement propre ou acquêt est présumé appartenir au deux indivisément, à chacun pour moitié.»

2. la séparation de biens

Le régime matrimonial de la séparation de biens écarte d'emblée toute nécessité de partage puisqu'il n'y est pas question d'indivision. S'ils sont mariés sous le régime

²⁹⁸ P. CIOTOLA et N. GAGNON, *loc. cit.*, note 286, 374.

²⁹⁹ En raison de leur destination, certains biens spécifiques pourront dans certains cas être utilisés pour désintéresser le conjoint prioritairement à d'autres. C'est ce que prévoit l'article 482 C.c.Q. : «*Si la dissolution du régime résulte du décès ou de l'absence de l'époux titulaire du patrimoine, son conjoint peut exiger qu'on lui donne en paiement, moyennant, s'il y a lieu, une soulte payable au comptant ou par versements, la résidence familiale et les meubles qui servent à l'usage du ménage ou tout autre bien à caractère familial pour autant qu'ils fussent des acquêts ou des biens faisant partie du patrimoine familial. al. 2: À défaut d'accord sur le paiement de la soulte, le tribunal en fixe les modalités de garantie et de paiement.*» Pas plus que les autres biens, ces biens ne doivent être considérés comme indivis. L'article utilise d'ailleurs le mot «paiement». Il ne saurait donc être question de partage pour eux.

matrimonial de la séparation de biens, chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens³⁰⁰.

Cependant, comme il arrive parfois qu'il soit difficile de prouver à quel des époux appartient un bien, l'article 487 C.c.Q. prévoit une présomption de copropriété:

«Le bien sur lequel aucun des époux ne peut justifier de son droit exclusif de propriété est présumé appartenir aux deux époux indivisément, à chacun pour moitié.»

Il devient donc alors possible de parler de partage dans ce cas particulier. L'indivision tenant à la copropriété du ou des biens ne résulte cependant pas du régime matrimonial mais plutôt d'une disposition de la loi. En l'absence de convention ou de disposition à l'effet contraire, cette indivision est soumise quant à son fonctionnement, son administration, etc., aux articles 1012 à 1037 C.c.Q.

b. L'ancien régime matrimonial de la communauté de biens

Bien qu'elles soient abrogées depuis 1980, les dispositions relatives à la communauté légale³⁰¹ ou conventionnelle de biens survivent en raison d'un régime transitoire pour les époux mariés avant le 2 avril 1981, mais sous réserve des dispositions impératives de la loi³⁰². Toutefois, lorsqu'il est nécessaire de suppléer à une convention, les règles de la société d'acquêts s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires. De même, les époux mariés sous l'ancien régime de la communauté légale peuvent invoquer les règles de la dissolution et de la liquidation du régime de la société d'acquêt lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les règles de leur régime matrimonial³⁰³.

³⁰⁰ C.c.Q., art. 486.

³⁰¹ La communauté de meubles et acquêts était le régime légal jusqu'au 1er juillet 1970. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q., 1969, c. 77.

³⁰² *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 66.

³⁰³ C.c.Q., art. 492.

La communauté de biens est le seul régime matrimonial qui donne naissance à une copropriété³⁰⁴. Le célèbre arrêt *Sura c. M.N.R.* illustre ce fait tout en faisant ressortir une particularité en l'espèce. L'appelant dans cette affaire, marié avant le 1er juillet 1970 sans contrat de mariage, était domicilié au Québec au moment de son mariage. Par conséquent, le régime légal de la communauté de biens régissait les époux. Il n'était pas contesté ici que le revenu des biens communs constituait un actif de la communauté. La question en litige consistait plutôt à déterminer si le revenu de la communauté était le revenu seul du mari, ou si ce revenu était, pour moitié, le revenu du mari et, pour moitié, le revenu de la femme.

Après avoir affirmé qu'il existe une copropriété des biens entre les époux pendant le mariage, le juge Tachereau, qui écrit au nom de ses collègues, nuance:

«Ce régime de communauté assure la prépondérance du mari dans l'administration des biens. Comme conséquence de la volonté du législateur (art. 1292), le mari seul administre les biens de la communauté. (...).

(...) Lui seul peut disposer de ces revenus, lui seul en a la jouissance sans restrictions, et rien ne peut sortir du fonds commun à moins que ce ne soit comme résultat de l'expression de sa seule volonté. Il reçoit pour lui, et nullement comme mandataire ou fiduciaire pour le bénéfice de son épouse. Cette dernière ne retire aucun revenu, et son bénéfice consiste dans l'augmentation des biens communs dont elle est copropriétaire et dans lesquels elle a un droit éventuel au partage futur.»³⁰⁵

³⁰⁴ *Droit de la famille-2491*, [1996] R.D.F. 632 (C.S.); L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 158, p. 389; Henri CAPITANT, «De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux», (1929) 49 *Rev. crit. légis. et juris.*, p. 41; P. CIOTOLA et N. GAGNON, *loc. cit.*, note 286, 334; Donald RIENDEAU, *Le partage déclaratif dans la province de Québec*, mémoire de D.E.S., Université de Montréal, 1966, p. 49; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 543, p. 348. Contra G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 886, p. 997; Roger COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 36.

³⁰⁵ *Sura c. M.N.R.*, [1962] R.C.S. 65, 69. Voir aussi *M.N.R. c. Simon*, [1977] 2 R.C.S. 812; *Pesant c. Robin*, (1918) 58 R.C.S. 96, 105.

Plus loin il continue:

«S'il en était autrement, et si la femme n'était pas copropriétaire des biens communs, elle aurait à payer, lors de la dissolution de la communauté, des droits de succession, car il s'agirait alors d'une transmission de biens lui venant de son mari. Mais il n'en n'est pas ainsi, car il n'y a pas de transmission mais un partage, où elle prend la part qui lui revient et qui lui appartient depuis le mariage. Ce qu'elle reçoit ne provient pas du patrimoine de son époux.»³⁰⁶

Comme il existe ici une copropriété de biens, il est possible de parler de partage. Les textes cités provenant de cette décision ne laissent aucun doute. Il n'en demeure pas moins que l'indivision pendant la durée du régime n'obéit pas aux mêmes règles d'organisation que celle apparaissant à sa dissolution. Tout d'abord, le droit de provoquer le partage ne semble pas posséder la même portée et les indivisaires ne semblent pas détenir les mêmes droits et les mêmes pouvoirs sur les biens³⁰⁷. Cette différence, s'il en est une, se justifie par l'existence d'une affectation des biens. Ils demeurent, certes, la propriété des époux mais leur affectation dicte des règles particulières quant à leur détention, leur administration et leur liquidation³⁰⁸. La fin de la communauté ne change pas la nature du droit de propriété sur les biens tenus en indivision, elle ne met fin qu'à l'affectation des biens. C'est ce qui explique cette

³⁰⁶ *Sura c. M.N.R.*, précitée, note 305, 71. Ceci n'empêcha pas la Cour de conclure que le revenu de la communauté devait être imposé entièrement entre les mains du mari:

« Je dois dire que je suis d'accord avec M. Fisher de la Commission d'Appel de l'impôt sur le Revenu, quand il dit qu'il y a copropriété des biens communs, mais je ne puis accepter sa conclusion que l'impôt doit être divisé. Admettre cette opinion, ce serait dire que la femme a un «gain annuel», personnel au sens de la loi de l'impôt, ce qui n'existe certainement pas; ce serait dire également qu'elle a un «revenu imposable» pour chaque année et que, évidemment, elle ne pourrait pas payer. Seul le mari peut payer à même les biens de la communauté, et il est interdit à la femme de le faire. La communauté n'est pas taxée, et d'ailleurs elle ne peut l'être, car elle n'est pas une personne juridique.» (p. 73)

³⁰⁷ H. CAPITANT, «De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux», *loc. cit.*, note 304, 71; Dans une moindre mesure: D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, pp. 48-49; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 158, p. 389.

³⁰⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 714. Ces auteurs parlent d'une certaine autonomie de la masse de biens composant la communauté. Cette masse de biens n'engendre pas une personne morale et n'empêche pas les biens d'être la copropriété des conjoints.

apparente «distinction» entre l'indivision pendant l'existence du régime matrimonial et celle après.

Ainsi, comme la communauté de biens est une véritable copropriété, les règles des articles 1012 et suiv. C.c.Q. s'appliquent à elle à moins d'une incompatibilité avec les règles du régime de la société d'acquêts. Les règles du chapitre sur la copropriété par indivision sont, pour la plupart, des dispositions supplétives qui ne s'appliquent pas en présence d'une stipulation contraire ou en présence d'une disposition de la loi à l'effet contraire.

§2. FAUX CAS EN MATIÈRE DE DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ

Pendant sa durée, les biens qu'une société utilise ou acquiert appartiennent à la société³⁰⁹. Tant que la société dure, il n'est pas question de copropriété ou d'indivision. Lorsque la société prend fin, il en va autrement. En effet, la dissolution d'une société emporte généralement la création d'une indivision post-sociétaire entre les ex-associés. Le Code, par une fiction, retarde cependant le moment où elle apparaît (A). L'indivision post-sociétaire ne naît qu'avec le dépôt d'un avis de clôture de la liquidation de la société (B).

³⁰⁹ C.c.Q., art. 2199 et 2249; C.c.B.C., art. 1839 et 1841. *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc.*, C.S. Québec, no 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, B.D.I. 97-107; *Lévesque c. M.F.Q.-Vie* [1996] R.J.Q.1701 (C.S.). Il est reconnu depuis plus de 100 ans que les biens d'une société lui appartiennent. L'affaire *Ville de Québec c. Les Immeubles Allard Ltée* [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) pourrait cependant laisser entendre le contraire. Cette décision qui a été rendue en vertu du *Code civil du Bas-Canada* utilise une conception dépassée du patrimoine qui n'a plus cours aujourd'hui en raison de l'article 2 C.c.Q. De plus, dans cette affaire la controverse portait davantage sur la façon d'expliquer le patrimoine de la société que sur l'existence de celui-ci. Voir sur cette question: Charline BOUCHARD, «La société en nom collectif: personne morale, patrimoine distinct ou patrimoine d'affectation?» *Journal Entracte*, vol 6, no 6, 15 juin 1997, p. 11.

A. L'absence d'indivision durant la période de liquidation

Les règles sur le processus de la liquidation des sociétés retardent le moment où l'indivision post-sociétaire apparaît pour les tiers. En effet, l'article 357 C.c.Q., qui doit être adapté aux autres formes de société³¹⁰, dispose que:

«La personnalité juridique de la personne morale subsiste aux fins de la liquidation.»

Les formalités de publicité qui entourent le processus de dissolution et les sanctions qui s'y rattachent³¹¹ démontrent à quel point la protection des tiers est importante lorsqu'il est mis fin à une société. C'est pourquoi le Code, par cet article 357 C.c.Q., prolonge la durée de la séparation du patrimoine ou de la personnalité morale. Tant que le processus de liquidation n'est pas achevé, la société reste propriétaire des biens³¹². À l'égard de ceux-ci, il n'existe pas de prétentions concurrentes; et partant, de velléité au partage. Tant que la société n'a pas pris officiellement fin, les associés ne détiennent qu'un droit de créance. Ce n'est qu'au moment du dépôt de l'avis de clôture de la liquidation que l'indivision apparaîtra³¹³. Entre temps, les règles de dissolution des sociétés écartent toute idée de partage pour ne conserver que celle de paiement.

B. L'indivision post-sociétaire

Il est difficile de nier qu'il existe partage des biens à la dissolution d'une société et ce, peu importe sa forme³¹⁴. Dès que disparaît la personnalité morale ou encore l'autonomie patrimoniale pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en

³¹⁰ L'article 357 C.c.Q. ne s'applique pas aux sociétés en participation car l'apport n'y est pas translatif de propriété (C.c.Q., art. 2252).

³¹¹ C.c.Q., art. 358, 359.

³¹² C.c.Q., art. 2199, 2238.

³¹³ C.c.Q., art. 361, 364, 2235.

³¹⁴ La société en participation constitue la seule exception car chaque associé demeure propriétaire de son apport. C.c.Q., art. 2252.

commandite³¹⁵, les anciens associés exercent une même prétention sur les biens qui n'ont pas été répartis entre eux³¹⁶. Il est donc possible ici de parler de partage. À cet égard, l'article 361 al. 1 et 2 C.c.Q. établit que:

« Le liquidateur procède au paiement des dettes, puis au remboursement des apports.

Il (le liquidateur) procède ensuite, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, au partage de l'actif entre les membres, en proportion de leurs droits ou, autrement, en parts égales; il suit, au besoin, les règles relatives au partage d'un bien indivis. S'il subsiste un reliquat, il est dévolu à l'État.»

Les règles du partage des indivisions successorales s'appliquent donc lorsqu'il s'agit de mettre un terme aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite³¹⁷. Les *Commentaires du Ministre de la Justice* sous l'article 361 C.c.Q. abondent en ce sens³¹⁸. Ceci vaut également pour la dissolution d'une société en participation. D'autant plus qu'il y est admis que l'indivision cohabite parfois avec la société³¹⁹. L'article 2265 al. 1 C.c.Q. prévoit toutefois une particularité quant au processus de désintéressement des associés en ce qui les concerne:

«L'associé a le droit d'obtenir la restitution des biens correspondant à la part dont il a la propriété, et d'exiger l'attribution, en nature ou par équivalent, des biens dont il a la propriété indivise dans la société, au moment où le contrat prend fin.»

Il résulte donc de ce qui précède qu'il existe véritablement une indivision post-sociétaire donnant ouverture au droit de provoquer le partage en matière de société. Par conséquent, les règles des articles 1012 et suiv. C.c.Q. seront applicables entre les

³¹⁵ C.c.Q., art. 2235 et 2249.

³¹⁶ *Lauzon c. Lariche*, (1914) 46 C.S. 378; C. SAINT-ALARY-HOUDIN, *loc. cit.*, note 41, no 39, p. 671.

³¹⁷ C.c.Q., art. 849 et suiv.

³¹⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, article 361.

³¹⁹ C.c.Q., 2250, 2252.

associés à compter de l'avis de clôture de la liquidation de la société³²⁰. La dissolution de la société entraîne la disparition de ce qui la distinguait de l'indivision, soit l'affectation spécifique des biens pour la poursuite d'une activité. Il n'est donc pas étonnant de retrouver en matière de société un processus pour accéder à la propriété individuelle analogue à celui de la copropriété.

³²⁰ C.c.Q., art. 2233 al.1.

CHAPITRE 2- LE DROIT AU PARTAGE EN REGARD DE LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»

En matière de copropriété, aucune maxime n'est aussi célèbre que la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» (section 1). Longtemps associée au partage, cette règle s'en distingue néanmoins. En effet, le partage n'est qu'un moyen parmi d'autres d'assurer le respect de cette règle qui signifie simplement que la modalité de copropriété n'a pas vocation à la perpétuité (section 2).

SECTION 1- LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»

En période favorisant l'individualisme, les indivisaires retrouvent un désir plus fort d'exercer la propriété de façon exclusive et absolue. La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision», qui permet de mettre fin à la copropriété, prend alors une grande importance. L'importance qu'elle avait lors de la codification a hanté et a nui au développement de la copropriété. La méfiance qui entourait cette institution à cette époque en est la grande responsable (§1). Peu d'auteurs se sont par ailleurs arrêtés à l'analyse juridique de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision». Il importe de combler cette lacune (§2). Cet exercice permettra de mieux expliquer par la suite les conséquences qu'elle entraîne sur la durée de la modalité.

§1. BREF HISTORIQUE DE LA RÈGLE

Le droit de mettre un terme à l'indivision, principalement par le partage, a connu une importance variable suivant les époques. Aux époques plus individualistes, la propriété exclusive et absolue est idéalisée; en périodes plus difficiles, l'indivision est plus volontiers maintenue. L'exposé des origines de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» le démontre (A). La codification de cette dernière a cristallisé un large droit de mettre un terme à l'indivision qui s'est cependant atténué avec les réformes récentes (B).

A. Les origines de la règle

Le droit de mettre un terme à l'indivision par le partage se rencontrait en droit romain (a)³²¹. Il se retrouvait également, mais de façon plus nuancée, au Moyen Âge (b).

a. Le droit de demander le partage en droit romain

En droit romain antique, les informations sur le droit de mettre un terme à l'indivision par voie de partage sont rares. Elles résultent surtout d'une interprétation du mode de vie des gens de cette époque. La Loi des XII Tables permet cependant d'en connaître plus sur le droit de provoquer le partage et sur la façon de l'exercer.

1. jusqu'à la loi des XII Tables

Le partage, malgré le peu d'informations disponibles sur le sujet, ne devait intervenir que rarement et de façon amiable en droit romain antique³²². Des facteurs religieux, moraux, psychologiques et économiques favorisaient cette pratique. «L'étroitesse des parcelles familiales, la nécessité d'une main d'oeuvre abondante à une époque où

³²¹ Pour les raisons invoquées lors de l'étude de la notion de copropriété, l'étude de l'historique du droit de provoquer le partage débute avec l'étude du droit romain. Voir *infra*, chapitre préliminaire, section 1, para 2.

³²² Robert VILLERS, *Droit romain et Ancien droit français: les obligations*, 3e éd., par A.E. Giffard, Paris, Dalloz, 1970, p. 54; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 22.

l'esclavage était rare, se conjuguèrent pour maintenir le statu quo.»³²³ Il semble donc que ce n'est que postérieurement que le droit de mettre un terme à l'indivision par un partage aurait pris de l'ampleur.

2. à partir de la Loi des XII Tables

Selon un passage de Gaius inséré au Digeste, la première manifestation écrite du droit de demander le partage remonterait à la Loi des XII Tables³²⁴. Le terme *ercto non cito* qui y est utilisé, désignant le *consortium* qui se forme à la mort du chef de famille, souligne l'étroite relation entre l'indivision et le partage:

«(...) Jadis, en effet, il existait, à la mort du chef de famille, entre héritiers internes, une sorte de société à la fois légale et naturelle qui s'appelait *ercto non cito*, c'est-à-dire propriété indivise. *Erctum* signifie en effet propriété: d'où vient le mot *erus* pour désigner le propriétaire; *ciere* veut dire diviser; c'est pourquoi nous employons aussi à cet égard partager et diviser.»³²⁵

Le partage s'effectuait, à l'époque de la Loi des XII Tables, par simple pacte, lorsque les copropriétaires s'entendaient. Dans le cas contraire, il était soumis à un *arbiter* et constituait une sorte de contrat judiciaire³²⁶. L'*arbiter* ne possédait, au début, que le

³²³ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 10, p. 24. Voir aussi FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, note 68, pp.63- 64; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.3, *op. cit.*, note 85, pp.358-359.

³²⁴ D.X.2. fam. ercisc., 1: «*Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; (...)*» traduction: «Cette action descend de la Loi des douze tables.» H. HULOT, *Les 50 livres du Digeste ou des Pandectes de L'Empereur Justinien*, t. 2, Metz, Behmer et Lamort, 1804, p. 69. Voir aussi: J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 22-23; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, pp.549-550; Adrien AUDIBERT, «L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo», dans *Mélanges Charles Appleton*, Annales de l'Université de Lyon, n. s., fasc.13, Paris, Rousseau, 1903, p. 6.

³²⁵ Gaius, I, Inst. III, § 154: «*Ercto non cito, id dominio non diviso erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividerer est unde caedere et secare dicimus.*» Traduction française de Julien REINACH, *Gaius Institutes*, coll. Université de France, Paris, Soc. d'éditions Les Belles Lettres, 1950, p. 122. L'association entre l'indivision et le partage basée sur ce texte a également été adoptée par F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 11, p. 24; A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 7 note 4.

³²⁶ M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, p. 7; A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 7; J.

droit de partager les biens³²⁷. Il disposait, pour ce faire, des pouvoirs d'adjuger et de condamner qui étaient inséparables pour fins de partage³²⁸.

Cette façon de mettre un terme à l'indivision prit davantage d'importance à l'époque classique, époque individualiste du droit romain, s'il en est une. Le partage était alors susceptible de prendre trois formes: le partage conventionnel ou amiable, le partage opéré par un tiers et le partage judiciaire. Le partage conventionnel et le partage opéré par un tiers³²⁹ prenaient la forme d'un contrat innommé³³⁰ qui ne pouvait faire naître, à lui seul, une action. Pour lui conférer une force exécutoire, les parties devaient lui donner la forme d'une ou plusieurs stipulations ou encore, lui joindre des clauses pénales. Ce partage était sujet à un impôt et faisait l'objet d'une inscription au livre foncier³³¹.

Les renseignements sont plus nombreux sur le partage judiciaire de la même époque. Ce dernier s'utilisait lorsqu'un partage amiable ne pouvait être opéré ou encore lorsque les parties décidaient de s'y soumettre volontairement. Celui-ci ne se provoquait, du moins à ses débuts, qu'au moyen de l'action *familiae erciscundae*. L'apparition de nouveaux groupements issus de l'évolution sociale et économique³³², contribua toutefois à la création, aux côtés de cette action, de l'action *communi dividundo*³³³. Cette dernière

GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 25.

³²⁷ A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 5; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 309.

³²⁸ E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 278; A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 10.

³²⁹ Il pouvait arriver que les parents dans un testament ou dans un contrat de mariage opèrent le partage de leurs biens. Il était aussi possible de retrouver dans des actes créant l'indivision des dispositions sur le partage. Voir J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 389-390.

³³⁰ *Id.*, pp. 384 à 389; CHAMPIONNIERE, «Étude historique sur l'article 883 du Code civil», *Revue de législation*, 1838, p. 412.

³³¹ J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 37, p. 388.

³³² *Id.*, p. 38. Selon un autre auteur, l'action *communi dividundo* a été introduite quand les sociétés financières commencèrent à se développer. Elle était alors considérée comme le complément indispensable de l'action *pro socio*. E. CUQ, *op. cit.*, note 75, pp. 549-550.

³³³ Il est impossible d'apposer une date à la création de cette dernière action mais il est admis qu'elle

a permis de remédier au trop grand formalisme de l'action *familiae erciscundae* réservée qu'aux partages d'indivisions successorales³³⁴ et ne pouvant être exercée qu'une seule fois. La flexibilité de l'action *communi dividundo* permettait d'utiliser le partage non seulement pour un seul bien mais aussi pour un ensemble de biens³³⁵, peu importe l'origine de l'indivision. De ce fait, elle constituait, en droit romain classique, l'action résiduaire en partage³³⁶.

existait à la seconde moitié du IIe s. av. J.-C. A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 6; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 37, p. 38.

³³⁴ D, X, 2, 1,1, «(...) namque coheredibus volentibus a communione discere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fait Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est.» traduction : «(...) car lorsque des cohéritiers veulent cesser d'être en commun, il a fallu établir une action pour régler la manière dont ils partageraient la succession entr'eux. Cette action appartient de plein droit à tout cohéritier, même à celui qui ne possède pas sa portion. Si cependant celui qui possède la succession, nie que celui qui forme sa demande en partage, soit son cohéritier, il peut l'exclure en lui opposant pour exception, que la demande qu'il forme porte préjudice à la question sur son titre d'héritier, qui doit être décidée auparavant. Cette exception ne peut pas être opposée à celui qui possède la succession, quand même celui qui forme la demande en partage nierait qu'il fût son cohéritier parce qu'alors le juge devant qui se forme la demande en partage a droit de connaître de la qualité d'héritier contestée du possesseur. En effet, s'il n'est pas cohéritier, il ne peut demander ni qu'on lui adjuge quelque chose, ni que son adversaire soit condamné envers lui.» Henri HULOT, *Les 50 Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t.2, *op. cit.*, note 324, pp. 69 et 70.

³³⁵ J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 37, p. 383; A. AUDIBERT, *loc. cit.*, note 324, p. 13.

³³⁶ Adrien AUDIBERT, «Nouvelle étude sur la formule des actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo*», *R.H.D.*, 1904, p. 430

En tout état de cause, le partage ne donnait pas lieu, à l'époque classique, à un procès (*lis*) mais plutôt à un *jurgium*. Le *jurgium* était, en quelque sorte, des débats qui présentaient un caractère amiable³³⁷. Ces débats ne portaient pas sur le point de savoir si les parties étaient copropriétaires ou non mais plutôt sur la façon de procéder au partage des biens³³⁸. Le juge nommé était, en fait, un arbitre. Il possédait d'ailleurs une grande liberté et un pouvoir très large dans la confection des lots³³⁹. L'égalité du partage et le souci de satisfaire le plus possible les exigences de chacun constituaient ses principales règles de conduite³⁴⁰. Le juge pouvait donc procéder à un partage en nature en lots égaux, compenser les inégalités par des soultes, ou encore attribuer l'ensemble des biens à un seul indivisaire qui devait, en contrepartie, indemniser ses copropriétaires³⁴¹.

Dans tous les cas, l'indivision était maintenue tant qu'une demande en partage n'était pas formulée. L'identité du demandeur importait peu. Il suffisait qu'il soit indivisaire³⁴². En effet, qu'il soit amiable, judiciaire ou opéré par un tiers, le partage ne pouvait être exigé que par un copropriétaire³⁴³.

³³⁷ A. AUDIBERT, «L'évolution de la formule des actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo*», *loc. cit.*, note 324, p. 7; GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 303-304.

³³⁸ D, X, 2, 1, 1, *op. cit.*, note 334.

³³⁹ Le juge, bien avant le II^e siècle ap. J.-C., paraît déjà avoir les pouvoirs très larges qui appartiennent au juge d'une action de bonne foi. A. AUDIBERT, «Nouvelle étude sur la formule des actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo*», *loc. cit.*, note 336, p. 409; P.-F. GIRARD, *op. cit.*, note 39, p. 669; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 505.

³⁴⁰ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.3, *op. cit.*, note 85, pp. 358-359; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, pp. 391-392. Il convient par ailleurs de rappeler que l'action *familiae erciscundae*, contrairement à l'action *communi dividundo*, ne peut donner lieu qu'à un partage total.

³⁴¹ P.-F. GIRARD, *op. cit.*, note 39, p. 669; G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 98, no 29, p. 22; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 301; A. AUDIBERT, «Nouvelle étude sur la formule des actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo*», *loc. cit.*, note 336, p. 404.

³⁴² C. III, XXXVII, comm. div., 5.

³⁴³ E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 549.

Il faut attendre le Code justinien, toutefois, pour obtenir une version du droit au partage se rapprochant de celle insérée dans les codes contemporains. Le livre III, 37, com. div., 5 dispose que³⁴⁴:

*«In communione vel societate nemo compellitur invitatus detineri: quapropter aditus praeses provinciae, ea quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit.»*³⁴⁵

En raison de la classification de l'indivision dans les quasi-contrats par Justinien³⁴⁶, l'action en partage devint, au Bas-Empire, la sanction d'un quasi-contrat³⁴⁷. Elle se présentait comme une action de bonne foi³⁴⁸ et ne tendait plus nécessairement au partage. En outre, sa vocation a été élargie avec le temps. Durant l'indivision, les actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo* purent régler, en dehors de toute question de partage, les rapports entre les indivisaires (*praestationes*)³⁴⁹, ce qui était impossible auparavant. De plus, elles servirent à rembourser les indivisaires qui supportaient seuls les dépenses d'intérêt commun et elles servirent à sauvegarder la participation de tous aux fruits recueillis par quelques uns seulement. Les actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo* s'utilisèrent, enfin, pour empêcher un indivisaire de poser un acte répréhensible pendant l'indivision, par exemple, dégrader le bien³⁵⁰.

³⁴⁴ Une disposition analogue se retrouve au Livre III, 36, fam. ercisc., 1.

³⁴⁵ Il s'agit d'une constitution datant de 294 ap. J.-C. qui dit ceci: «Personne ne peut être forcé de conserver ses biens indivis avec d'autres: c'est pourquoi, le président de la province ordonnera le partage des biens qu'il jugera vous être communs avec votre soeur.» Traduction française de P.-A. TISSOT, *Les douze livres du Code de l'Empereur Justinien*, t.1, 2e éd., Metz, 1807, p. 504.

³⁴⁶ INST., III, 27. Particulièrement le § 5.

³⁴⁷ J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, op. cit., note 37, pp. 419-420; E. CUQ, op. cit., note 75, pp. 552-553.

³⁴⁸ C., III, 36, fam. ercisc., 9; C., III, 38, comm. div., 3. E. CUQ, op. cit., note 75, pp. 552-553; F. DELHAY, op. cit., note 36, no 85, p.140; A. AUDIBERT, «Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo», loc. cit., note 336, p. 412.

³⁴⁹ J. GAUDEMET, op. cit., note 37, pp. 419-420; E. CUQ, op. cit., note 75, p. 253; F. DELHAY, op. cit., note 36, no 85, p.140; R. MONIER, op. cit., note 68, no 268, p. 372.

³⁵⁰ R. MONIER, op. cit., note 68, no 268, p. 372; F. DELHAY, op. cit., note 36, no 85, p.140.

Quoi qu'il en soit, ce n'est que lorsque les parties ne pouvaient s'entendre sur ses modalités ou encore que lorsqu'elles s'y soumettaient volontairement que le partage nécessitait une action. En outre, et comme à l'époque classique, le droit de demander le partage ne pouvait être exclu à perpétuité ni par convention, ni par disposition testamentaire. Il pouvait toutefois être reporté pour un certain temps par une clause laissée à l'appréciation du juge³⁵¹. En aucun cas cependant, les indivisaires n'étaient forcés de le demander.

b. Le droit de demander le partage au Moyen Âge

Le droit de mettre un terme à l'indivision existait également au Moyen Âge. Il présentait, toutefois, un aspect plus nuancé. Le contexte ainsi que les institutions de l'époque le décourageait. À l'instar de la division utilisée pour l'étude de la copropriété, le Moyen Âge se divisera ici en deux périodes: le Haut Moyen Âge et le Bas Moyen Âge.

1. le Haut Moyen Âge

Tel que mentionné au chapitre préliminaire, la chute de l'Empire d'Occident n'entraîna pas la disparition du droit romain. Reconnaisant sa supériorité, les Francs l'ont conservé parallèlement à leur propre droit dans bien des cas. La communauté de vie et la multitude de droits en cause ont toutefois fait en sorte que les Romains (Gallo-Romains) aient accepté peu à peu les coutumes des Barbares et que les Barbares se soient graduellement romanisés.

Bien que les Francs aient accepté le droit romain pour leurs relations d'affaires, ils n'ont pu y sacrifier leurs traditions familiales. Le chef de famille, à la différence du *pater familias* romain, était davantage le gérant de biens familiaux que le propriétaire personnel de biens divers³⁵². Aussi était-il tenu de les transmettre à la génération

³⁵¹ D, X, 3, comm. div., 14, 2.

³⁵² F. OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1945, no 155, p. 60; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 45, pp. 57-58.

suivante et à sa mort, les biens anciennement gérés se répartissaient également entre ses enfants, sous réserve toutefois que, selon la loi salique, seuls les enfants mâles succédaient³⁵³.

La loi burgonde, qualifiée parfois de «loi des partages»³⁵⁴, prévoyait, pour sa part, la possibilité pour le père de famille de partager ses biens entre ses enfants en ne se réservant qu'une part d'enfant³⁵⁵. Il semble, en outre, que la fréquence des partages à cette époque dépendait de la prospérité économique. La prospérité économique favorise en effet un certain individualisme:

«(...) les partages devinrent plus fréquents et plus complets à mesure que la richesse augmenta et que les conditions économiques se modifièrent. Cette transformation est remarquable chez les Burgondes. Non seulement les frères se partagent plus d'une fois l'héritage; mais les fils, du vivant du père, peuvent exiger la division et réduire le père à sa quote-part.»³⁵⁶

Le principe que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» trouvait ainsi une place dans le Haut Moyen Âge. Pourtant, les renseignements disponibles en la matière sont rares, notamment en raison de cette habitude répandue de partager ses biens de façon amiable et de son vivant³⁵⁷.

Quoi qu'il en soit, le partage n'était pas, au Haut Moyen Âge, que l'apanage d'une seule catégorie de personnes. Ce qui était vrai au sein des grandes familles l'était aussi pour

³⁵³ Loi salique, tit. LXII, art. 6: «*De terra salica, nulla portio haereditatis mulieri veniat. Sed ad virilem sexum tota terrae haereditas perveniat.*» A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 33; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.3., *op. cit.*, note 106, p. 11.

³⁵⁴ Citée par G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 35; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 45, pp. 57-58. Cette loi couvrait notamment la partie méridionale de la France actuelle.

³⁵⁵ R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.3, *op. cit.*, note 106, p. 10; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, no 45, pp. 57-58.

³⁵⁶ P. VIOLLET, *op. cit.*, note 103, no 561, p. 607.

³⁵⁷ G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 35; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.3, *op. cit.*, note 106, p. 19; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t.3, *op. cit.*, note 85, no 74, p. 129.

les familles royales. En effet, les princes se partageaient l'héritage royal comme un bien de famille. Les capitulaires de cette époque confirment d'ailleurs le recours fréquent à celui-ci³⁵⁸. Ces partages ne manquèrent pas, toutefois, d'être une source de désordres puisqu'aucun compte n'était tenu du territoire, des races, de la langue etc. Bien souvent, les lots n'étaient même pas d'un seul tenant afin de respecter, autant que possible, l'égalité entre les copartageants. Pourtant, l'égalité respectée au moment du partage ne satisfaisait pas nécessairement les copartageants par la suite. L'histoire démontre que des frères se faisaient parfois la guerre pour accroître leurs lots au détriment des autres. Le conflit qui suivit le partage du royaume de Louis le Pieux entre ses trois fils Lothaire, Louis et Charles en est un exemple.

2. le Bas Moyen Âge

L'effritement du pouvoir politique et l'insécurité qui s'en est suivi entraîna la naissance de liens de dépendance. Les grands propriétaires de l'époque se placèrent sous la protection de puissants seigneurs et reçurent en échange, et moyennant services futurs, un fief³⁵⁹. De cette période couvrant le Xe et le XI siècles peu d'écrits survécurent³⁶⁰. La propriété foncière qui se développa par la suite en fut néanmoins influencée. Dans ce contexte, elle se scinda en alleux, propriétés libres, plus fréquentes dans les pays de droit écrit; et en tenures: fiefs et censives. Les fiefs représentaient une concession à un vassal du domaine utile en échange de la fidélité et de certains services à caractère noble: ost, justice et aide. La concession d'une censive, pour sa part, ne possédait pas de caractère noble³⁶¹. Il ne s'agissait que d'une concession perpétuelle d'une terre moyennant certains services en nature ou en argent.

³⁵⁸ En 768, le royaume a été partagé entre les fils de Pépin le Bref. Voir aussi les capitulaires de 806 de Charlemagne, de 817 sous Louis I et de 837. François André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, E.-U., The Gregg Press Incorporated, 1964, nos 41, 65 et 83, pp. 52, 60 et 70; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, p. 173; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 34.

³⁵⁹ L'histoire générale de cette période provient de F. OLIVIER- MARTIN, *op. cit.*, note 352, nos 179 à 184, pp. 69 à 71.

³⁶⁰ R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.3, Aix-en-Provence, *op. cit.*, note 106, p. 16; J. GILISSEN, *op. cit.*, note 83, p. 60.

³⁶¹ D'après R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.4, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1955, p. 56 à 60; J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, pp. 31 à 41.

Les concessions de fiefs ou de censives étaient fondées sur une idée de contrat³⁶². Comme à ses débuts la féodalité était essentiellement militaire, le lien qui unissait le vassal au seigneur était personnel et viager. Tout acte qui entraînait le remplacement du vassal devait donc être approuvé par le seigneur sous peine de commise du fief³⁶³. Cette intervention du seigneur était aussi nécessaire pour remplacer un censitaire³⁶⁴.

«Les lois de la féodalité militaire obéissent toutes à une même pensée: conserver l'intégralité du fief, assurer le service féodal, défendre les intérêts de la puissance seigneuriale contre les effets de l'hérédité ou les conséquences de l'inaliénabilité.»³⁶⁵

Lorsque la féodalité perdit son caractère militaire, l'hérédité des fiefs fut admise. Comme la fortune à cette époque était essentiellement domaniale, les chefs de famille cherchèrent, encore plus, à maintenir cette fortune, garantie du rang et de la puissance de la maison³⁶⁶. Or la multiplication des partages les appauvriissait. C'est pourquoi, dans des textes tels que les Assises de Jérusalem, l'Assise du Comte Geoffroy, la constitution de Frédéric et les Établissements de Saint-Louis, le partage d'un fief était découragé, voire interdit³⁶⁷. Le fief revenait au fils aîné ou, dans certains cas seulement

³⁶² AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 549; CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 330, p. 414; *La grande encyclopédie*, t.17, Paris, Société anonyme de la grande encyclopédie, v° France.

³⁶³ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 330, p. 415; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 35, pp. 63 à 65; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.4, *op. cit.*, note 361, p. 57.

³⁶⁴ R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.4, *op. cit.*, note 361, p. 60; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 20.

³⁶⁵ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 536.

³⁶⁶ R. FILHOL, *loc. cit.*, note 117, p. 45; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, *op. cit.*, note 37, p.176.

³⁶⁷ *Établissements de Saint-Louis*, Livre I, chap. 24 dans F.A. ISAMBERT, *op. cit.*, note 358, p. 390. Les autres textes sont cités par AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 330, p. 418; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 39, p. 72; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 94, p. 153.

et dépendant des coutumes, à la fille aînée. Dans d'autres pays, des mesures pénales étaient même prises contre le notaire qui participait au partage³⁶⁸.

L'indivisibilité des fiefs n'atteignait cependant que la succession des grands fiefs. Elle n'était que théorique pour les fiefs de moindre importance. Dans les grands fiefs en pays coutumiers, au lieu du partage, le parage était pratiqué³⁶⁹:

«(...) les parageux tiennent aussi franchement et aussi gentement que le chemier les terres dont ils sont pourvus; ils ne lui doivent ni hommage ni droits féodaux; leur justice est indépendante de la sienne; en un mot ils sont paraux en fief, *pares in feudo*. Le suzerain est également un étranger pour eux, et l'aîné est seul garant des charges féodales à son égard; mais ils doivent contribuer à leur acquittement, chacun dans la mesure de son droit; l'aîné doit les semondre à cet effet, et peut même, en cas de refus, faire justice; s'il omet de les semondre, il perd tout droit de contrainte et ne peut plus attendre que de leur bon vouloir leur contribution à l'aide.»³⁷⁰

Le parage représentait, en fait, un droit d'aînesse avec un privilège de masculinité qui accordait tout à l'héritier mâle aîné. Il s'agissait d'un droit d'aînesse absolu. Il existait cependant certaines coutumes où ce droit était relatif. Dans ces dernières, l'aîné prenait la part la plus importante, alors que les autres se partageaient le reste³⁷¹. Bien que relatif, ce droit d'aînesse ne divisait pas l'hommage et la fidélité. Ces derniers étant indivisibles, seul l'aîné en demeurait tenu envers le seigneur³⁷². L'égalité entre les

³⁶⁸ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales, op. cit.*, note 37, p. 113-114; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 39, p. 72.

³⁶⁹ Alors que le Nord pratiquait le parage, le midi harmonisait l'intérêt du seigneur au maintien de l'intégralité de son fief avec ceux des héritiers au partage, notamment par la coseigneurie. Dans ce système, les frères succédaient également, mais alternaient dans l'exécution des services dus au seigneur qui étaient considérés comme indivisibles. P. GUILHIERMOZ, *Essai sur l'origine de la noblesse en France au Moyen Age*, New York, Burt Franklin, 1905, p. 201; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 91.

³⁷⁰ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 544. Voir aussi J. IMBERT, *op. cit.*, note 100, p. 42; A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 91; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 55, p. 85.

³⁷¹ La quotité de l'aîné pouvait varier selon les coutumes.

³⁷² AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, pp. 538-539 et 547. C. TRIANI, «Le retour à la table, une tentative coutumière pour maintenir le patrimoine familial», *R.H.D.*, 1971, p. 65; A. DUMAS *op. cit.*, note

héritiers ne restait le principe, donc, que dans les successions roturières³⁷³. Encore fallait-il toutefois, à l'égard de ces dernières, que les terres ne fussent pas mainmortables. Dans ce cas, le partage pouvait entraîner le retour automatique des biens dans la main du seigneur. Avec le temps toutefois certaines exceptions furent néanmoins introduites pour l'éviter³⁷⁴.

Ainsi, sauf pour les fiefs, le partage entre communs à tout autre titre demeurait possible mais nécessitait le consentement du seigneur³⁷⁵. Dans tous les cas, l'attributaire ou l'héritier devait se faire ensaisiner par ce dernier³⁷⁶. Interdire efficacement tout partage, même en ce qui concerne les fiefs, fut donc impossible. Le parage qui était utilisé en droit coutumier illustre ce fait. Au bout de quelques générations, le parage lui-même, ne tint plus car il était extrêmement lourd pour l'aîné. L'ordonnance de Philippe-Auguste du 1er mai 1209, corrigea la situation. Le partage des fiefs fut reconnu et le parage aboli. En vertu de cette ordonnance, chacun des héritiers était considéré tenir sa part directement du seigneur³⁷⁷. L'aîné conservait cependant un droit à une part plus grande. Le principe de l'indivisibilité du fief ne subsista bientôt plus que pour la succession des très grands fiefs³⁷⁸.

103, p. 91.

³⁷³ *Établissements de Saint-Louis*, Livre I, chap. 132 dans F.A. ISAMBERT, *op. cit.*, note 358, pp. 530-531. Voir aussi C. TRIANI, *loc. cit.*, note 372, p. 65.

³⁷⁴ La formation d'une communauté taisible, par exemple, permettait d'éviter le retour des biens au seigneur. A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p. 227; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 41, p. 76.

³⁷⁵ CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 330, p. 420; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.4, *op. cit.*, note 361, p. 60; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 35, pp. 63 à 65.

³⁷⁶ R. AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, t.4, *op. cit.*, note 361, pp. 57-58 et 60; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p.549.

³⁷⁷ «*Quicquid tenetur de domino ligie, vel alio modo, si contigerit per successionem heredum, vel quocumque alio modo divisionem inde fieri, quocumque modo fiat, omnis, qui de illo feodo tenebit, de domino feodi principaliter, et nullo medio tenebit, sicut unus antea tenebat priusquam divisio facta esset.*» F.A. ISAMBERT, *op. cit.*, note 358, no 108, p. 203. Il est fait mention de cette ordonnance qui permet le partage par: M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 45, p. 83; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 548; C. TRIANI, *loc. cit.*, note 372, p. 65.

³⁷⁸ Les *Établissements de Saint-Louis* qui datent de 1270 prévoient encore le parage (Livre I, chap.22). La raison en est que l'ordonnance de 1209 était une ordonnance spéciale et ne fut donc pas toujours

Aux XIV^e et XV^e siècles, la féodalité ne présentait plus qu'un aspect fiscal. L'indivisibilité des grands fiefs y demeura cependant la règle avec le droit d'aînesse et de masculinité. Pour les autres fiefs, le partage se généralisa mais l'aîné prenait une part plus grande³⁷⁹. Les femmes purent, en outre, de plus en plus, hériter des petits fiefs, puis ensuite des fiefs de dignité. La couronne, seule, demeura soumise aux principes de la loi salique³⁸⁰.

B. La codification de la règle

L'époque précédant les Codes fut marquée, sur le plan du droit, par la consécration de l'apport romain. La règle d'origine romaine à l'effet que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» fut donc facilement acceptée. Les auteurs de cette époque, dont Pothier, en soulignaient même l'importance:

«La demande en partage ne peut être exclue, ni par le testament d'un testateur qui aurait laissé ses biens à plusieurs légataires, à la charge qu'ils ne les partageraient pas, et qu'ils demeureraient toujours en communauté, ni par la convention que les quasi associés auraient eue ensemble de ne point partager. De telles clauses dans un testament, et de telles conventions sont nulles, lorsqu'elles sont illimitées. Mais lorsqu'elles sont limitées à un certain temps, elles sont valables, et doivent être exécutées.»³⁸¹

L'étroite relation entre l'indivision et le partage était en outre reconnue. Selon Pothier, le partage ne peut avoir lieu que lorsque les communistes:

suivie bien que son usage fut répandue par diverses coutumes. Voir F.A. ISAMBERT, *op. cit.*, note 358, p. 387.

³⁷⁹ *Id.*, pp. 374-375 et 390; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; C. TRIANI, *loc. cit.*, note 372, p. 65.

³⁸⁰ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, pp. 538-539.

³⁸¹ M. BUGNET, *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t.4, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, no 197, p. 313. Philippe Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnéry, 1808, v^o partage, para 1, p. 27.

«(...) possèdent et jouissent en commun; car, tant qu'ils possèdent et jouissent en commun, l'action en partage ne peut se prescrire, parce qu'il est de la nature même de cette communauté d'exiger le partage, comme nous l'avons vu ci-dessus, et que, par la nature même de l'indivis, ils ne jouissent et possèdent en commun par indivis, qu'à la charge de partage (...)»³⁸².

Les écrits de Pothier servirent de base tant au *Code civil français* (a) qu'aux codes civils québécois (b)³⁸³.

a. Le Code civil français

La codification de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» souligne à quel point le législateur français se méfiait de l'indivision. À une époque où la propriété idéale était la propriété exclusive et absolue, peu de place ne devait être laissée à l'indivision tenant à la copropriété. C'est pourquoi le *Code civil français* favorisait le partage et passait sous silence l'indivision. Il fut toutefois vite reconnu que précipiter la fin de l'indivision n'est pas toujours profitable aux indivisaires. Elle peut même parfois leur nuire. Des réformes sont donc venues nuancer la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision».

1. le Code civil de 1804

À l'époque du *Code civil français* de 1804, la copropriété était vue comme un empêchement à exercer la propriété de façon absolue et exclusive tel que privilégiée par l'idéal social. C'est pourquoi elle ne fut envisagée que par le meilleur moyen d'y mettre un terme: le partage. L'article 815 du *Code civil* de 1804 disposait que:

«Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires.»

³⁸² *Oeuvres complètes de Pothier*, t. 21 «Les successions», Paris, Thomine et Fortic, 1881, art. 1, §1, p. 314.

³⁸³ *Rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, G.E. Desbats, 1861, cinquième rapport, livre III- Les successions, art. 93.

On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée.»

À la différence de Pothier, le texte du *Code civil* de 1804, limitait le report du droit au partage par convention à cinq (5) ans et ne mentionnait pas la possibilité pour un testateur de le différer³⁸⁴. Les exceptions au droit de demander le partage étant peu nombreuses, les indivisions étaient condamnées à ne pas durer. La défaveur qui entourait la copropriété à cette époque en était la grande responsable. La pratique ne fut toutefois pas conforme au souhait du législateur car il arrivait souvent que des indivisaires cherchaient à maintenir et à faire perdurer leur état pour toutes sortes de raisons.

2. la réforme de la Loi du 31 décembre 1976

Les réformes opérées à partir la *Loi du 31 décembre 1976* conservent le principe du droit de demander le partage mais en atténuent grandement la portée. En effet, le droit de provoquer le partage y est tempéré par un droit au maintien de l'indivision grâce à certains mécanismes comme le sursis au partage et l'allotissement. Dans ce contexte, le nouvel article 815 du *Code civil français* se lit comme suit:

«Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention.

À la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut s'installer sur une exploitation agricole dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou certains d'entre eux seulement.

En outre, si des indivisaires entendent demeurer dans l'indivision, le tribunal peut, à la demande de l'un ou de plusieurs d'entre eux, en fonction des intérêts en présence, et sans préjudice de l'application des

³⁸⁴ Certains l'admettaient néanmoins: F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, no 228, p.260. *Dictionnaire du notariat*, vol. 6, 4e éd., Paris, Administration du Journal des notaires et des avocats, 1854, p. 707.

articles 832 à 832-3, attribuer sa part, après expertise, à celui qui a demandé le partage, soit en nature, si elle est aisément détachable du reste des biens indivis, soit en argent, si l'attribution en nature ne peut être commodément effectuée, ou si le demandeur en exprime la préférence; s'il n'existe pas dans l'indivision une somme suffisante, le complément est versé par ceux des indivisaires qui ont concouru à la demande, sans préjudice de la possibilité pour les autres indivisaires d'y participer s'ils en expriment la volonté. La part de chacun dans l'indivision est augmentée en proportion de son versement.»

Les mécanismes mis en place par cet article démontrent que, désormais, le droit de provoquer le partage ne présente plus un caractère aussi absolu que par le passé. Partant, la modalité de copropriété peut parfois durer, et il peut même arriver qu'il soit souhaitable qu'elle dure. À l'instar du droit québécois, le droit français s'est socialisé, voire s'est humanisé.

b. Les Codes civils québécois

Comme le droit français de son époque, le *Code civil du Bas-Canada* mettait l'accent sur le droit de mettre un terme à l'indivision par le partage. Le législateur du *Code civil du Bas-Canada* se méfiait, ici aussi, de la copropriété. Le *Code civil du Québec* traduit toutefois une évolution des mentalités en la matière. Le droit de mettre un terme à l'indivision par un partage ne présente plus un caractère aussi impératif. Dans certains cas, il vaut mieux même, carrément l'éviter. La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» demeure néanmoins de principe mais souffre de nombreuses exceptions en ce qui a trait au partage.

1. le Code civil du Bas-Canada

Dans le courant individualiste qui prévalait lors de la codification de 1866, la copropriété était considérée comme un mal nécessaire. C'est pourquoi, le Code encourageait le droit d'y mettre un terme, surtout par le partage. À ce point-ci de l'histoire, et à l'instar de ce qui s'était passé en France, l'histoire de la copropriété rejoint celle du partage. L'article 689 C.c.B.C. le prouve. Cet article était considéré comme l'article clé tant en matière de copropriété qu'en matière de partage:

«Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraires.

Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard.»

Contrairement au droit français de l'époque, les termes de l'article 689 C.c.B.C. n'interdisaient pas au testateur de reporter le partage dans certaines conditions et permettait aux indivisaires de reporter le partage pour un motif d'utilité. En cela, le *Code civil du Bas-Canada* s'inspirait de Pothier, plus permissif que *le Code civil français* en la matière³⁸⁵.

Forte de la rigueur des termes utilisés à l'article 689 C.c.B.C., la jurisprudence québécoise interpréta de façon restrictive toute demande de dérogation au droit de sortir de l'indivision par voie de partage. Il a été jugé, par exemple, dans l'affaire *Sauvageau c. Sauvageau*³⁸⁶, que le partage ne pouvait être retardé par le tribunal pour des raisons économiques. Dans cette affaire, des immeubles situés dans un vieux quartier étaient hypothéqués. Une demande en partage avait été formulée et les autres indivisaires n'avaient pas les moyens financiers pour désintéresser celui qui avait requis le partage. Certains indivisaires demandaient donc de surseoir au partage pour réunir les sommes nécessaires. Le juge décida que ces raisons n'étaient pas assez convaincantes pour justifier un report du partage. Dans l'affaire *Gauvin c. Gauvin*, il a été décidé que l'état du marché immobilier ne pouvait pas davantage être retenu comme argument permettant de différer le partage³⁸⁷. De nombreux autres jugements abondent en ce sens³⁸⁸. Selon la jurisprudence, donc, le droit de demander le partage devait toujours l'emporter; et ce, même sur les considérations économiques les plus pressantes.

³⁸⁵ *Rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, op. cit.*, note 383, p.131.

³⁸⁶ (1938) 42 R.P. 286 (C.S.)

³⁸⁷ *Gauvin c. Gauvin*, (1932) 36 R.P. 162 (C.S.).

³⁸⁸ Voir *Greenford c. Stern*, (1914) 16 R.P. 169 (C.S.); *Gaber c. Lake*, (1916) 18 R.P. 464 (C.S.); *Dubreuil c. Dubreuil*, (1928) 34 R. de J. 332 (C.S.); *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.); *Richer c. Lamothe*, [1994] R.D.I. 102 (C.S.).

Le droit de provoquer le partage l'emportait, également, sur l'équité. Dans l'affaire *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner*³⁸⁹, la défenderesse s'opposait au partage d'une indivision qui subsistait depuis plus de trente ans au motif, entre autres, qu'elle était âgée de 77 ans alors que son mari en avait 78 et qu'ils demeuraient au rez-de-chaussée de l'immeuble, objet de l'action, depuis 31 ans. Le juge en l'espèce déclara:

«(...) l'article 689 ne permet la suspension du partage que "pendant un temps limité". Or, le motif d'équité, s'il fallait le retenir, ne ferait que s'aggraver avec le temps; si la Cour l'accueillait aujourd'hui, elle devrait retarder le partage indéfiniment.»³⁹⁰

Il résulte de ce qui précède que, sous *Code civil du Bas-Canada*, la copropriété n'était pas considérée comme une forme de propriété qu'il fallait soutenir et encourager. À preuve, le droit de provoquer le partage avait une grande place dans ce Code. Le *Code civil du Québec* a heureusement atténué la portée du droit de mettre un terme à l'indivision par voie de partage pour tenir compte des gens et des biens qui sont impliqués dans le processus. Il existe maintenant dans certaines circonstances une possibilité de demander le maintien de l'indivision, ce qui nuance le droit de provoquer le partage qui pouvait auparavant être exercé en tout temps et donc à contretemps.

2. le Code civil du Québec

La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» se retrouve également dans le *Code civil du Québec*. L'article 1030 de ce Code nuance toutefois le fameux principe qu'elle contient:

«Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'ait été reporté par une convention, par une disposition testamentaire, par un jugement ou par l'effet de la loi, ou qu'il n'ait été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable.»

³⁸⁹ [1988] R.J.Q. 149 (C.S.).

³⁹⁰ *Id.*, 154.

Cette disposition, qui sera au coeur des développements qui suivent, démontre que le législateur québécois ne se méfie plus autant de la copropriété. Le droit de provoquer le partage, bien qu'il reste de principe, est parfois paralysé ou suspendu pour des considérations aujourd'hui plus importantes que le désir de retrouver une propriété individuelle exclusive et absolue. Ces cas où le droit au partage sera suspendu ou paralysé procurent une stabilité et un sursis à la modalité. En aucune façon cependant, ils ne lui assignent un terme. La modalité durera tant que le partage ne sera pas demandé.

§2. L'ANALYSE DE LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»

Peu d'auteurs se sont arrêtés à l'analyse de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision». Seules ses conséquences sur la modalité de copropriété sont mieux connues. Pourtant la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» devrait être étudiée sur le plan juridique, du côté de sa mise en oeuvre (A) et du côté de son respect (B). Cet exercice permettra de mieux comprendre ses incidences pour les indivisaires et pour la modalité.

A. La mise en oeuvre de la règle

Le droit de mettre un terme à l'indivision par voie de partage découle de deux attributs de la propriété (a). Comme tout droit, sa mise en oeuvre est facultative (b).

a. La nature et l'exercice du droit de provoquer le partage

La décision de mettre un terme à la modalité par voie de partage relève d'une des composantes fondamentales du droit de propriété: le *jus utendi*. Lorsqu'un copropriétaire demande de sortir de l'indivision par voie de partage, il exerce l'aspect juridique du *jus utendi* rattaché à la propriété qu'il détient. Le *jus utendi* permet en effet à son titulaire de décider du rôle d'emploi de son bien. En provoquant le partage,

l'indivisaire décide que son bien sera désormais détenu de manière à en permettre un usage individuel et exclusif.

La mise en oeuvre du droit de sortir de l'indivision par le partage relève, elle, de l'aspect juridique du *jus abutendi*³⁹¹. Cette opération emporte modification de la propriété en opérant un passage d'une modalité de ce droit à une propriété pure et simple dotée à nouveau du caractère exclusif que tous lui reconnaissent.

Ceci étant, ce n'est pas nécessairement à ce résultat auquel est arrivé la jurisprudence. Dans l'affaire *Lemire c. Beaulieu*, le lieu d'introduction d'une action en partage soulevait des questionnements. Pour y répondre, le juge devait déterminer la nature du droit de provoquer le partage. Si le partage était un droit personnel, l'action en partage s'intentait dans le district du domicile du défendeur. Si, au contraire, le droit de provoquer le partage était un droit réel, l'action en partage devait être introduite dans le district du lieu de la situation de l'immeuble. Le demandeur en l'espèce avait introduit une action en licitation d'un immeuble situé à Montréal, dans le district de Québec, lieu de son domicile. Cette action en partage était dirigée contre pas moins de quatre-vingt-onze défendeurs, domiciliés dans plusieurs districts du Québec. L'immeuble étant situé à Montréal, le procureur des défendeurs arguait que l'action devait être intentée à cet endroit. La question se posait de la façon suivante:

«(...)Il s'agit en l'instance de déterminer quelle est la nature du droit au partage dans un cas de copropriété indivise. Il ne fait aucun doute qu'en ce qui concerne ce droit de copropriété indivise, qu'il s'agit d'un droit réel (...).»

Après avoir cité des extraits des ouvrages de Pierre-Basile Mignault et de Jean Carbonnier sur la distinction entre les droits personnels et les droits réels, le juge conclut toutefois ainsi sur la nature de l'action:

«(...) le droit d'un copropriétaire indivis à forcer le partage d'un bien, qu'il soit meuble ou immeuble, est un droit personnel et que sa nature ne

³⁹¹ Voir *supra* chapitre préliminaire section 2, para. 1.

change pas parce qu'en l'instance on demande la licitation d'un immeuble.»³⁹²

Le résultat auquel le juge est arrivé découle d'une mauvaise perspective dans la qualification du droit de provoquer le partage. La qualification de l'action s'est faite en l'espèce en fonction de l'obligation de s'y soumettre. La demande en partage d'un copropriétaire oblige les autres copropriétaires à y accéder. Ceci ne porte pas atteinte pour autant au droit exercé par le demandeur: la propriété. Tel qu'il vient d'être démontré, le droit de provoquer le partage et le partage sont liés à l'exercice de deux des attributs de la propriété. Tout au long du processus il devrait donc toujours être question du droit de propriété. Par conséquent, l'action aurait dû être qualifiée d'action réelle. La mise en oeuvre d'un partage n'est par ailleurs pas la seule hypothèse où un droit réel met à la charge de quelqu'un d'autre des obligations. Un propriétaire peut, par exemple, obliger son voisin à faire sur la ligne séparative, pour moitié ou à frais communs, un ouvrage de clôture servant à séparer leur fonds³⁹³. Ce droit de forcer ainsi son voisin à faire un ouvrage de clôture, ne devient pas pour autant un droit personnel. De même, il ne fait pas de doute que l'action en bornage est une action réelle³⁹⁴. L'obligation du voisin au bornage ne transforme pas le droit du demandeur en droit personnel. Il aurait donc dû en être de même pour le droit de provoquer le partage et sa mise en oeuvre tels qu'analysés dans la décision *Lemire c. Beaulieu*³⁹⁵.

b. Le caractère discrétionnaire de la mise en oeuvre du droit de provoquer le partage

En raison de la méfiance du législateur pour l'indivision, la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» fut consacrée règle d'ordre public dans le *Code civil du Bas-Canada*. Cette règle reste d'ordre public dans le *Code civil du Québec*, bien qu'il soit prévu de nombreuses exceptions quant au droit de demander le partage. La raison qui sous-tend le caractère obligatoire de la règle dans le *Code civil du Québec* n'est plus

³⁹² *Lemire c Beaulieu*, J.E. 91-364 (C.S.).

³⁹³ C.c.Q., art. 1002.

³⁹⁴ F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 266, p. 173.

³⁹⁵ *précitée*, note 392.

tant la méfiance du législateur envers la copropriété, que le désir d'empêcher de faire perdurer une situation potentiellement conflictuelle en raison d'une concurrence dans la détention et dans l'exercice d'un même droit. Contrairement à ce que certains auteurs ont écrit³⁹⁶, ce n'est pas l'indivision qui est une atteinte à l'intérêt général, mais plutôt la mésentente pendant sa durée et l'obligation qu'il pourrait y avoir de la subir.

Ceci étant, la mise en oeuvre du principe que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision», a toujours relevé, et relève encore, de la volonté des indivisaires. En effet, si «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision», nul n'est tenu d'en sortir. En ce sens, le caractère impératif de la règle n'est que relatif. Ce passage de Francis Delhay le souligne:

«Quoi qu'il en soit, le dénouement de la situation indivise dépend de la volonté des indivisaires. Rien ne les oblige à demander le partage avant un certain temps. Il suffit qu'ils soient d'accord, tacitement ou implicitement, même pour des raisons différentes, pour maintenir la situation indivise, pour qu'elle se perpétue. Ce que le législateur semble redouter, c'est l'indivision forcée, et non l'indivision perpétuelle.»³⁹⁷

Il est donc possible d'affirmer que, par la règle de l'article 689 C.c.B.C. ou 1030 C.c.Q., le législateur s'est préoccupé, non pas du maintien de l'indivision, mais plutôt du droit d'en sortir. La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» vise d'abord à protéger les indivisaires qui ne veulent pas se maintenir dans une situation indivise; situation, qui n'est pas toujours recherchée. *A contrario*, si personne ne demande le partage, la copropriété et partant, l'indivision peut perdurer. La passivité des indivisaires profite à la copropriété et non pas à la propriété individuelle. La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» ne trouve donc sa signification que si un indivisaire pose un geste en ce sens. Ainsi, le droit de provoquer le partage se distingue de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision». Le droit de provoquer le partage permet seulement d'assurer le respect de cette règle.

³⁹⁶ P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 216, p. 484; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 158, pp. 385-386; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 446.

³⁹⁷ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 123, p. 194.

B. Le respect de la règle

L'analyse de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» révèle qu'elle met à la charge des indivisaires une obligation faisant en sorte que les indivisaires doivent subir le partage (a). Cette obligation de subir un partage n'affecte toutefois pas la nature du droit des indivisaires (b).

a. L'obligation pour les autres indivisaires d'accéder au partage

Nul ne peut refuser à un copropriétaire le droit de sortir de l'indivision. Il s'agit, pour les copropriétaires non demandeurs, d'une obligation *propter rem*, obligation que H. ABERKANE décrit comme suit:

«(...) l'obligation réelle a la nature d'un droit de créance, puisqu'elle s'applique à une personne et qu'elle l'astreint à diverses prestations. Si elle participe d'une certaine réalité, ce n'est pas par sa nature, mais seulement par son origine. À son origine, il y a un droit réel, dont elle tend précisément à assurer l'exercice.

L'obligation réelle va donc très normalement subir le même régime général des obligations, puisqu'elle est, par sa nature, une obligation. Mais d'un autre côté, elle est la conséquence d'un droit réel; cette particularité va introduire dans son régime, des règles qui vont la différencier du droit de créance ordinaire, par exemple la transmission et l'abandon.»³⁹⁸

L'obligation d'accéder à une demande en partage est le pendant du droit de tout indivisaire de mettre un terme à la copropriété des biens détenus. Elle astreint le ou les copropriétaires qui y sont sujets à morceler l'objet du droit ou à désintéresser l'indivisaire ayant provoqué le partage. Parce qu'il s'agit en l'espèce d'une obligation *propter rem*, les copropriétaires de l'indivisaire demandeur ne peuvent s'en affranchir qu'en transmettant leur intérêts dans le titre de propriété ou qu'en abandonnant toute prétention dans le bien. Tout ceci prouve que l'obligation de subir le partage rencontre

³⁹⁸ H. ABERKANE, *op. cit.*, note 217, nos 26 et 103, pp.24 et 134-135.

les critères de cette notion d'obligation *propter rem* décrite principalement, à l'heure actuelle, par la doctrine³⁹⁹.

b. L'absence d'impact de l'éventualité d'un partage sur la nature du droit des indivisaires

La perspective qu'un partage ne vienne mettre un terme à la copropriété a conduit certains auteurs du début du siècle à prétendre que le droit des indivisaires était une propriété conditionnelle⁴⁰⁰. Cette façon d'expliquer le droit détenu par des indivisaires fut remise en question par Josserand:

«(...) Ce n'est pas Secundus, car lui-même n'est qu'un propriétaire sous condition suspensive, sous la condition que l'immeuble lui sera attribué. Est-ce donc Primus lui-même? Mais alors, ayant à la fois la propriété sous condition suspensive et la propriété sous condition résolutoire, cela revient à dire qu'il a dès maintenant la pleine propriété de la chose résultat absurde et inadmissible, car Secundus, qui est dans la même situation que lui, pourrait également prétendre à une propriété exclusive, si bien que l'immeuble se trouverait appartenir à plusieurs propriétaires pouvant également exercer sur lui une maîtrise absolue. La vérité est qu'avec l'explication proposée, il n'y a, pendant l'indivision, que des propriétaires sous condition suspensive et pas de propriétaire actuel (...)»⁴⁰¹.

³⁹⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 41, p. 84. Voir aussi J. DABIN, *op. cit.*, note 43, p. 183; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 179, nos 48-49, p. 39; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 719, p. 509. Selon Gustave Siesse, la faculté de provoquer le partage est un véritable droit de créance qui naît du quasi-contrat d'indivision. Si cette assertion est bonne quant au partage, il en est autrement pour l'indivision. L'indivision n'est pas un quasi-contrat. Il s'agit plutôt d'un état. Cet état peut, il est vrai, donner naissance à des droits et des obligations, mais ne constitue pas un quasi-contrat. G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 410.

⁴⁰⁰ ANONYME, «De l'état d'indivision-Droit de sortir de l'indivision-convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 197; F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, nos 212 et 215, pp. 244 et 247; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XVII «Traité des successions», Paris, Hachette, 1867, no 264, p. 295; Jean LEBRET, « Du sort des droits consentis sur des biens indivis », *Rev. crit.*, 1928, p. 438.

⁴⁰¹ L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » dans *Livre du Centenaire*, t.1, pp. 372 et ss.; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 471-472; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 134, p. 293.

Cet argument qui réfute que la copropriété puisse s'expliquer par la propriété conditionnelle mérite d'être évalué dans une autre perspective. C'est à bon droit que Josserand a conclu que les indivisaires ne détenaient pas une propriété conditionnelle. Ceci n'empêche pas que l'existence d'une modalité qui affecte le droit de propriété puisse être soumise, elle, à une condition. C'est d'ailleurs ce que le Code prévoit à l'article 1030 C.c.Q. En reconnaissant aux indivisaires la faculté de mettre un terme à l'indivision par un partage pouvant être demandé en tout temps, le Code soumet l'existence de la modalité de copropriété à l'arrivée d'une condition, une demande en partage. Le partage ne mettra pas un terme au droit de propriété, ce qui rendrait la propriété conditionnelle, mais mettra un terme à la façon d'exercer la propriété: Le partage rend au droit de propriété son caractère exclusif⁴⁰².

Il existe donc une distinction entre l'arrivée de la condition qu'est le partage, condition qui ne porte pas atteinte à l'existence même du droit et l'arrivée d'une condition en matière de propriété conditionnelle qui, elle, entraîne la disparition du droit de propriété lui-même. Cette distinction entre copropriété et propriété conditionnelle se remarque davantage à l'expiration de ces deux modalités de la propriété. Lorsque la modalité de copropriété prend fin par le partage, si un copropriétaire ne reçoit aucune part du bien, il est dédommagé en conséquence car il ne perd pas son droit. Le partage ne fait que rendre l'exclusivité d'exercice au droit qu'il détenait déjà. Au contraire, lorsque la modalité de propriété qu'est la propriété conditionnelle prend fin par l'arrivée de la condition stipulée, l'arrivée de la condition porte atteinte à l'existence même du droit de propriété dans les mains d'une personne. La disparition du droit n'entraînera pas, en principe, de dédommagement pour un montant équivalant au titre disparu puisque la personne qui détenait la propriété conditionnelle est censée n'avoir jamais été propriétaire car la condition accomplie a un effet rétroactif⁴⁰³.

⁴⁰² Voir sur la nature non essentielle de ce caractère pour la qualification du droit de propriété, le chapitre préliminaire, section 2, para. 1A.

⁴⁰³ C.c.Q. 1506.

SECTION 2- LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ASSURE LE RESPECT DE LA RÈGLE QUE «NUL N'EST TENU DE DEMEURER DANS L'INDIVISION»

La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» n'oblige pas les indivisaires à provoquer le partage pour mettre fin à l'indivision. Elle ne leur accorde que la possibilité de trouver ou retrouver une exclusivité d'exercice de propriété en recourant au partage quand bon leur semblera. Ainsi, lorsqu'il est exercé, le droit de provoquer le partage assure le respect de la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» (§1). Ceci étant, le partage n'est pas le seul événement susceptible de mettre fin à l'indivision (§2).

§1. LE RESPECT ASSURÉ DE LA RÈGLE LORS D'UN PARTAGE

La règle prévue à l'article 1030 C.c.Q. à l'effet que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» accorde à tout indivisaire la faculté de mettre un terme à l'indivision à tout moment en provoquant le partage. Il s'agit là de la voie privilégiée par le Code pour mettre fin à l'indivision (A). Un partage en nature morcelle ou fractionne, dans tous les cas, l'objet du droit détenu en copropriété. Les indivisaires peuvent toutefois mettre un terme à l'indivision sans recourir à un partage au sens strict. En effet, certaines opérations entre indivisaires ne fractionnent ou ne morcellent pas l'objet du droit mais sont assimilées par le Code à un partage en nature (B).

A. La voie privilégiée du partage en nature

De tout temps, le partage en nature a été considéré comme étant la voie habituelle de mettre un terme à l'indivision⁴⁰⁴. Ceci tient au fait que le partage permet aux

⁴⁰⁴ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 117, p. 186; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1231, p. 411; M. VEROONE, *op. cit.*, note 249, p. 109; Pierre GUIHO, *Cours de droit civil*, vol. 8, Lyon, Hermès, 1983, p. 339; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161; Marcel PLANIOL, « La cession de droits successifs peut-elle produire l'effet déclaratif du partage? » *Rev. crit.* 1883, 588.

copropriétaires de conserver une part du bien. Le *Code civil du Québec* reprend et fait sienne cette façon de voir les choses. Toutefois, en raison des effets que le partage produit et des multiples façons d'arriver au résultat qu'il engendre, soit une propriété pure et simple de l'objet ou d'une partie de l'objet du droit jusqu'alors détenu en copropriété, le sens véritable du partage a parfois été perdu. Le partage entraîne nécessairement une division⁴⁰⁵. La division en l'espèce ne se produit pas sur le plan du droit, car un droit ne se divise pas⁴⁰⁶; le partage divise l'objet du droit. Le véritable partage est un partage qui s'effectue en nature⁴⁰⁷. Ainsi, une opération qui n'engendre aucune conséquence sur l'objet du droit n'est pas un partage au sens strict.

Plusieurs dispositions du Code traitant du partage confirment que le partage opère un fractionnement ou un morcellement de l'objet du droit. Les articles 849 à 854 C.c.Q., relatifs à la composition des lots, en sont des exemples⁴⁰⁸. Le texte de l'article 855 C.c.Q. est toutefois plus explicite:

«Chaque héritier reçoit en nature sa part des biens de la succession; il peut demander qu'on lui attribue, par voie de préférence, un bien ou un lot.»

L'article 1037 al.1 C.c.Q., situé dans le chapitre sur la copropriété par indivision, prévoit également que le partage porte sur l'objet du droit:

«L'indivision cesse par le partage du bien ou par son aliénation.»

Il en va de même, également, pour l'article 884 al.2 C.c.Q.:

⁴⁰⁵ Le mot «partage» provient du mot latin «partire» ou «partiri» qui signifie diviser, répartir. G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^opartage.

⁴⁰⁶ voir *supra*, chapitre préliminaire, section 2.

⁴⁰⁷ *Fiset c. Fiset*, (1916) 50 C.S. 114; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 117, p. 186; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, p. 246; Marcel PLANIOL, *loc. cit.*, note 404, p. 588.

⁴⁰⁸ L'article 2679 C.c.Q., contient également des indices en ce sens. Il traite dans son premier alinéa du partage et il est possible de voir que ce dernier porte atteinte à l'objet du droit. Cet article règle aussi, dans son alinéa 2, le cas où il y a fin de l'indivision mais par acte «valant» partage. Le mot partage n'y est d'ailleurs pas utilisé.

«Chaque copartageant est réputé avoir succédé, seul et immédiatement, à tous les biens compris dans son lot ou qui lui sont échus par un acte de partage total ou partiel; il est censé avoir eu la propriété de ces biens à compter du décès et n'avoir jamais été propriétaire des autres biens de la succession.»

L'indivision, par un partage en nature, prend fin lorsque chaque copartageant reçoit une portion du bien sur laquelle il exercera désormais une propriété pure et simple. À l'égard de chacune des portions du bien, la copropriété disparaît pour faire place à une propriété individuelle. Si l'indivision subsiste quant à certaines parties du bien soumis au partage, ce dernier n'est que partiel⁴⁰⁹. Le bien est fractionné ou morcelé, mais sur certaines portions, la propriété est exercée de façon pure et simple, alors que sur d'autres, elle est exercée sous forme de copropriété. Le partage entraîne, alors, non pas disparition de la copropriété, mais réduction de l'objet du droit. Quoi qu'il en soit, le partage en nature produit nécessairement des conséquences tangibles sur l'objet du droit. C'est ce qui distingue cet acte des actes «valant» partage et des autres moyens de mettre un terme à l'indivision.

B. Les actes valant partage en nature

Contrairement au partage qui désintéresse chacun des indivisaires par une portion du ou des biens, les actes «valant» partage ne désintéressent, par une propriété pure et simple sur l'objet de droit autrefois tenu en indivision, qu'un seul indivisaire. Les actes «valant» partage ne fractionnent ou ne morcellent pas l'objet du droit; ils l'attribuent en entier à l'un des indivisaires en vue de mettre un terme à l'indivision. Ces actes ne sont pas des partages, ils «valent» partage. Parce qu'ils mettent un terme à l'indivision, le législateur a cru bon de leur conférer les effets du partage.

La question des actes «valant» partage revêtait une grande importance pour les indivisaires et pour les tiers sous le *Code civil du Bas-Canada*, car le partage emportait,

⁴⁰⁹ C.c.Q, art. 849: «Le partage peut comprendre tous les biens indivis ou une partie seulement de ces biens.» Le partage partiel était autrefois admis, mais en jurisprudence seulement. L'acte entraînant partage partiel devait être suffisamment clair et expressif pour en déduire une intention formelle de lui donner l'effet d'un partage et, conséquemment, de mettre fin à l'indivision. *Marceau c. Lefavre*, [1955] B.R. 489; *In re Desjardins: Massé c. Poirier*, [1956] B.R. 545.

dans tous les cas, rétroactivité. Ceci constituait une menace pour la survie des hypothèques⁴¹⁰ et autres droits en cas de non attribution du bien à leur auteur ou ses ayants droits. La règle de l'article 747 C.c.B.C., surtout en matière de cession de quotes-parts entre indivisaires, ne recevait pas toujours la même interprétation. Lorsqu'une cession de quote-part mettait fin à l'indivision, elle recevait tantôt la qualification de partage, partant l'effet déclaratif et rétroactif jouait⁴¹¹; tantôt, mais plus rarement, elle recevait la qualification de vente⁴¹².

L'article 885 C.c.Q., situé en matière successorale, reprend substantiellement les termes de l'article 747 C.c.B.C.:

«Tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre copartageants vaut partage lors même qu'il est qualifié de vente, d'échange, de transaction ou autrement.»

Parce que le partage n'emporte plus rétroactivité dans tous les cas, l'interprétation de cet article risque d'être plus cohérente dans l'avenir. Qui plus est, le partage qui emporte rétroactivité ne remet plus nécessairement en question les droits consentis à des tiers. Les articles 1021 et 2679 C.c.Q. règlent en effet le cas fréquent du sort des hypothèques en codifiant la jurisprudence antérieure qui avait réduit la portée de l'effet déclaratif et rétroactif du partage et ce, afin de préserver les droits des créanciers hypothécaires⁴¹³.

⁴¹⁰ C.c.B.-C., art. 2021.

⁴¹¹ *Dufort c. Chicoine*, (1887) M.L.R. 211; *Brunet c. Bruneau*, (1898) 4 R. de J. 484; *Owens c. Chopin*, [1911] C.S. 213; *Forget c. Boileau* 85-728 (C.P.); *Varin c. Greaves*, [1980] C.S. 280; *Angers c. Ville de Boucherville* [1995] R.D.I. 1459 (C.Q.); *Gauthier c. Custeau*, [1995] R.D.I. 544 (C.S.). P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 624. La cession qui ne mettait pas fin à l'indivision mais qui servait à faire sortir un indivisaire de l'indivision successorale a déjà reçue la qualification de partage: *Corporation de la Cité de Trois-Rivières c. Reburn*, (1875) 1 R. de J. 339 (C.S.);

⁴¹² *Varin c. Guérin* (1893) R.J. 33; *Marceau c. Lefavre*, [1955] B.R. 489; *Fortier c. Brisson*, [1991] R.D.I. 324 (C.S.); Ulric JORON, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la propriété indivise», (1932-1933) 35 *R. du N.* 299, 303-304., 306. *contra* *Boucher c. Banque Nationale*, [1989] R.D.I. 499 (en appel).

⁴¹³ *Quintal c. Banque Jacques-Cartier* (1901) 10 B.R. 525; *Perras c. Banque Provinciale*, [1956] B.R. 731.

Quoi qu'il en soit, ces considérations ne doivent pas faire oublier que, pour valoir partage, une cession de quote-part du droit doit mettre un terme à l'indivision. À la suite de cette opération, un des copartageants exercera désormais la propriété pure et simple sur l'ensemble du bien autrefois en indivision. Ce résultat peut être atteint, soit directement, c'est-à-dire par la vente de quotes-parts de droit à un seul indivisaire⁴¹⁴, soit indirectement du fait de l'exercice d'un droit de retrait ou encore, d'un droit de subrogation⁴¹⁵.

L'article 1022 C.c.Q. prévoit et organise le droit de retrait⁴¹⁶. Ce droit permet aux indivisaires d'écarter une personne étrangère à l'indivision en lui remboursant le prix de la cession et les frais qu'elle a acquittés. Cet article dispose:

«Tout indivisaire peut, dans les soixante jours où il apprend qu'une personne étrangère à l'indivision a acquis, à titre onéreux⁴¹⁷, la part d'un indivisaire, l'écarter de l'indivision en lui remboursant le prix de la cession et les frais qu'elle a acquittés. Ce droit doit être exercé dans l'année qui suit l'acquisition de la part.

Le droit de retrait ne peut être exercé lorsque les indivisaires ont, dans la convention d'indivision, stipulé des droits de préemption et que, portant sur un immeuble, ces droits ont été publiés.»

Le droit de retrait entraînera partage si, à la suite de son exercice, une seule personne a la propriété du bien autrefois tenu en indivision. La fin de l'indivision par cette voie indirecte n'arrivera pas souvent dans les faits car les conventions d'indivision prévoient, la plupart du temps, un droit de préemption⁴¹⁸. Qui plus est, l'exercice du droit de

⁴¹⁴ La cession de quotes-parts est expressément prévue par l'article 1015 al.2 C.c.Q. et certains cas d'espèce sont organisés aux articles 846, 1031, 1033 et 1034 C.c.Q.

⁴¹⁵ L'exercice d'un droit de préemption (C.c.Q. 1022 al.2) ne se distingue pas d'une cession de quote-part ordinaire, bien qu'à l'origine la fin de l'indivision n'était pas envisagée.

⁴¹⁶ Un article similaire, l'article 848 C.c.Q., se retrouve en matière successorale. Comme il s'agit d'une disposition particulière, les copropriétaires tenant leurs droits d'une succession doivent s'y soumettre. Ils ne peuvent invoquer la disposition générale de l'article 1022 C.c.Q., sauf s'ils s'y sont volontairement soumis.

⁴¹⁷ Cette exigence n'existe pas pour le retrait successoral (C.c.Q., art. 848).

⁴¹⁸ La clause de préférence peut aussi emprunter la forme d'une clause «shot gun» comme cela se voit en

retrait est une opération onéreuse car elle comporte une série de mutations. L'indivisaire vend sa quote-part dans le bien à un tiers et le retrayant la rachète de ce dernier. Ces opérations entraînent des frais que l'indivisaire retrayant doit rembourser: le prix⁴¹⁹ de la cession⁴²⁰, les droits de mutation, les frais de notaire, les frais de publicité, etc⁴²¹. À ces sommes se rajoutent les frais associés à la propre acquisition du retrayant.

À l'instar du droit de retrait, le droit de subrogation prévu à l'article 1023 C.c.Q. mettra un terme à l'indivision s'il a pour effet de ne laisser subsister qu'un seul sujet de droit sur l'ensemble du ou des biens autrefois tenus en indivision. Selon cet article:

«L'indivisaire qui a fait inscrire son adresse⁴²² au bureau de la publicité des droits peut, dans les soixante jours⁴²³ de la notification qui lui est faite de l'intention d'un créancier de faire vendre la part d'un indivisaire ou de la prendre en paiement d'une obligation, être subrogé dans les droits du créancier en lui payant la dette de l'indivisaire et les frais.

Il ne peut opposer, s'il n'a pas fait inscrire son adresse, son droit de retrait à un créancier ou aux ayants cause de celui-ci.»⁴²⁴

matière de sociétés. La contrepartie doit toutefois être significative. *Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, (1996) 1 R.C.S. 900.

⁴¹⁹ La donation rémunératoire ou la donation avec charge sont des actes essentiellement onéreux. Ne seront remboursées, cependant, que la rémunération ou la charge. Il n'y a donation, dans ces cas, que pour ce qui leur excède (C.c.Q., art. 1810). Serge BINETTE, «De la copropriété indivise et divisée suivant le nouveau Code civil du Québec», dans *La Réforme du Code civil*, t.1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 589, à la page 600. *Contra* D.-C. LAMONTAGNE, «Biens et propriété», *op. cit.*, note 15, p. 191 note 20.

⁴²⁰ En matière successorale, le montant à rembourser est évalué à l'époque du retrait (C.c.Q., art. 848). Par conséquent, le retrayant est aussi remboursé pour l'augmentation de la valeur de la quote-part entre ses mains, ce qui n'est pas le cas à l'article 1022 C.c.Q. Selon cet article, le retrayant n'est remboursé que des montants qu'il a acquittés. En ce sens, D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 15, p. 191 note 21; G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 748, p. 857.

⁴²¹ Les frais extrajudiciaires sont également remboursés. *2866-0884 Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.).

⁴²² L'inscription de l'adresse est une condition d'ouverture au droit. Il ne serait donc pas possible, pour un indivisaire, d'exiger une quittance subrogatoire du créancier s'il a pris connaissance autrement de l'intention de ce créancier de prendre en paiement les intérêts de son débiteur dans le bien.

⁴²³ Un auteur souligne, à juste titre, qu'il est curieux que le délai prévu soit de soixante (60) jours dans

Cet article 1023 C.c.Q. n'entraîne, en somme, que l'exercice anticipé du droit de retrait de l'article 1022 C.c.Q. Comme le droit de subrogation légale aux droits du créancier s'exerce avant l'aliénation ou la prise en paiement, les frais encourus par l'indivisaire qui le met en oeuvre sont moindres.

En tout état de cause, si un indivisaire peut forcer le partage pour mettre un terme à l'indivision, soit directement, soit indirectement par l'exercice de son droit de retrait ou son droit de subrogation aux droits des créanciers, il ne peut jamais obliger les autres indivisaires à acheter ses intérêts dans le titre de propriété. Le *Code civil du Québec* qui tempère le droit de provoquer le partage dans certains cas, maintient la prééminence du droit de provoquer le partage sur la cession de quote-part. Ceci peut toutefois ne pas apparaître clairement à la lecture des articles 1033 al. 1 et 1034 C.c.Q. qui prévoient:

«Les indivisaires peuvent toujours satisfaire celui qui s'oppose au maintien de l'indivision en lui attribuant sa part, selon sa préférence, soit en nature, pourvu qu'elle soit aisément détachable du reste du bien indivis, soit en numéraire.»

«Si les indivisaires ne s'entendent pas sur la part à attribuer à l'un d'eux, en nature ou en numéraire, une expertise ou une évaluation est faite par une personne désignée par tous les indivisaires ou, s'ils ne s'accordent pas entre eux, par le tribunal.»

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la relation entre ces articles et le droit de provoquer le partage. Il a été jugé dans l'affaire *Boutin c. Boutin*, que ces articles n'imposent pas aux indivisaires l'obligation d'offrir aux autres indivisaires d'acheter leur quote-part dans le bien préalablement à une demande en partage⁴²⁵. Le

tous les cas; le délai du préavis d'exercice d'un recours hypothécaire, pour un bien meuble, n'étant que de vingt (20) jours (C.c.Q., art. 2758 al.2). D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, note 15, p. 193. Il résulte en outre d'une lecture *a contrario* de l'article 1023 C.c.Q. que, passé ce délai de 60 jours, les indivisaires peuvent encore exercer leur droit de retrait de l'article 1022 al.2 C.c.Q., s'ils sont encore dans les temps pour le faire; à moins toutefois, qu'un droit de préemption ait été stipulé.

⁴²⁴ L'indivisaire subrogé ne peut plus exercer des recours contre l'indivisaire qui a aliéné sa quote-part en faveur d'un tiers, si la convention d'indivision prévoit que les acquéreurs prennent en charge les obligations des copropriétaires vendeurs. *Choinière c. Coutu*, J.E. 95-2218 (en appel).

⁴²⁵ *Boutin c. Boutin*, [1995] R.D.I., 175 (C.S.). Il s'agissait ici d'une indivision successorale. Le résultat serait toutefois le même pour les indivisions dont l'origine est autre. Il convient en outre de

droit de provoquer le partage demeure donc la règle dans le *Code civil du Québec* pour mettre un terme à l'indivision. Il n'est toutefois pas la seule façon d'arriver à ce résultat.

§2. LE RESPECT ASSURÉ DE LA RÈGLE PAR UN ÉVÉNEMENT ÉTRANGER À UN PARTAGE

L'article 1037 al.1 C.c.Q. prévoit deux moyens de mettre un terme à l'indivision: le partage et l'aliénation. Les moyens de mettre fin à l'indivision, autrement que par voie de partage, sont tout de même au nombre de deux. Il y a, évidemment, l'aliénation prévue par cet article (A); et la perte du bien envisagée à l'article 1036 C.c.Q. (B). Dans un cas, ce sont les droits qui sont touchés alors que dans l'autre, l'objet du droit est perdu.

A. L'aliénation du bien

L'article 1037 al.1 C.c.Q. mentionne que l'aliénation met fin à l'indivision:

«L'indivision cesse par le partage du bien ou son aliénation.»

L'aliénation dont il est question ici doit s'effectuer obligatoirement en faveur d'un tiers; sans quoi, elle sera tenue pour partage en vertu de l'article 885 C.c.Q. La jurisprudence sous l'ancien Code s'était d'ailleurs déjà exprimée sur le sujet et vaut encore en la matière:

«(...) L'article [746 C.c.B.C.] ne réfère qu'aux partageantes et ne doit pas être étendu à d'autres personnes. Le défendeur en cette cause n'est pas un copartageant; il est l'acheteur d'un immeuble qui lui a été vendu par

souligner que les articles 839 et suiv. et 1031 à 1035 C.c.Q. concernent le report du partage par décision de justice. Le partage doit d'abord avoir été demandé par un indivisaire. Les autres indivisaires peuvent opposer en défense un sursis au partage dans les conditions prévues aux articles susmentionnés. Celui qui a demandé le partage pourra alors demander d'être désintéressé en vendant sa quote-part de droit dans le bien à ses copropriétaires qui désirent maintenir l'indivision.

quatre copartageantes propriétaires par indivis, chacune pour un quart.»⁴²⁶.

Il convient, de plus, de distinguer en matière d'aliénation entre l'aliénation du bien qui met fin à l'indivision selon les termes de l'article 1037 al.1 C.c.Q. et la cession d'une quote-part de droit dans le bien. La cession de quote-part, qui peut avoir lieu en faveur d'un ou plusieurs indivisaires, ou encore d'un tiers⁴²⁷, est expressément prévue à l'article 1015 al.2 C.c.Q.:

«Chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et les obligations d'un propriétaire exclusif. Il peut ainsi l'aliéner et l'hypothéquer, et ses créanciers peuvent la saisir.»

La cession d'une quote-part de droit permet seulement à un indivisaire de sortir de l'indivision. Elle ne met un terme à l'indivision que s'il subsiste un seul propriétaire sur le bien autrefois tenu en indivision⁴²⁸. La cession de quote-part se distingue donc du partage ou encore de l'aliénation de la totalité des intérêts de propriété dans le bien qui, eux, mettent obligatoirement fin à l'indivision. Cette distinction n'a toutefois pas

⁴²⁶ *Banque St-Jean c. Nolin*, (1916) 51 R.J.Q. 138, 142; Voir aussi: *Lemieux c. Canant Realty corporation*, [1987] R.D.I. 287 (C.S.); *Gagnon c. Paquette*, (1988) R.D.I. 202 (C.S.); M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 248.

⁴²⁷ Il convient de mentionner que la cession de quote-part est soumise au droit de retrait de l'article 1022 C.c.Q. ou encore à un droit de préemption conventionnel. Le droit de retrait présente l'inconvénient d'entraîner une précarité du titre pouvant durer jusqu'à un an. Il existe également un droit de retrait spécial pour les indivisions successorales. Contrairement au retrait de l'article 1022 C.c.Q., l'article 848 C.c.Q. ne prévoit pas de délai maximal pour son exercice. Parce que le Code parle d'écarter un tiers du partage à l'article 848 C.c.Q., ce qu'il ne fait pas à l'article 1022 C.c.Q., et comme le droit au partage est imprescriptible, le droit de retrait successoral n'est soumis à aucune limite de temps; ceci afin de préserver la vocation particulière de l'indivision successorale: transmettre les biens du défunt à ses héritiers. Dans le même sens: G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 749, p. 858 et jurisprudence citée.

⁴²⁸ *Owens c. Chopin*, [1911] R. J. 213 (C.R.); *Leclerc c. Leclerc*, [1959] B.R. 327; *Monette c. Molleur*, (1874) 6 R.L. 561 (C.S.); *Dufort c. Chicoine*, (1887) M.L.R. 211; *Brunet c. Bruneau* (1898) 4 R. de J. 484; *Varin c. Greaves*, [1980] C.S. 275; *Angers c. Ville de Boucherville*, [1995] R.D.I. 1459 (C.Q.).

toujours été reconnue en jurisprudence⁴²⁹. Ceci explique en partie son absence de cohérence en matière de partage.

Il résulte de ce qui précède que l'aliénation prévue à l'article 1037 al.1 C.c.Q. est l'aliénation de la totalité des intérêts de propriété dans le bien. Il importe peu, par ailleurs, qu'elle soit volontaire ou forcée⁴³⁰. Il suffit qu'elle intervienne en faveur d'un tiers, personne physique ou personne morale, ou encore en faveur d'une autre organisation dotée d'une certaine indépendance patrimoniale telle que la société et la fiducie.

B. La perte du bien

La perte du bien met fin à l'indivision parce qu'elle prive le droit des copropriétaires de son objet. Ceci ne vaut toutefois que lorsque la perte est totale. L'indivision ne prend pas nécessairement fin si la perte n'est que partielle. C'est ce que prévoit l'article 1036 C.c.Q. qui vise également l'expropriation:

«Il peut être mis fin à l'indivision en cas de perte ou d'expropriation d'une partie importante du bien indivis si la majorité des indivisaires en nombre et en parts en décide ainsi.»

Le texte de l'article 1036 C.c.Q. ne trouve application qu'en présence d'un report du partage. En effet, en l'absence de report du partage, les indivisaires peuvent provoquer le partage en tout temps qu'il y ait ou non perte ou expropriation. Dans ce contexte, l'article 1036 C.c.Q. est une exception à l'article 1026 al.2 C.c.Q. qui exige une décision unanime pour procéder au partage des biens. En d'autres termes, lorsqu'il y a perte ou expropriation d'une partie importante du bien, la décision à l'unanimité exigée par l'article 1026 al. 2 C.c.Q. pour provoquer le partage malgré un report est remplacée par une simple décision à la majorité.

⁴²⁹ Un acte qui ne mettait pas fin à l'indivision fut tenu pour partage dans: *Corporation de la Cité de Trois-Rivières c. Reburn*, (1875) 1 R. de J. 339 (C.S). Il arrive plus souvent cependant de ne pas tenir pour partage un acte qui met fin à l'indivision: *Marceau c. Lefavre*, [1955] B.R. 489 ; *Varin c. Guérin* (1893) R.J. 33; *Fortier c. Brisson*, [1991] R.D.I. 324 (C.S.).

⁴³⁰ Le *Code civil du Québec* règle le cas particulier de l'expropriation avec la perte du bien.

Par ailleurs, compte tenu de l'ambiguïté des termes utilisés à l'article 1036 C.c.Q., une convention d'indivision devrait toujours détailler les conditions d'application de cette décision à la majorité qui peut mettre fin à l'indivision⁴³¹. À cet égard, une convention d'indivision devrait préciser ce qu'est «une partie importante du bien indivis». En l'absence d'une telle précision, il est en effet difficile d'évaluer ce que représente une partie importante du bien indivis. Le caractère essentiel ou non de la partie perdue ou expropriée devrait être pris en considération pour ce faire. Si la partie perdue ou expropriée est essentielle à l'usage ou à l'exploitation du bien, le droit de provoquer le partage peut être exercé malgré une clause reportant le partage. S'il en est autrement, la quantité perdue ou expropriée sera alors considérée⁴³².

⁴³¹ Lucie LAFLAMME, *Convention d'indivision*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./ n.s. Biens-Formulaires-document 2, clause 6.6.

⁴³² Dans le même sens Henri PETIT, «La réforme du droit de la copropriété par indivision», (1990) 21 *R.G.D.* 285.

TITRE II-

LE REPORT EXCEPTIONNEL DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE

Le droit de provoquer le partage appartient aux copropriétaires. L'exercice de ce dernier peut cependant être suspendu par des causes qui sont, soit étrangères à leur volonté (chapitre 1), soit conformes à leur volonté (chapitre 2). Ces causes sont la convention, la disposition testamentaire, le jugement, l'effet de la loi ou encore, l'affectation du bien à un but durable⁴³³. En présence de l'une de ces causes, les indivisaires conservent en tout temps le droit de sortir de l'indivision mais ils perdent le droit d'y mettre un terme par voie de partage. Il n'en demeure pas moins que le droit de provoquer le partage à tout moment reste de principe. Le report du droit de provoquer le partage est une exception à la règle «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision», exception prévue et organisée, dans certains cas, par la loi. À preuve, dès que la cause de son report disparaît, le droit de mettre un terme à l'indivision en demandant le partage peut à nouveau être exercé. L'utilisation du terme «reporter» par le Code à l'article 1030 est significatif. Reporter un événement, en l'occurrence ici, le droit de

⁴³³ C.c.Q., art. 1030.

demander le partage, ne le fait pas disparaître⁴³⁴, seul son exercice est remis à plus tard⁴³⁵.

Quoi qu'il en soit, le report exceptionnel du partage favorise la durabilité de la modalité de copropriété. Le droit de provoquer le partage étant neutralisé temporairement, la modalité de copropriété bénéficie d'un sursis. Ceci n'assigne pas pour autant un terme défini à la modalité. Cette dernière conserve une durée indéterminée. En effet, une fois la période de report écoulée, les indivisaires récupèrent le droit de mettre en oeuvre le partage mais rien ne les oblige à le faire. Pour arriver au partage, il faut une demande en ce sens. Tant qu'une telle demande n'a pas été formulée, la copropriété perdure.

⁴³⁴ F. Laurent, *op. cit.*, note 158, no 228, p. 260.

⁴³⁵ *Petit Larousse en couleur*, Éditions Larousse, Paris, 1990, v^o reporter.

CHAPITRE 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE N'ÉMANANT PAS DE LA VOLONTÉ DES INDIVISAIRES

Le report du droit de provoquer le partage n'émanant pas de la volonté des copropriétaires peut être l'oeuvre d'un testateur (section 1) ou encore provenir d'une autorité publique (section 2). Dans ces deux cas, le droit de provoquer le partage des indivisaires est reporté sans qu'ils aient eu à en décider eux-mêmes.

SECTION 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ÉMANANT D'UNE CLAUSE TESTAMENTAIRE

Ce n'est que par exception qu'une personne qui n'est pas copropriétaire peut différer le moment où les indivisaires pourront provoquer un partage. L'article 837 C.c.Q. prévoit expressément cette possibilité pour un testateur mais la soumet à des conditions⁴³⁶. Cet article qui est une disposition particulière aux successions se lit comme suit:

«Le testateur peut, pour une cause sérieuse et légitime, ordonner que le partage soit totalement ou partiellement différé pendant un temps limité. Il peut aussi ordonner que le partage soit différé si, pour parfaire

⁴³⁶ Les nouvelles règles en matière de publicité des droits posent des difficultés si un testateur stipule également d'autres arrangements ayant trait au report du partage par exemple, l'usage et la jouissance exclusive du bien par l'un des indivisaires, des droits de préemption etc. Comme il n'est plus possible de publier un testament, pour rendre ces conventions opposables aux tiers, il faudra les mentionner dans la déclaration prévue par l'article 2998 C.c.Q.

l'exécution de ses volontés, les pouvoirs et obligations du liquidateur doivent continuer à s'exercer à un autre titre.»

Il résulte de ce texte que le report du droit de provoquer un partage, qui tire son origine d'une clause testamentaire, obéit à deux conditions. Premièrement, il doit avoir une cause (§1) et deuxièmement, il doit être limité dans le temps (§2).

§1. LA NÉCESSITÉ D'UNE CAUSE

L'article 837 C.c.Q. contient des précisions quant aux motifs auxquels doit répondre la clause testamentaire reportant le droit de provoquer le partage. La stipulation relative à ce report du droit de provoquer le partage doit être basée sur un motif sérieux et légitime (A) ou encore elle doit être nécessaire pour permettre au liquidateur d'exercer ses fonctions à un autre titre pour parfaire les volontés du stipulant (B).

A. Un motif sérieux et légitime

L'exigence d'un motif sérieux et légitime existait déjà sous le *Code civil du Bas-Canada*⁴³⁷. En l'absence de précision dans le *Code civil du Québec* à ce sujet, il convient donc de s'arrêter sur ce que la jurisprudence antérieure avait décidé à ce sujet. La jurisprudence avait décidé, et il était généralement admis, que l'attente de la majorité du plus jeune enfant du testateur constituait un motif sérieux et légitime permettant de reporter le partage⁴³⁸. La jurisprudence antérieure considérait également que la présence d'une substitution créée par testament était un juste motif pour le report du droit de provoquer le partage⁴³⁹. Il y avait nécessité, du moins sous le *Code civil du Bas-*

⁴³⁷ C.c.B.C., art. 689.

⁴³⁸ Voir notamment, *Pesant c. Pesant*, (1933) 54 B.R. 38; (1934) R.C.S. 249 (en obiter); G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 259, no 755, p. 862; F. LANGELIER, *op. cit.*, note 396, p. 447; ANONYME, «De l'état d'indivision - Droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 209; L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 158, p. 393.

⁴³⁹ *Muir c. Muir*, (1891) 7 M.L.R. 229 (C.S.).

Canada, de conserver les biens intacts pour les remettre à l'appelé⁴⁴⁰. Il serait possible d'ajouter à cette liste, l'expectative d'une décision en justice⁴⁴¹ ou de l'entrée en vigueur d'une réglementation⁴⁴². Bien que n'ayant pas fait l'objet de décisions, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent rencontrer les exigences du Code pour le report du droit de provoquer le partage par clause testamentaire.

B. L'exercice des pouvoirs du liquidateur à un autre titre

Pour parfaire l'exécution de ses volontés, un testateur peut différer le partage afin que les pouvoirs et les obligations du liquidateur puissent continuer à s'exercer à un autre titre. Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, cette disposition ne bouleverse pas le droit antérieur⁴⁴³. L'exécution des volontés du testateur était déjà considérée antérieurement comme un motif sérieux et légitime justifiant le report du droit de provoquer le partage⁴⁴⁴. Cet ajout au Code constitue davantage un exemple, une précision, de ce que représente pour le législateur un motif sérieux et légitime pouvant légitimer un report du partage.

Les pouvoirs accordés au testateur par l'article 837 C.c.Q. se veut une mesure visant à faciliter le règlement d'une succession. En outre, en empêchant les héritiers de demander le partage au terme de la liquidation, le testateur vise à protéger un ou plusieurs de ses biens ou certains de ses héritiers. Dans cette perspective, la personne qui gèrera la succession continuera à exercer ses fonctions à un autre titre, fiduciaire,

⁴⁴⁰ Le *Code civil du Bas-Canada* obligeait le grevé à remettre les biens intacts à l'appelé (C.c.B.C., art. 949 et suiv.). Ce devoir de conservation des biens en faveur de l'appelé est plus nuancé sous le nouveau Code (C.c.Q., art.1229 et 1230).

⁴⁴¹ ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 208-210.

⁴⁴² Cet exemple aurait pu se rencontrer dans le passé en matière de conversion d'immeuble indivis. La réglementation en cause doit toutefois présenter un caractère certain et utile pour valoir comme motif de report du partage.

⁴⁴³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 837 C.c.Q., p. 495; *Mc Vey c. Mc Vey*, (1890) 19 R.L. 136. Voir aussi G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 755, p. 863.

⁴⁴⁴ *Hand c. Auclair*, [1970] C.A. 253; *Boisclair c. Boisclair*, [1975] C.S. 227.

mandataire, gérant etc. Le plus souvent, toutefois, le testateur prévoira une double fonction pour le liquidateur en le nommant aussi fiduciaire. À l'égard des biens en fiducie, ce changement de titre du liquidateur en fiduciaire n'est pas une cause de report du partage puisque l'indivision cesse alors. La création d'une fiducie transfère en effet les biens dans un patrimoine distinct et autonome⁴⁴⁵. En raison de l'affectation qui existe en l'espèce, ni le liquidateur, ni le fiduciaire, ni les «indivisaires», ne détiennent de droit réel ou de droit personnel sur les biens⁴⁴⁶. Bien qu'elle possède l'avantage de faire connaître cette transformation en matière de fiducie, une clause testamentaire rédigée dans ce contexte entraîne ses interprètes hors du champ d'application du maintien de l'indivision par clause testamentaire.

En tout état de cause, le changement de titre du liquidateur n'entraîne jamais un report perpétuel du droit de provoquer le partage. L'accomplissement de la volonté du testateur, un changement de titre du liquidateur qui entraîne un transfert des biens, l'accomplissement du mandat ou la fin de la gestion y mettront un terme. Bien que le Code ne mentionne pas expressément l'exigence d'une durée limitée, le report du partage pour permettre l'exercice des pouvoirs du liquidateur à un autre titre n'est pas éternel⁴⁴⁷.

§2. LA NÉCESSITÉ UNE DURÉE LIMITÉE

Contrairement à la convention d'indivision qui limite la durée du report du partage à trente ans⁴⁴⁸, un testateur peut, par une disposition en ce sens, différer le partage pour une période plus longue. En aucun cas, cependant, une telle clause ne doit avoir pour effet d'interdire totalement le partage⁴⁴⁹. Cette souplesse en la matière contrebalance le

⁴⁴⁵ C.c.Q., art. 1260.

⁴⁴⁶ C.c.Q., art. 1261, 1265.

⁴⁴⁷ Seule la fiducie aboutit parfois à ce résultat (C.c.Q., art. 1273), mais cette question est étrangère à celle du report du droit au partage par clause testamentaire.

⁴⁴⁸ C.c.Q., art. 1013 al. 2.

⁴⁴⁹ ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 208; ANONYME, «Partage - Le testateur

fait que ce report du partage obéit à des conditions supplémentaires par rapport à celles prévues à l'article 1013 C.c.Q.

Ainsi, si le report du partage rencontre les conditions de l'article 837 C.c.Q., la limite quant à sa durée est peu importante. Il suffit que cette limite existe, qu'elle soit d'une durée raisonnable et qu'elle soit exprimée en termes dépourvus d'ambiguïtés. Le testament qui accorderait la permission aux liquidateurs de différer le partage pour une durée relevant de leur discrétion n'aurait pas pour effet de priver les indivisaires de leur droit de provoquer le partage. Il en serait de même de la disposition testamentaire qui permettrait aux liquidateurs d'attendre le moment le plus favorable dans le meilleur intérêt de la succession. Il a en effet été jugé que de telles stipulations ne suspendaient pas le droit des héritiers de provoquer le partage à tout moment. Elles fournissaient, tout au plus, un moyen de défense au liquidateur⁴⁵⁰. Pour empêcher efficacement les héritiers d'exercer leur droit de provoquer le partage, il faut donc une défense certaine et claire d'y procéder pendant un temps limité.

Enfin, il convient de souligner que la doctrine québécoise du début du siècle, en l'absence d'un terme défini par le Code à l'article 689 C.c.B.C., s'appuyait sur l'article 932 C.c.B.C. interdisant la substitution en matière successorale à plus de deux degrés outre l'institué, pour limiter à cette période tout report du partage⁴⁵¹. Comme le *Code civil du Québec* ne prévoit toujours pas de durée pour une telle clause, il serait tentant de se servir de cette doctrine pour limiter ici la durée du report du partage par clause testamentaire, d'autant plus que l'article 1221 C.c.Q. reprend en substance cet article 932 C.c.B.C. Cette façon de faire n'aurait plus de raison d'être aujourd'hui cependant. Bien que la durée du report du partage doive être expresse ou, à tout le moins, limitée, sa longueur ne suscite plus la même attention qu'autrefois. L'indivision n'est plus l'objet d'autant de méfiance. Il est même reconnu qu'elle puisse être durable. En outre,

peut-il le prohiber ou le suspendre», [1905-1906] 8 *R. du N.* 301; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, *op. cit.*, note 158, p. 393.

⁴⁵⁰ *Hand c. Auclair*, [1970] C.A. 253; *Gervais c. Gervais*, [1963] R.P. 49.

⁴⁵¹ ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 209-210; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.2, *op. cit.*, note 396, p.447 (fixe une limite quant à la durée de 100 ans.)

l'article 837 C.c.Q. vise d'abord à faciliter la réalisation des volontés du testateur qui doivent, toutefois, rencontrer des conditions particulières quant à leur bien-fondé. Le report du partage et surtout sa durée ne sont que des considérations accessoires. À preuve, si la durée du report du partage par une clause testamentaire possédait une telle importance pour le législateur, il lui aurait sûrement imposé une limite de temps bien définie comme en matière de convention d'indivision⁴⁵². Or, ici, il ne prévoit qu'une obligation de limiter la durée sans en spécifier la longueur.

SECTION 2- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ÉMANANT DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

Le report du partage peut être différé par l'autorité publique dans certains cas. La loi intervient expressément pour suspendre le droit de provoquer le partage des indivisaires durant la période de liquidation d'une succession (§1). Le droit de mettre un terme à l'indivision par un partage peut aussi être paralysé par décision de justice pour divers motifs (§2).

§1. LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE PENDANT LA LIQUIDATION D'UNE SUCCESSION

Le Code interdit expressément toute demande en partage pendant la période de liquidation d'une succession. L'article 836 C.c.Q. dispose en effet que:

«Le partage ne peut avoir lieu ni être exigé avant la fin de la liquidation.»

⁴⁵² C.c.Q., article 1013 al. 2.

Selon les *Commentaires du ministre*, cette mesure, qui ne bouleverse pas le droit antérieur⁴⁵³, s'explique par le fait «qu'il est difficile d'exiger le partage d'un patrimoine dont on ne connaît pas la teneur définitive, ce que seule la liquidation permet d'établir.»⁴⁵⁴

Ainsi, tant que dure la liquidation, le liquidateur pourra empêcher le partage. Le droit de provoquer le partage ne pourra être exercé à nouveau qu'au terme de cette période. Selon l'article 819 al.2 C.c.Q., cette période d'interdiction prendra fin par la décharge du liquidateur laquelle n'intervient qu'après l'acceptation de son compte définitif⁴⁵⁵. Comme les autres cas de report, cette mesure qui restreint le droit de provoquer le partage a un caractère temporaire et exceptionnel. Au terme de cette période, le droit au partage pourra être exercé en tout temps. Le fait que ce soit la loi qui reporte ainsi le partage ne change rien à cela.

§2. LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE ORDONNÉ PAR DÉCISION DE JUSTICE

Contrairement au *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* admet expressément le report du droit de provoquer le partage par décision de justice. Certaines exigences doivent cependant être respectées. Ce pouvoir que le Code accorde aux tribunaux démontre qu'il considère que le partage n'offre pas toujours une solution avantageuse pour les indivisaires ou pour les biens indivis. En prévoyant cette possibilité d'ordonner le report du partage, le législateur équilibre les intérêts individuels et collectifs existant en matière de copropriété. Encore une fois, ce report du

⁴⁵³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 836, p. 494; G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 754, p. 861; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 158, p. 393; *Findlay c. Lusk*, (1941) 79 C.S. 350. Dans cet arrêt, il répugnait au juge d'ordonner le partage alors que la composition de la succession n'était pas encore exactement connue.

⁴⁵⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 836, p. 494.

⁴⁵⁵ C.c.Q., art. 822.

droit de provoquer le partage a un caractère essentiellement temporaire et exeptionnel⁴⁵⁶.

Ceci étant, le report du partage peut être ordonné tant pour les indivisions d'origine successorale (A) que pour les autres (B). Comme le Code contient des dispositions spécifiques sur cette question en matière d'indivision successorale, ces dernières prévalent sur celles du chapitre sur la copropriété par indivision lorsque l'indivision provient d'une succession. La spécificité de ces dispositions en matière successorale empêche par ailleurs les indivisaires, lorsque l'indivision n'est pas successorale, d'invoquer les règles contenues au Livre des successions, sauf exceptions⁴⁵⁷.

A. Dans les indivisions d'origine successorale⁴⁵⁸

À l'instar du droit français⁴⁵⁹, le Code préserve certains biens d'un morcellement prématuré en accordant la possibilité aux indivisaires de demander en justice le report du partage qui a été requis par l'un d'entre eux. Deux sortes de sursis existent pour ce faire (a). Bien que répondant à des buts distincts, ils obéissent à certains principes communs (b).

a. Les sortes de sursis à l'exécution d'une demande en partage dans les indivisions successorales

Le report du partage par décision de justice se justifie, en matière successorale, soit par des motifs d'ordre principalement familiaux (a) ou soit par des motifs d'ordre principalement économiques (b).

⁴⁵⁶ 2967-6566 *Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 1669 (C.S.) (en appel).

⁴⁵⁷ Les indivisaires, par convention, peuvent convenir qu'ils se reporteront aux règles contenues au Livre des successions à moins que, ce faisant les indivisaires ne dérogent à l'ordre public (C.c.Q., art. 9). La loi contient une disposition qui réfère au Livre des successions (C.c.Q., art. 1037 al.2).

⁴⁵⁸ Sur cette question, voir G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, nos 758 à 763, pp. 867 à 877.

⁴⁵⁹ C.c.f., art. 815-1.

1. le sursis à l'exécution d'une demande en partage motivé par des raisons familiales

Le sursis au partage motivé par des raisons familiales vise à protéger certains biens particuliers en raison de leur importance pour un ou plusieurs indivisaires. Il concerne deux sortes de biens: l'entreprise à caractère familial et la résidence familiale ainsi que les meubles du ménage.

Aux motivations familiales se greffent ici des arguments économiques. En effet, le sursis au partage de ces biens permet aux indivisaires qui le demandent de réunir les sommes nécessaires pour désintéresser les autres. Il convient de mentionner à cet égard que les articles 856 à 859 C.c.Q. autorisent certains d'entre eux à demander une attribution préférentielle de ces mêmes biens. Ainsi, par exemple, le sursis à l'exécution d'une demande en partage peut permettre à un conjoint d'obtenir un délai pour réunir le montant nécessaire au paiement d'une soulte en contrepartie de l'attribution préférentielle de la résidence familiale⁴⁶⁰.

Quoi qu'il en soit, peu importe le bien visé, lorsqu'un tribunal statue sur une demande de sursis motivée par des raisons familiales, plusieurs considérations entrent en ligne de compte. Le tribunal examine les dispositions testamentaires, les intérêts en présence ainsi que les moyens de subsistance que la famille et les héritiers retirent du ou des biens concernés. Les conventions entre associés ou actionnaires auxquelles le défunt était partie sont, en tout état de cause, respectées⁴⁶¹.

i. l'entreprise à caractère familial

L'article 839 C.c.Q. prévoit la possibilité de demander au tribunal de surseoir à la demande en partage des entreprises ou des parts sociales, actions ou autres valeurs mobilières liées à celles-ci. Cet article se lit comme suit:

⁴⁶⁰ C.c.Q., art. 856.

⁴⁶¹ C.c.Q., art. 842.

«Malgré une demande en partage, l'indivision peut être maintenue à l'égard d'une entreprise à caractère familial dont l'exploitation était assurée par le défunt, ou à l'égard des parts sociales, actions ou autres valeurs mobilières liées à l'entreprise dans le cas où le défunt en était le principal associé ou actionnaire.»

Cette mesure vise à éviter le partage d'une succession qui compromettrait la viabilité d'une entreprise à laquelle participait le défunt ou encore qu'un héritier qui y collaborait étroitement se retrouve privé, à la suite du partage, du fruit de ses efforts. Selon les propos tenus lors de l'adoption de cet article, le maintien de l'indivision permet notamment de conserver le moyen de subsistance de certains héritiers⁴⁶². D'après Germain Brière, le caractère familial d'une entreprise tient en grande partie à cette question de subsistance⁴⁶³. S'il est aisé, dans ce contexte, de qualifier d'entreprise à caractère familial une entreprise exploitée uniquement par le défunt, il en va autrement lorsque l'entreprise est exploitée avec d'autres personnes. Il résulte des termes des articles 839 et 841 C.c.Q. qu'il suffit que le défunt exploite l'entreprise visée par la demande de sursis ou qu'il en soit le principal associé ou actionnaire. L'identité des personnes en affaires avec lui, qu'elles soient de la famille ou non, importe donc peu pour sa qualification⁴⁶⁴.

L'identité de la personne qui présente la demande de sursis au partage revêt, elle, une grande importance. Selon l'article 841 C.c.Q., l'héritier qui demande au tribunal le report du partage doit prouver qu'il participait activement à l'exploitation de l'entreprise. Une simple participation financière d'un héritier à l'entreprise familiale, même importante, ne rencontrerait pas cette exigence. Il s'agit là de la seule condition établie par le Code à part le statut d'héritier. Partant, il importe peu que ce dernier soit un membre de la famille ou non. D'après certains propos échangés en commission parlementaire au sujet de cet article toutefois, le demandeur ne peut être un subordonné. Selon ces propos, «participer activement à l'exploitation d'une entreprise» signifie

⁴⁶² *Journal des débats*, S.-C.I., 21 juin 1985, p. 612.

⁴⁶³ G. BRIERE, *Traité de droit civil, «Les successions»*, op. cit., note 438, no 759, p. 867; Marc-André LAMONTAGNE, «Liquidation et partage de successions», dans *La Réforme du Code civil*, t.1, Sainte-Foy, P.U.L., p. 359, à la page 414.

⁴⁶⁴ G. BRIERE, op. cit., note 438, no 759, p. 868.

participer à l'exploitation d'un bien en vue d'un profit; rôle qui ne convient pas à un simple exécutant. Il semble néanmoins, toujours selon ces échanges, que la qualité de copropriétaire ne soit pas obligatoire⁴⁶⁵.

ii. la résidence familiale et les meubles à l'usage du ménage

Dans le but de protéger les héritiers qui les utilisent, le Code prévoit la possibilité de retarder le partage de la résidence familiale et des meubles qui servent à l'usage du ménage⁴⁶⁶. L'article 840 C.c.Q. dispose que:

«L'indivision peut aussi être maintenue à l'égard de la résidence familiale ou des meubles qui servent à l'usage du ménage, même dans le cas où un droit de propriété, d'usufruit ou d'usage est attribué au conjoint survivant.»

Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*⁴⁶⁷, le report du partage,

« (...) permet de conserver intacte la destination commune de ces biens pour le temps nécessaire, par exemple, à l'acquisition par les enfants d'une autonomie suffisante ou à l'accumulation, par les intéressés, de fonds suffisants pour permettre de désintéresser celui qui demande le partage.»

Selon les termes de cet article 840 C.c.Q., le partage peut être différé, bien qu'un droit de propriété, d'usufruit ou d'usage soit attribué au conjoint survivant⁴⁶⁸. Par exemple, le sursis au partage pourra être demandé lorsqu'un testament accorde un droit d'usufruit au conjoint survivant alors qu'un héritier nu-copropriétaire demande le partage. Le sursis au partage pourra encore être demandé, par exemple, lorsque le conjoint survivant se

⁴⁶⁵ Journal des débats, S.-C.I., 26 juin 1985, pp. 624 et 625; S.-C.I. du 4 juillet 1985, p. 993; G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 761, p. 874.

⁴⁶⁶ Pour une définition voir : C.c.Q., art. 401 al. 2.

⁴⁶⁷ MINISTERE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 840 C.c.Q., p. 496.

⁴⁶⁸ C.c.Q., art. 410 et 429 al.2.

retrouve copropriétaire du bien par une clause du testament ou par le mécanisme de la prestation compensatoire⁴⁶⁹ alors que les autres titulaires en sont devenus copropriétaires par le jeu de la succession légale.

En tout état de cause, pour pouvoir demander le maintien de l'indivision de la résidence familiale ou des meubles qui servent à l'usage du ménage, l'héritier doit prouver qu'il demeurait dans la résidence familiale avant le décès⁴⁷⁰. Il s'agit là de la seule exigence. À l'instar du sursis existant pour les entreprises à caractère familial, le nombre des demandeurs potentiels pour ce sursis au partage est limité.

2. le sursis à l'exécution d'une demande en partage pour raisons d'économie

L'article 843 C.c.Q. prévoit et organise le sursis au partage motivé par des raisons d'économie. Cet article dispose que:

«À la demande d'un héritier, le tribunal peut, afin d'éviter une perte, surseoir au partage immédiat de tout ou partie des biens et maintenir l'indivision à leur égard.»

Il résulte de cet article que les seules conditions requises pour demander ce sursis sont le statut d'héritier et la prévention d'une perte. Contrairement au *Code civil français*, le *Code civil du Québec* ne précise pas ce qu'il entend par le mot «perte». Vu la généralité des termes qu'il utilise, rien n'oblige à restreindre l'interprétation du mot «perte» à une perte en valeur comme en France⁴⁷¹. Il faut admettre, néanmoins, que les hypothèses de pertes, autres qu'en valeur, seront difficiles à prouver et rares.

⁴⁶⁹ C.c.Q., art. 429 al. 2.

⁴⁷⁰ C.c.Q., art. 841.

⁴⁷¹ article 815 du C.c.f. « (...) *À la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis (...)* ». Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 60-13, p. 99; contra E.S. de la MARNIERRE, «Des conventions d'indivision (loi du 31 décembre 1976)», *Gaz. Pal.* 1977.II.Doctr.259, 262.

Au surplus, la perte à éviter devrait être potentielle pour l'ensemble des indivisaires⁴⁷². Autrement, il suffirait à l'un d'entre eux d'invoquer une perte possible en ce qui le concerne pour forcer les autres indivisaires à demeurer dans l'indivision. Pour obtenir un sursis, la perte à éviter devrait être également imminente⁴⁷³ et présenter un degré de certitude suffisant. À quoi servirait, sinon, le sursis au partage si la perte ne représentait qu'une éventualité lointaine. Permettre le sursis au partage dans ce dernier cas le généraliserait. Le sursis à l'exécution d'une demande en partage constitue, au contraire, une exception car il fait obstacle au droit de demander le partage à tout moment.

En tout état de cause, le sursis au partage tel que prévu par le *Code civil du Québec* équilibre les intérêts collectifs et les intérêts individuels de chacun. Il contrecarre la demande en partage prématurée qui diminuerait la valeur du droit des autres indivisaires.

b. Le caractère temporaire et exceptionnel de ces sursis en matière successorale

L'article 844 C.c.Q. établit que le sursis au partage par décision de justice est une mesure temporaire et exceptionnelle:

«Le maintien de l'indivision a lieu aux conditions fixées par le tribunal; il ne peut, cependant, être accordé pour une durée supérieure à cinq ans, sauf l'accord de tous les intéressés.

Il peut être renouvelé jusqu'au décès du conjoint ou jusqu'à la majorité du plus jeune enfant.»

En vertu de cet article, le juge peut imposer aux indivisaires des conditions: payer une compensation à certains indivisaires, conclure une convention de gestion incluant des accords quant à l'utilisation du bien, à sa gérance etc. Ce pouvoir ne lui permet pas, toutefois, d'autoriser un maintien de l'indivision pour une durée supérieure à cinq ans.

⁴⁷² M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 78, p. 55; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1238, p. 413; F. ZÉNATI, *op. cit.*, note 192, no 279, p. 291.

⁴⁷³ M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 76, p. 54.

Il résulte également des termes de cet article que seul l'accord de tous les intéressés lui permettrait de reporter le partage pour une durée supérieure.

Le *Code civil du Québec* protège, par ailleurs, particulièrement le conjoint et les héritiers mineurs du défunt par le texte du second alinéa de l'article 844 C.c.Q. en permettant le renouvellement, à coup de cinq ans, du sursis au partage jusqu'au décès du conjoint ou jusqu'à la majorité du plus jeune enfant du défunt. Cette façon de procéder, selon les *Commentaires du ministre*, permet «d'atteindre de façon adéquate les objectifs poursuivis par le maintien de l'indivision, sans préjudicier outre mesure aux droits des héritiers intéressés au partage.»⁴⁷⁴ Ce renouvellement du sursis n'affecte pas le caractère temporaire et exceptionnel du sursis au partage. Le texte de l'article 845 C.c.Q. abonde en ce sens. Fidèle à son principe que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision», le *Code civil du Québec* autorise expressément le juge à réviser sa décision. À la demande d'un indivisaire:

*«Le tribunal peut ordonner le partage lorsque les causes ayant justifié le maintien de l'indivision ont cessé, ou que l'indivision est devenue intolérable ou présente de grands risques pour les héritiers.»*⁴⁷⁵

Le Code encadre donc les sursis au partage en matière successorale non seulement pour leurs conditions d'ouverture, de mise en oeuvre, de délai etc., mais aussi durant leur existence. Ces sursis doivent en effet avoir une cause précise. Lorsque cette cause disparaît ou lorsqu'elle devient nuisible pour les indivisaires, ces sursis n'ont plus leur raison d'être. Par conséquent, le droit de provoquer le partage prévaut de nouveau.

L'article 846 C.c.Q. fournit également des indices sur le caractère exceptionnel du sursis ordonné par un tribunal. Cet article mentionne expressément que la suspension du droit de provoquer le partage ne concerne que les biens pour lesquels elle a été demandée. De plus, le Code établit que le sursis n'empêche pas les indivisaires, qui le veulent, de sortir de l'indivision:

⁴⁷⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 844, p. 498.

⁴⁷⁵ C.c.Q., art. 845.

«Si la demande en maintien de l'indivision ne vise qu'un bien particulier ou un ensemble de biens, rien n'empêche de procéder au partage du résidu des biens de la succession. Par ailleurs, les héritiers peuvent toujours satisfaire celui qui s'oppose au maintien de l'indivision en lui payant eux-mêmes sa part ou en lui attribuant, après évaluation, certains autres biens de la succession.»

En tout état de cause, le droit de provoquer le partage, demeure incontestablement la règle et le report du partage, l'exception. À preuve, le sursis au partage d'une indivision successorale ordonnée par décision de justice possède une durée éphémère. Ceci vaut également pour le sursis au partage des indivisions qui ne proviennent pas d'une succession.

B. Dans les indivisions d'origine non successorale

Contrairement aux dispositions en matière successorale, il n'existe dans les indivisions d'origine non successorale, que le sursis au partage visant à éviter une perte (a). À l'instar des sursis en matière successorale, toutefois, cette façon de reporter le partage est une mesure temporaire et exceptionnelle (b).

a. Le sursis au partage pour éviter une perte

En matière autre que successorale, le législateur n'a pas cru bon de protéger certains indivisaires ou certains biens au détriment de d'autres. Le législateur prend ici pour acquis que les indivisaires sont en mesure de veiller à leurs intérêts. C'est pourquoi il n'existe pas, aux articles 1012 et suiv. C.c.Q., de sursis au partage par décision de justice faisant appel à des motifs particuliers; d'autant plus qu'aucun mécanisme d'attribution préférentielle, dont un sursis faciliterait la réalisation, n'y est prévu. Le Code concède toutefois qu'une demande en partage formulée à contretemps peut occasionner une perte pour les indivisaires. C'est pourquoi, il leur permet de demander un sursis au partage pour ce motif.

Le sursis au partage par décision de justice afin d'éviter une perte obéit aux mêmes règles de fonctionnement que celui prévu en matière successorale. Comme le sursis au partage pouvant être ordonné en matière d'indivisions successorales, la perte à éviter

doit présenter un caractère imminent, collectif et assez certain. Autrement, le droit au partage serait trop facilement mis de côté. De même, comme le sursis au partage pouvant être ordonné pour les indivisions successorales, le Code précise également qui peut demander un sursis au partage par décision de justice. Selon cet article, seuls les indivisaires bénéficient de cette prérogative. Ce droit n'appartient pas, par conséquent, aux tiers, notamment aux créanciers⁴⁷⁶.

b. Le caractère temporaire et exceptionnel de ce sursis

Le sursis au partage d'une indivision non successorale diffère, quant à sa durée et à son renouvellement, des sursis prévus en matière successorale. Les origines distinctes de ces indivisions expliquent ces différences. Les dispositions des articles 843 à 845 C.c.Q. visent principalement à protéger certains héritiers, dont le conjoint et les enfants du défunt. Cette particularité, en matière successorale, justifie la possibilité de maintenir l'indivision pour une période plus longue, avec possibilité de renouvellement même. Le législateur ne poursuit pas un tel but en matière non successorale. C'est pourquoi il est moins permissif. Ainsi, le sursis au partage, tel que prévu par l'article 1032 C.c.Q., dure au maximum deux ans et n'est pas renouvelable⁴⁷⁷. Cet article 1032 C.c.Q. prévoit en effet que:

«À la demande d'un indivisaire, le tribunal peut, afin d'éviter une perte, surseoir au partage immédiat de tout ou partie du bien et maintenir l'indivision pour une durée d'au plus deux ans.

Cette décision peut être révisée si les causes qui ont justifié le maintien de l'indivision ont cessé ou si l'indivision est devenue intolérable ou présente de grands risques pour les indivisaires.»

À l'instar des sursis au partage en matière successorale, le Code permet expressément au juge de réviser sa décision. Le Code cherche d'abord à préserver les intérêts collectifs des indivisaires. Si le sursis les compromet ou les menace, le maintien l'indivision ne

⁴⁷⁶ Ils pourraient toutefois procéder par action oblique. (C.c.Q., art. 1627 et suiv.)

⁴⁷⁷ Le caractère exceptionnel de cette mesure et la comparaison des articles 843 et 1032 C.c.Q. commandent cette interprétation.

se justifie plus. Dans ces cas, le droit de provoquer le partage peut être exercé à nouveau.

Pas plus que les sursis en matière successorale, le sursis de cet article 1032 C.c.Q. ne remet en question le droit de provoquer le partage de l'article 1030 C.c.Q. Il en paralyse seulement l'exercice. Cependant, pour ne pas faire durer une situation potentiellement conflictuelle en raison du désir d'un ou plusieurs indivisaires de mettre un terme à l'indivision, le Code prévoit et organise la possibilité d'allotir ceux qui ne désirent pas y demeurer⁴⁷⁸. Par ce mécanisme, les indivisaires qui refusent le maintien de l'indivision en sortent eux-mêmes mais sans pour autant que l'indivision du ou des biens cesse.

Enfin, il convient de noter que l'article 1032 C.c.Q., contrairement à l'article 844 C.c.Q., ne permet pas à un juge d'imposer des conditions au maintien de l'indivision. À la suite d'une demande de sursis, ce dernier ne peut que l'autoriser ou la refuser après avoir évalué ses conséquences pour l'intérêt collectif des indivisaires. Les rapports entre ces derniers sont alors, si le juge autorise le sursis, réglés par les dispositions de la convention d'indivision ou, en son absence ou à son expiration, par les règles prévues aux articles 1012 et suiv. C.c.Q.

⁴⁷⁸ C.c.Q., art. 1033, 1034.

CHAPITRE 2- LE REPORT DU DROIT AU PARTAGE ÉMANANT DE LA VOLONTÉ DES INDIVISAIRES

Comme tous les autres moyens de reporter le partage, le report du droit de demander le partage consécutif à une manifestation de volonté des indivisaires contribue à la durabilité et à la stabilité de la modalité de copropriété. Ces façons de reporter le partage n'assignent pas un terme à la modalité, elles ne font que différer le moment où il pourra être mis fin à l'indivision par voie de partage. Ainsi, seul le droit de provoquer le partage est suspendu. Ceci étant, le report volontaire du droit au partage peut emprunter deux voies: la convention d'indivision (section 1) ou l'affectation du bien à un but durable (section 2).

SECTION 1- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE PRÉVU PAR CONVENTION D'INDIVISION

Divers articles du chapitre sur la copropriété par indivision supposent la conclusion d'une convention d'indivision. Cette entente contient souvent une clause qui reporte le partage. Le Code met d'ailleurs l'accent, à plus d'un endroit, sur ce report qui contribue à la durabilité de la modalité.

La convention d'indivision comportant une clause qui reporte le partage mérite d'abord quelques considérations sur l'état et l'intensité de l'organisation de l'indivision qu'elle

établit (§1). Les clauses ayant trait au droit de demander le partage et les règles auxquelles elles obéissent seront ensuite envisagées en détails (§2).

§1. LA CONVENTION D'INDIVISION COMPORTANT UNE CLAUSE DE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE

La convention d'indivision est un contrat, c'est à dire un accord de volontés⁴⁷⁹. Par conséquent, le contenu d'une convention d'indivision influence la capacité requise pour y consentir (A). Mais sans clause reportant le droit de provoquer le partage, les conventions entre les parties risquent de tomber à tout moment (B).

A. L'influence du contenu de la convention sur la capacité requise

Le contenu d'une convention d'indivision est fort variable. Il faut donc l'analyser afin de déterminer la capacité requise pour y consentir. Dans certains cas, la capacité d'administrer sera suffisante (a); dans d'autres cas, la capacité de disposer devra être obtenue (b).

a. La capacité d'administrer

L'article 215 C.c.Q. est le seul article du *Code civil du Québec* qui fait allusion à la capacité nécessaire pour conclure une convention d'indivision qui reporte le partage. Bien qu'il concerne le pouvoir du tuteur de consentir à cette entente, l'article 215 C.c.Q. devrait être utilisé pour les autres personnes protégées. En l'absence d'autres dispositions sur le sujet, il faut l'utiliser par extension analogique. L'article 215 C.c.Q. dispose que:

«Le tuteur peut conclure seul une convention tendant au maintien de l'indivision, mais, en ce cas, le mineur devenu majeur peut y mettre fin dans l'année qui suit sa majorité, quelle que soit la durée de la

⁴⁷⁹ C.c.Q., art. 1378.

convention.

La convention autorisée par le conseil de tutelle et par le tribunal lie le mineur devenu majeur.»⁴⁸⁰

Il résulte des termes de cet article que la capacité d'administrer suffit pour conclure une convention tendant au maintien de l'indivision⁴⁸¹. Dans l'esprit du législateur toutefois, la convention d'indivision en l'espèce ne reprend, sans en altérer la substance, que les dispositions des articles 1012 et suiv. C.c.Q.⁴⁸² La capacité d'administrer n'est donc pas suffisante dans tous les cas.

Il va de soi, néanmoins, que la capacité d'administrer soit la voie normale en matière de capacité pour la conclusion d'une convention d'indivision. Les aménagements d'une convention d'indivision portent habituellement sur l'*usus* et le *fructus* du droit de propriété. Le fait qu'une convention reporte le partage ne modifie pas cette assertion. En reportant le droit de demander le partage, les indivisaires décident du rôle d'emploi de leur droit: ne pas le mettre en oeuvre pendant une période déterminée. Cette décision est moins grave que la mise en oeuvre du partage qui elle, relève de l'*abusus* du droit de

⁴⁸⁰ Ceci vaut également pour le majeur en tutelle en raison du renvoi prévu par l'article 287 C.c.Q.

⁴⁸¹ En droit français, l'article 1873-4 C.c.f. exige une capacité de disposer pour conclure une convention d'indivision, et ce, dans tous les cas. Des auteurs français (C. ATIAS, *op. cit.*, note 15, p. 134 note 83; M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 498, p. 204) expliquent cette exigence par le fait que la convention d'indivision emporte renonciation au droit de demander le partage. Or, il se peut qu'une telle convention ne reporte pas ce dernier. De plus, contrairement à ce qu'ils affirment, la convention d'indivision n'emporte pas renonciation au droit de demander le partage, elle entraîne plutôt sa suspension.

⁴⁸² Selon les commentaires du ministre de la Justice, «(...) [L'article 215] opère une concordance avec les dispositions relatives au maintien de l'indivision prévues aux articles 839 à 846 du livre Des successions, ainsi qu'avec la réglementation de l'indivision prévue aux articles 1012 et suivants du livre Des Biens.» MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaire du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, p. 149. La concordance entre les articles 839 à 846 C.c.Q. et 1012 et suiv. C.c.Q. est toutefois difficile à percevoir de prime abord. Les articles 839 à 846 C.c.Q. visent le maintien de l'indivision ordonné par décision de justice. Le rapport avec la capacité d'un tuteur de conclure une convention d'indivision semble alors assez éloigné. Il apparaît cependant dans le cas où une demande de maintien de l'indivision a été formulée alors qu'un mineur ou une autre personne en tutelle est indivisaire. L'article 215 C.c.Q. autorise alors le tuteur à conclure une convention d'indivision accessoire au maintien de l'indivision ordonné par décision de justice.

propriété⁴⁸³. Cette distinction a d'ailleurs été vue par le législateur lui-même. Dans les *Commentaires du ministre*, il est mentionné que:

«Comme le maintien de l'indivision a des conséquences moins radicales sur le patrimoine du mineur que le partage définitif, il semble logique de permettre au tuteur de conclure seul une telle convention. Cependant, pour éviter que le mineur ne souffre préjudice de ce fait, la convention ne lie le mineur devenu majeur que dans le cas où elle a été autorisée par le conseil de tutelle et le tribunal. Dans les autres cas, il peut y mettre fin dans l'année qui suit sa majorité.»⁴⁸⁴

Il résulte donc de ce qui précède que, à moins d'une indication contraire dans l'ouverture de leur régime de protection, un mineur simplement émancipé⁴⁸⁵ et un majeur pourvu d'un conseiller⁴⁸⁶ peuvent conclure seuls une convention d'indivision car ils jouissent de l'administration de leurs biens. Dans ces deux cas, il convient de le mentionner, la convention d'indivision conclue sans assistance, à supposer qu'elle était requise, ne pourra être annulée ou les obligations qui en découlent réduites, que si la personne protégée en subit un préjudice⁴⁸⁷.

b. La capacité de disposer

La convention d'indivision consentie par une personne possédant uniquement la capacité d'administrer ne met pas complètement de côté les règles d'un régime de protection. Si cette convention contient des stipulations susceptibles de diminuer la valeur du patrimoine d'une personne protégée, il faut obtenir les consentements requis

⁴⁸³ Voir *infra*, chapitre préliminaire, section 2, para 1.

⁴⁸⁴ *Id.* Comme l'explique si bien Michel Dagot, la possibilité pour un mineur de se dégager d'une convention d'indivision ne remet pas en cause la validité de celle-ci, mais plutôt sa durée dans le temps. Le deuxième alinéa de l'article 215 C.c.Q., qui permet à un mineur de se dégager d'une convention d'indivision conclue par son ancien tuteur, n'a, par conséquent, aucune influence sur la question de la capacité de conclure une convention d'indivision. M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 497, p. 203.

⁴⁸⁵ C.c.Q., art. 172.

⁴⁸⁶ C.c.Q., art. 292.

⁴⁸⁷ C.c.Q., art. 173, 174, 293 et 294.

pour la capacité de disposer. Si par exemple, la convention d'indivision prévoit une hypothèque entrecroisée, il faut, pour en venir à l'affectation hypothécaire, obtenir une capacité de disposer. Cette affectation est liée à l'exercice du droit de disposer, élément fondamental du droit de propriété. Ceci vaut également pour le tuteur malgré la présence de l'article 215 C.c.Q. Il ne s'agit plus ici, en effet, de reprendre, en substance, les articles 1012 et suiv. C.c.Q., mais de poser un acte, en l'occurrence ici l'hypothèque, qui risque de diminuer la valeur du patrimoine du mineur.

Pour ces mêmes raisons, la capacité de disposer devrait encore être exigée lorsqu'un point de la convention d'indivision modifie substantiellement le régime légal de la copropriété. Il faut alors rechercher s'il y a risque d'atteinte à la valeur du patrimoine du contractant. Dans l'affirmative, la capacité de disposer devra être obtenue. Tel serait le cas, par exemple, d'une convention d'indivision mettant de côté la règle de l'unanimité pour les actes extraordinaires tels que la vente d'une partie importante du bien ou encore un changement dans sa destination. Ces conventions aboutissent à donner l'autorisation, à la majorité stipulée, de vendre ou encore de changer la destination convenue, ce qui porte atteinte au droit détenu. En présence de personnes protégées, il faut alors exiger la capacité de disposer. Ceci vaut, encore une fois, pour le tuteur. Il résulte de la rédaction de l'article 215 C.c.Q., ainsi que des commentaires qui l'accompagnent, que ce dernier ne peut participer à un acte qui risque de diminuer le patrimoine de la personne qu'il représente⁴⁸⁸.

En tout état de cause, une capacité de disposer est un atout lors de la conclusion d'une convention d'indivision. La capacité de disposer évite que le mineur devenu majeur ne remette en question la convention⁴⁸⁹ et évite, en cours d'indivision, la mise en oeuvre des règles d'un régime de protection à chaque fois qu'une décision les requérant doit être prise.

⁴⁸⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaire du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, commentaire sous l'article 215, p. 149.

⁴⁸⁹ C.c.Q., art. 215 al.2.

B. La clause reportant le droit de provoquer le partage comme facteur de durabilité de la copropriété

Selon le bon vouloir des indivisaires, une convention d'indivision peut être un contrat très simple ou un véritable code de conduite organisant leurs rapports. Ceci étant, une clause qui reporte le droit de provoquer le partage en est habituellement un élément important (a). Les autres clauses n'ont pour but que d'organiser l'indivision en attendant la mise en oeuvre du partage (b). Elles perdent leur raison d'être une fois la copropriété disparue.

a. Le rôle de la clause reportant le droit de provoquer le partage

Le rôle principal assigné à la clause reportant le droit de provoquer le partage est celui d'assurer la durabilité de l'indivision. La clause qui reporte le partage permet aux indivisaires de profiter pleinement du bien sans que l'épée de Démoclès représentée par le droit de provoquer le partage vienne troubler leurs initiatives. En s'assurant ainsi de la stabilité et de la durabilité de l'indivision, les indivisaires s'efforceront, entre autres, de conserver et d'améliorer le bien; ce que la perspective d'un partage rendait incertain.

Le report du droit de provoquer le partage qui assure la stabilité de l'indivision facilite, en outre, le financement des indivisaires. En effet, l'article 1021 C.c.Q. protège, dans une certaine mesure, les créanciers des indivisaires en cas de partage mis en oeuvre avant le terme prévu. Selon cet article, le partage qui a lieu avant le moment fixé par la convention d'indivision est, en principe, inopposable aux créanciers des indivisaires⁴⁹⁰.

La stabilité, et partant, la durabilité de l'indivision peut, par ailleurs, être obtenue autrement que par la voie de la suspension du droit de provoquer le partage. En effet, il est possible de procurer une certaine durabilité à l'indivision en rendant la mise en oeuvre du droit de provoquer le partage plus onéreuse. La Cour supérieure vient de rendre un jugement sur cette question⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Cet article et ses faiblesses seront analysés dans la seconde partie de cet ouvrage.

⁴⁹¹ 2967-6566 *Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 1669 (porté en appel)

Dans cette affaire, la compagnie 2847-3254 Québec inc. est l'unique propriétaire d'un immeuble situé à La Plaine évalué à plusieurs millions de dollars. Cinq membres d'une famille Beaugard en sont actionnaires à parts égales. En mars 1991, 2847-3254 Québec inc. accepte de vendre 50% des terrains à la société PRONÉGIM Ltée qui répartira cette proportion entre cinq (5) investisseurs qu'elle trouvera. Jean-Guy Baribeau, l'actionnaire de cette compagnie, recrute les indivisaires suivants: Les Placements Micheline Lemieux (15%), 2855-7346 Québec inc (10%), 2857-4887 Québec inc. (5%) et sa propre compagnie PRONÉGIM Ltée (10%). Ne trouvant pas d'acquéreur pour le dernier 10 %, Fernand Beaugard, l'un des vendeurs, propose à Jean-Guy Baribeau, son fils Yvan qui acquiert ce dernier 10% par le biais de sa compagnie, 2855-6447 Québec inc.

Fernand Beaugard et Jean-Guy Baribeau forment ensuite la société 2850-6327 Québec inc. pour agir comme gestionnaire et promoteur pour la mise en valeur et la vente de la terre en lots subdivisés. En août 1991, l'ensemble des copropriétaires signent une convention d'indivision et une convention de gestion. La convention d'indivision contient une clause qui se lit comme suit:

«2.08: Chaque copropriétaire reconnaît par les présentes qu'il serait contraire et à l'encontre des intérêts économiques de tous les copropriétaires de demander le partage ou la licitation du projet. En conséquence chaque copropriétaire, par les présentes, convient et reconnaît qu'advenant que l'un d'eux demande ou prenne des procédures judiciaires pour obtenir le partage du projet, qu'il fera en sorte que soit payé, aux autres copropriétaires, un montant qui sera déterminé en multipliant son pourcentage des droits indivis respectifs dans le produit de trois (3) fois la valeur marchande.»⁴⁹²

Un jugement déclaratoire datant du 29 septembre 1994 avait déjà reconnu, entre autres, la validité de cette clause⁴⁹³. Le juge fait sien ce jugement et déclare que la clause 2.08 de la convention d'indivision ne prohibe pas le partage même si elle le rend plus onéreux. Bien que sévère, la clause pénale ci-dessus n'en demeure pas moins valide. Selon le juge, cette clause a été librement consentie et a «fait l'objet de nombreuses

⁴⁹² *Id.*, p. 11 du texte intégral.

⁴⁹³ *Id.*, p. 20 du texte intégral.

discussions entre les parties qui l'avaient jugée nécessaire et indispensable. Les motivations d'inclusion de cette clause étaient d'ordre fiscal et administratif. Elle ne voulait pas régler uniquement l'aspect fiscal du projet mais aussi sa réalisation.»⁴⁹⁴

Qu'il soit suspendu ou simplement rendu plus onéreux, le droit de provoquer le partage est la pierre angulaire des accords entre les indivisaires. Les autres clauses ou les dispositions accessoires de la convention lui sont, quant à leur effet et leur utilité, intimement liées.

b. Le rôle subsidiaire des autres clauses d'une convention reportant le partage

Les autres clauses d'une convention d'indivision organisent l'indivision en aménageant les rapports entre les indivisaires sur le bien. Les indivisaires peuvent ainsi organiser l'usage et la jouissance du bien en s'en réservant des parties à leur usage et à leur jouissance exclusive⁴⁹⁵. Ces prérogatives peuvent être exercées simultanément ou être réparties dans le temps. Il s'agit alors, dans ce dernier cas, de la copropriété à temps partagé⁴⁹⁶.

Les indivisaires peuvent encore convenir de répartir les fruits et les revenus d'une façon autre que celle prévue à l'article 1018 C.c.Q. La modification du régime légal à cet égard est même souhaitable puisque le texte de l'article 1018 C.c.Q. conduit au fractionnement à l'infini des fruits et des revenus non réclamés dans les trois ans de leur date d'échéance.

La convention d'indivision peut également préciser les droits et les obligations de chacun et même garantir l'exécution des dernières par des sûretés et des sanctions. Elle peut prévoir les modalités quant à l'entretien et à la réparation du bien, des règles ayant trait au processus d'assemblée, au régime décisionnel, au déroulement du partage, etc.

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 20

⁴⁹⁵ C.c.Q., art. 1016.

⁴⁹⁶ *Gagnon c. Angers*, [1996] R.D.I. 507 (C.A.).

La convention d'indivision offre donc l'opportunité aux indivisaires de régler un nombre considérable de questions afférentes à leur détention en commun d'un bien⁴⁹⁷. Son contenu peut mettre l'accent sur les droits de la collectivité, par exemple, en privilégiant les décisions unanimes, en mettant l'accent sur la conservation du bien etc. Au contraire, les droits individuels des indivisaires peuvent être accentués en facilitant la disposition des quotes-parts. Dans le même sens, les indivisaires peuvent même, bien que ce soit contraire au but du report initialement prévu dans la convention, multiplier les cas particuliers d'ouverture au partage⁴⁹⁸.

En tout état de cause, la convention d'indivision doit être une entente personnalisée. Lors de sa rédaction, il faut considérer l'importance et la nature de l'objet indivis, le nombre d'indivisaires, le droit qui est exercé etc.; sans quoi, elle risque de devenir un carcan pour les indivisaires. La convention d'indivision constitue, en quelque sorte, un contenant dont le contenu varie selon plusieurs facteurs. Peu de dispositions du chapitre sur la copropriété par indivision étant impératives, il est possible de modifier et d'adapter le régime supplétif qu'il contient; tout comme il est possible d'en élaborer un de toutes pièces. La convention d'indivision étant un contrat, elle peut contenir toutes sortes de stipulations du moment qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public⁴⁹⁹. Hormis les dispositions ayant trait au report du partage, la plupart de ces conventions comporteront des aménagements relatifs à la mise en place du régime, à l'organisation de l'exercice de la propriété, à l'administration du bien indivis et à la fin de l'indivision. D'autres clauses pourront éventuellement s'y greffer notamment dans le but de clarifier et de compléter les intentions des indivisaires et la situation des créanciers⁵⁰⁰. Quoi

⁴⁹⁷ Pour un modèle, voir entre autres: Lucie LAFLAMME, *Convention d'indivision*, dans *Chambre des notaires du Québec, R.D./ n.s. Biens-Formulaires-document 2*.

⁴⁹⁸ Des indivisaires peuvent aussi prévoir, par exemple, que le droit de demander le partage renaît en cas de faillite de l'un d'entre eux et ce, malgré une clause qui reporte le partage.

⁴⁹⁹ C.c.Q., art. 9.

⁵⁰⁰ Par exemple, des clauses organisant les mutations de copropriétaires, des clauses concernant la responsabilité des indivisaires, des clauses conférant des hypothèques entrecroisées, des clauses pénales, des clauses prévoyant que l'intention des parties n'est pas de former une société ou encore des clauses confiant à un arbitre, à l'exclusion du tribunal, les litiges qui peuvent survenir.

qu'il en soit, ces clauses, bien qu'utiles, doivent leur stabilité, et partant leur durabilité, à la clause qui reporte le partage.

§2. LES RÈGLES AFFÉRENTES À LA DISPOSITION REPORTANT LE DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE

Le *Code civil du Québec* pose des exigences particulières quant à la disposition qui reporte le droit de provoquer le partage (A), exigences qui n'existent pas pour les autres dispositions. Hormis ces exigences particulières, la disposition reportant le droit de provoquer le partage obéit au régime général applicable aux autres ententes de la convention d'indivision (B).

A. Les particularités de la disposition

Contrairement aux autres dispositions d'une convention d'indivision, la disposition qui reporte le droit de provoquer le partage doit être écrite (a) et doit avoir une durée limitée à trente ans (b).

a. L'exigence d'un écrit

Abstraction faite des exigences pour la publicité des droits, seule la clause qui reporte le droit de provoquer le partage et donc, qui tend au maintien de l'indivision, doit être écrite pour être valable. L'article 1013 al. 1 C.c.Q., seul article posant une condition de forme en matière de copropriété par indivision, limite en effet l'exigence d'un écrit au report du partage:

«Les indivisaires peuvent, par écrit, convenir de reporter le partage d'un bien à l'expiration de la durée prévue de l'indivision.»

Afin d'éviter les ambiguïtés, la convention d'indivision devrait cependant toujours être écrite et devrait être assez précise quant aux droits et objets concernés par le report du

droit au partage. Le report du droit au partage étant une mesure d'exception⁵⁰¹, ses effets ne peuvent être étendus impunément. C'est pourquoi une description des biens est utile. Elle s'effectue généralement par désignation⁵⁰², formalité qui serait déjà accomplie pour permettre la publication de la convention d'indivision⁵⁰³.

b. La durée limitée à trente ans

La clause qui reporte le droit de provoquer le partage doit avoir une durée maximale de trente (30) ans. Toute stipulation qui prévoirait une durée supérieure ne serait pas nulle mais réduite à cette période. C'est ce que prévoit l'article 1013 al. 2 C.c.Q.

« Cette convention ne doit pas excéder trente ans, mais elle peut être renouvelée. La convention qui excède trente ans est réduite à cette durée. »

De par les termes employés, cette disposition constitue l'une des rares dispositions impératives du chapitre sur la copropriété par indivision. La durée maximale qu'elle prévoit ne concerne toutefois que le report du partage puisqu'il s'agit du second alinéa de l'article 1013 C.c.Q. qui vise spécifiquement cette question. Les *Commentaires du ministre* vont dans ce sens⁵⁰⁴. Par conséquent, les autres clauses d'une convention d'indivision subsistent à l'expiration du terme stipulé pour la durée du report du partage⁵⁰⁵. L'arrivée du terme n'entraîne que le retour du droit de provoquer le partage et tant qu'un indivisaire ne le met pas en oeuvre, l'indivision continue. Ainsi, à moins d'une clause spécifique en ce sens, la question de la durée de la convention se distingue de celle du report du partage.

⁵⁰¹ C.c.Q., art. 1030.

⁵⁰² Si la convention d'indivision vise un bien meuble, ou n'est pas destinée à être publiée, une description permettant d'individualiser les biens est suffisante.

⁵⁰³ C.c.Q., art. 1014.

⁵⁰⁴ *Op. cit.*, note 10, commentaire sous l'article 1013 C.c.Q., p. 594.

⁵⁰⁵ *Canac-Marquis c. Côté*, [1995] R.D.I. 286 (C.Q.) (en appel)

Qui plus est, l'article 1013 al.2 C.c.Q., qui prévoit le report du partage pour une durée limitée, est d'ordre public. Il est donc impossible pour les indivisaires de reporter le partage en ne fixant pas de terme⁵⁰⁶. Advenant la présence d'une telle clause dans une convention d'indivision, les indivisaires conserveraient le droit de demander le partage à leur convenance⁵⁰⁷. Les articles 1013 et 1030 C.c.Q. sont en effet très liés; le premier étant l'explication sur un cas d'exception prévu par le second. Il s'ensuit que si les indivisaires ne respectent pas les limites imposées par l'article 1013 C.c.Q., l'article 1030 C.c.Q. qui dispose que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision.» s'appliquera.

Ceci étant, rien dans les termes de l'article 1013 C.c.Q. n'empêche les indivisaires de nuancer leur clause qui reporte le partage et sa durée. Ainsi, il serait possible de convenir que le droit de demander le partage peut être exercé dans certaines situations particulières telles que la faillite, le décès, le non paiement des contributions, l'expropriation du bien, etc. et ce, malgré une clause qui le reporte. Le degré de communauté d'intérêts que les indivisaires désirent conserver pendant l'indivision dicte l'opportunité de ces conventions.

Enfin, bien qu'elle comporte une durée limitée, la durée d'une clause qui reporte le droit de provoquer le partage peut être renouvelée. Les indivisaires peuvent même réduire, par convention, les formalités entourant ce renouvellement. Il faut toutefois éviter que le mécanisme prévu pour le renouvellement n'aboutisse à contrevenir aux articles 1013 et 1030 C.c.Q. Dans tous ces cas, les indivisaires doivent conserver le choix, à l'expiration du terme, de se réengager ou non; ceci, afin de respecter ces articles. Ainsi, un renouvellement automatique serait impossible. Un renouvellement conditionnel à l'absence d'opposition de l'un des indivisaires en temps utile serait en revanche possible. Par exemple, une clause qui prévoirait que:

«À l'expiration de ce terme, la durée du report du partage sera renouvelée à moins qu'un des indivisaires manifeste son opposition

⁵⁰⁶ Il est cependant possible de reporter le partage pour une durée indéfinie, si le bien est affecté à un but durable. Cette question sera analysée dans la section qui suit.

⁵⁰⁷ 2855-7346 *Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc.*, [1994] R.D.I. 601 (C.S.) (en appel).

trois mois avant l'échéance par lettre enregistrée envoyée à l'administrateur désigné.»

Une telle stipulation, bien que valable, car elle respecte les exigences de l'article 1500 C.c.Q. en matière d'obligations conditionnelles⁵⁰⁸, est lourde de conséquences. En raison de l'échéance parfois lointaine de la disposition afférente au report du partage, les indivisaires ne seront pas toujours conscients de l'écoulement du temps entre le moment où ils ont stipulé le report du partage pour une période déterminée et le jour de l'échéance de cette période. Il serait donc préférable de prévoir un avis de l'expiration prochaine de la durée assignée au report du partage, avis dont la communication permettrait d'éviter les mauvaises surprises. Cet avis permettrait aux indivisaires de s'opposer en temps utile au renouvellement au lieu de se voir entraînés, malgré eux, dans une nouvelle période de report du partage. Bien que non nécessaire à la légalité d'un renouvellement conditionnel, ce procédé veillerait au maintien de l'harmonie entre les indivisaires.

B. Le régime applicable à toutes les dispositions de la convention d'indivision

Comme toutes les autres clauses de la convention d'indivision, la clause qui reporte le partage ne produit qu'un effet relatif (a). Pour la rendre opposable aux tiers, il faut la publier (b).

a. L'effet relatif de la convention d'indivision

À la différence de la déclaration de copropriété divise, la convention d'indivision qui comporte une clause emportant le report du partage est un contrat, une convention⁵⁰⁹. L'article 1013 al.1 C.c.Q. le dit :

⁵⁰⁸ Maurice TANCELIN, *Sources des obligations: L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, no 333, p. 221.

⁵⁰⁹ Au contraire, parce les articles 1378, 1385 et 1386 C.c.Q. parlent d'échange de consentements, la déclaration de copropriété divise ne possède pas le même statut. Il s'agit plutôt, en l'espèce, d'un acte juridique unilatéral (M. TANCELIN, *Sources des obligations: L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, no 358.2, pp. 238-239). Les termes de l'article 1038 C.c.Q. le

«Les indivisaires peuvent, par écrit, convenir de reporter le partage du bien à l'expiration de la durée prévue de l'indivision.»

Comme tout contrat, la convention d'indivision n'a cependant d'effets qu'entre les parties contractantes. Il en résulte qu'elle ne saurait lier les tiers⁵¹⁰. Mais entre les parties, elle produit tous ses effets. Le texte de l'article 2941 al.2 C.c.Q. le confirme:

«Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.»

Ainsi, une convention d'indivision non publiée n'oblige que ses adhérents. C'est ce qui ressort de la décision *Piché c. Landry* où, au mépris d'un droit de préemption non publié, un indivisaire avait vendu à un tiers sa quote-part dans un immeuble. Selon cette décision, la convention d'indivision, non publiée, ne produit pas d'effets à l'égard du nouvel acquéreur qui n'en avait pas connaissance. Par conséquent, seuls les droits inclus à ce contrat et correspondant aux critères de l'article 1442 C.c.Q. auraient été transmis à l'acheteur⁵¹¹.

confirment. L'organisation de la copropriété repose ici sur la volonté d'une seule personne. *Contra Construction canadienne T.J. Québec inc. c. Bertrand*, [1994] R.D.I. 122 (C.S.). En France, certains auteurs soutiennent que la déclaration de copropriété prend un aspect contractuel au fur et à mesure que les copropriétaires acquéreurs en acceptent le contenu. Voir entre autres, Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, Paris, Litec, 1989, no 539, p. 595; C. ATLAS, *La copropriété des immeubles bâtis*, Paris, Sirey, 1989, no 17, p. 21. Selon d'autres auteurs français, la déclaration de copropriété revêt un caractère à la fois contractuel et institutionnel. François GIVORD et Claude GIVERDON, *La copropriété*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1987, no 355, p. 261; Albert ZURFLUH, Patrice LEBATTEUX et Joëlle BARNIER-SZTABOWICZ, *Droit et pratique de la copropriété*, t.1, Paris, Éditions du Moniteur, 1986, no no 63, p. 122. Il convient de mentionner toutefois que, contrairement au droit québécois, l'article 8 al. 1 de la *Loi du 10 juillet 1965*, mentionne l'aspect conventionnel du règlement de copropriété, ce qui a été étendu à l'ensemble de la déclaration.

⁵¹⁰ C.c.Q., art. 1440.

⁵¹¹ *Piché c. Landry*, J.E. 95-138, pp. 30 et 31 du texte intégral. (porté en appel). Cet arrêt contredit une autre opinion, à l'effet que la convention d'indivision donne lieu à des obligations *propter rem* qui se transfèrent automatiquement à l'ayant cause à titre particulier. Selon l'auteur qui l'avance, cet acte correspond aux critères pour être classé dans cette catégorie: la présence de droits rivaux et la satisfaction d'un pur intérêt réel. H. ABERKANE, *op. cit.*, note 217, no 75, p. 87. Quoi qu'il en soit, le problème de la transmissibilité du contrat aux acquéreurs ne se pose qu'en cas de silence de la convention d'indivision et qu'en cas de silence de l'acte de vente sur le sujet.

Un arrêt récent de la Cour suprême⁵¹², bien que rendu pour une question d'opposabilité, réaffirme cet effet relatif de la convention d'indivision. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si des conventions d'indivision non enregistrées souscrites par Les Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie (ci-après appelée les «Coopérants» ou la «débitrice»), étaient valables et opposables à l'égard d'un liquidateur nommé en vertu des dispositions de la *Loi sur les liquidations*⁵¹³, en l'occurrence ici, la firme Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc., l'intimée. Plus précisément, la Cour devait déterminer si le liquidateur était lié par certaines clauses y contenues, notamment une clause prévoyant la vente obligatoire de la part de la compagnie en liquidation à son copropriétaire pour un prix établi à 75 % de sa valeur marchande en raison de son défaut. Invoquant la *Loi sur les liquidations* et une nombreuse jurisprudence, la Cour suprême décide que les biens d'une compagnie en liquidation restent la propriété de cette compagnie et ne sont pas transférés entre les mains du liquidateur, ce dernier n'étant pas un tiers. Partant, les conventions d'indivision liaient le liquidateur⁵¹⁴ lequel était considéré agir pour les administrateurs de la compagnie. La Cour suprême rejette ainsi la position de la Cour d'appel à l'effet qu'un liquidateur soit le fiduciaire des créanciers de la société. La liquidation, au lieu de la faillite des Coopérants, a fait en sorte que le liquidateur soit tenu de respecter les conventions d'indivision non enregistrées. Le juge Gonthier de la Cour suprême revient plusieurs fois sur le fait que le liquidateur agit pour les administrateurs de la compagnie en liquidation. Si le défaut des Coopérants avait été de se mettre sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, les conventions d'indivision n'auraient pas lié le syndic et ne lui auraient pas été opposables, du fait de leur non publication, car les biens lui auraient été transférés⁵¹⁵.

De l'effet relatif des conventions d'indivision, découlent d'autres conséquences. En effet, à la différence du droit français, il est possible, en droit québécois, pour quelques indivisaires seulement, de conclure une convention d'indivision, et notamment de

⁵¹² *Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, précitée, note 418.

⁵¹³ *Loi sur les liquidations*, L. R. C. (1985), ch. W-11

⁵¹⁴ *Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, précitée, note 418, pp. 14 et 16 du texte intégral.

⁵¹⁵ L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 71 (2) et 74 (1) cités à la page 14 du jugement.

reporter le droit au partage. Contrairement au *Code civil français*, le *Code civil du Québec* ne requiert pas le consentement de l'ensemble des indivisaires pour reporter ou conclure une convention d'indivision⁵¹⁶. En vertu de l'effet relatif des contrats et en l'absence de publication, ces ententes n'obligent que ceux qui y adhèrent. Par conséquent, seuls ceux qui auront consenti au report du droit au partage seront privés du droit de le mettre en oeuvre⁵¹⁷. En outre, dès qu'il s'agira de déterminer les droits et les obligations de chacun, seul le régime légal pourra être opposé aux indivisaires qui n'ont pas pris part à la convention d'indivision non publiée. Ce contrat, conclu par certains indivisaires seulement, possède donc une portée limitée. Pour une organisation efficace des rapports entre les indivisaires, une convention recueillant l'accord de tous est préférable. Pour un meilleur résultat, cette convention devrait par ailleurs être publiée.

b. L'opposabilité de la convention d'indivision

Généralement, la convention d'indivision ne crée qu'une série de droits personnels et d'obligations réciproques entre les indivisaires. Par conséquent, sous le *Code civil du Bas-Canada*, cette dernière n'était pas admise à la publicité, car l'enregistrement était en principe réservé à la publicité des droits réels⁵¹⁸. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'opposabilité n'est plus reliée au caractère personnel ou réel d'un droit. La convention d'indivision en est un exemple. Une fois publiée, elle est opposable aux tiers bien qu'elle ne pourrait contenir que des droits personnels:

«L'indivision conventionnelle portant sur un immeuble doit être publiée pour être opposable aux tiers. La publication porte notamment sur la durée prévue de l'indivision, sur l'identification des parts des indivisaires et, le cas échéant, sur les droits de préemption accordés ou

⁵¹⁶ Comp. 1873-2 C.c.f. et 1013 C.c.Q.

⁵¹⁷ Ceux qui désirent demeurer dans l'indivision peuvent toujours satisfaire ceux qui veulent, et qui provoquent, le partage selon les termes de l'article 1033 C.c.Q.

⁵¹⁸ Selon les termes des articles 2082 et suiv. C.c.B.C., la publicité, anciennement, ne concernait que les seuls droits réels. Pour publier une convention d'indivision, il fallait emprunter une voie détournée. Il suffisait, notamment, de l'incorporer dans un acte de vente ou encore de la publier avec l'hypothèque entrecroisée.

sur l'attribution d'un droit d'usage ou de jouissance exclusive d'une partie du bien indivis.»⁵¹⁹

Cette possibilité de publier une convention d'indivision se fonde, en matière de publicité des droits, sur l'article 2938 al. 3 C.c.Q. qui prévoit:

«Les autres droits personnels et les droits réels mobiliers sont soumis à la publicité dans la mesure où la loi le prescrit ou autorise expressément leur publication. La modification ou l'extinction d'un droit ainsi publié est soumise à la publicité.»

L'article 2941 al. 1 C.c.Q. établit, quant à lui, les effets de toute publication d'un droit, peu importe qu'il soit réel ou personnel. Selon cet article:

«La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.»

Il convient de remarquer que la loi ne distingue pas, en ce qui concerne les tiers, entre les tiers titulaires d'un droit réel et les tiers titulaires d'un droit personnel. Un droit est une relation entre un sujet et un objet (droit réel) ou entre un sujet et une autre personne (droit personnel)⁵²⁰. Sa publication rend cette relation juridique opposable aux tiers; ces derniers sont donc tenus de la respecter⁵²¹. Un tiers ne peut donc efficacement acquérir un bien en contravention de droits dûment publiés, qu'ils soient réels ou personnels. En conclure autrement, remettrait en question le système de publicité mis en place par le *Code civil du Québec*.

Le Code lui-même, à certains endroits, assure la protection de droits personnels rendus opposables aux tiers par une publication. Par exemple, à l'article 404 C.c.Q., le Code établit que le conjoint du propriétaire, qui a fait inscrire une déclaration de résidence

⁵¹⁹ C.c.Q., art. 1014.

⁵²⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, pp. 77-84; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 13, no 1285, p. 3; C. ATLAS, *op. cit.*, note 15, p. 41; F. ZÉNATI, *op. cit.*, note 192, pp. 50-51; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, p. 30; Jean DABIN, *loc. cit.*, note 43, 28.

⁵²¹ La publicité n'a aucun effet sur la nature du droit visé et ne peut transformer un droit personnel en droit réel. Elle rend simplement ce droit opposable aux tiers, ce qui est une toute autre question.

familiale, peut demander la nullité de la vente, si la résidence familiale a été aliénée sans son consentement⁵²². Il faut souligner que l'aliénation de la résidence familiale, en tant que telle, ne souffre d'aucun vice de fond ou de forme. L'acte n'est donc pas, en soi, nul. Il s'agit plus, ici, d'une inopposabilité fondée sur l'inscription préalable d'un droit que d'une véritable nullité. La publication d'une convention d'indivision s'apparente à cet acte. La publication de la convention d'indivision la rend opposable aux tiers. Les actes conclus en violation seront donc susceptibles de tomber. Tel serait le cas, par exemple, d'un acte de vente conclu au mépris du droit de préemption des indivisaires si ce droit a été valablement publié selon l'article 1014 C.c.Q.⁵²³

En pratique, cependant, le cas le plus fréquent de conflit entre deux titulaires de droits est sans doute celui du bail. Comme titulaires d'un droit de propriété, les indivisaires peuvent procéder à la location. Cette opération nécessite, en principe, l'accord de tous⁵²⁴ car elle compromet l'exercice du droit des autres indivisaires sur le bien⁵²⁵. D'autant plus que, dans certains cas, le locataire en place bénéficie de la protection de la loi⁵²⁶. Depuis l'arrêt, *Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner*⁵²⁷, toutefois, il semble que les indivisaires peuvent louer la partie du bien qui est réservée à leur usage et à leur jouissance exclusive sans devoir obtenir, au préalable, l'accord des autres indivisaires et en conserver le montant du loyer. Se pose alors la question de l'opposabilité de la convention d'indivision au locataire⁵²⁸.

⁵²² Le conjoint du propriétaire de la résidence familiale ne détient qu'une créance et non pas un droit réel. Voir *infra*, titre 1, chapitre 1, section 2, para 1.

⁵²³ Et ce, malgré l'existence de l'article 1397 C.c.Q. Cet article prévoit que le contrat conclu en violation d'un droit de préemption ne donne ouverture qu'à des dommages-intérêts. Cet article ne devrait recevoir application que si le droit en question n'était pas publié.

⁵²⁴ Voir entre autres: *Stern c. Ross*, (1884) 2 M.L.R. 379 (B.R.); *Stem corporation c. Koutsogiannopoulos*, [1956] B.R. 421; *Ouari c. Sari*, [1987] R.J.Q. 1443 (C.P.).

⁵²⁵ C.c.Q., art. 1016 al.1.

⁵²⁶ C.c.Q., art. 1937, 1938 et 1958.

⁵²⁷ [1988] R.J.Q., 149 (C.S).

⁵²⁸ Parce que l'indivisaire - bailleur est créancier de certaines obligations contenues dans la convention d'indivision, le bail peut être rendu opposable aux autres indivisaires par le mécanisme de la cession de créances (C.c.Q., art. 1641).

Lorsque le locataire assume la convention d'indivision, le problème de son opposabilité ne se pose pas. Le locataire est alors lié du fait de son engagement. Si le locataire n'a pas assumé la convention d'indivision, il faut s'en remettre aux principes généraux en matière de location et en matière d'opposabilité des droits. Lorsqu'un locataire contreviendra à la convention d'indivision, l'indivisaire-bailleur en est tenu responsable envers ses copropriétaires. Ainsi, le locataire ne pourra être recherché par les autres copropriétaires qu'au plan délictuel⁵²⁹.

SECTION 2- LE REPORT DU DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE DU FAIT DE L'AFFECTATION DU BIEN À UN BUT DURABLE

Selon l'article 1030 *in fine* C.c.Q., l'affectation d'un bien à un but durable permet de reporter le partage pour une durée indéterminée. Dès lors, cette technique de report du partage présente une supériorité par rapport aux autres techniques analysées précédemment car les limites de temps prévues par le Code en matière de report du partage disparaissent. En effet, selon les termes de l'article 1030 *in fine* C.c.Q., le partage est rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable.

Le report du partage découle ici de l'affectation d'un bien. Or, la notion d'affectation a fait l'objet de bien peu de développements en doctrine québécoise. C'est pourquoi, il convient de s'y arrêter brièvement (§1) avant de s'attarder sur son application en matière d'indivision (§2).

⁵²⁹ Serge 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, 483; José DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, nos 2-3, p. 23; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 509, no 290, p. 195; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 252, no 468, p. 266.

§1. LA NOTION D'AFFECTATION EN DROIT CIVIL

Les études réalisées jusqu'ici sur l'affectation ne portent que sur des cas particuliers: les immeubles par destination, les sociétés, les patrimoines sans titulaires etc.⁵³⁰ Ces cas n'ont d'ailleurs pas toujours été rattachés à la notion d'affectation. Une étude sur la question d'affectation structurée dans le cadre d'une théorie générale serait donc bienvenue en droit québécois.

En raison de ses nombreuses facettes et de l'absence de documentation portant sur l'affectation en général, force est de constater que le report du partage du fait de l'affectation du bien à un but durable pourrait, à lui seul, faire l'objet de nombreux développements. Malheureusement, il faudrait, pour cela, sortir considérablement du thème du partage. L'examen de la question de l'affectation se limitera donc aux seuls besoins d'une étude du report du droit de provoquer le partage. Dans ce cadre, seules une présentation de l'état actuel de la question (A) et une présentation des conditions liées à l'existence d'une affectation (B) seront nécessaires.

A. État de la question

En soi, le terme «affectation» pourrait s'appliquer à un patrimoine. Par exemple, il est possible d'affirmer qu'un patrimoine est affecté à son titulaire ou encore, que les biens d'un débiteur sont affectés au paiement de ses créanciers. Ces affectations ne permettent toutefois pas de cerner suffisamment la notion d'affectation prévue par

⁵³⁰ Voir entre autres, Pierre CHARBONNEAU, «Les patrimoines d'affectation: vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine», [1983] 85 *R. du N.* 491; Jacques TACHEREAU, «Les fiducies entre vifs», [1995] 1 *C.P. du N.* 283; Michel McAULEY, «La fiducie du Québec sur la scène internationale», [1995] 1 *C.P. du N.* 313; Raymond BEAUDET, «Les immeubles par destination», [1975] 35 *R. du B.*, 339; Denis VINCELETTE, «Mobilité et immobilité de la jurisprudence récente en matière d'immobilisation», [1983] 43 *R. du B.* 817; Gaston DESCOTEAUX, «La notion d'exploitation en regard de la distinction des meubles et des immeubles», [1966] 68 *R. du N.* 409; Jean-Marc AUDET, «La résidence familiale et quelques nouveaux aspects du droit immobilier», [1982] 85 *R. du N.*, 152; Charlaïne BOUCHARD, «Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes», (1996) 2 *C.P. du N.* 31.

certaines articles du Code⁵³¹. Pour que l'affectation présente quelque intérêt, il faut que l'affectation soit spécifique et particulière. Ceci étant, l'affectation peut viser des masses de biens (les biens d'une société, les biens d'une succession⁵³²) ou encore des biens particuliers (l'affectation hypothécaire d'un bien, les anciens immeubles par destination, la destination en matière de copropriété divisée). L'affectation d'un bien qui reporte le partage fait partie de la seconde catégorie.

L'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens peut émaner de leur propriétaire, comme c'est le cas en matière de copropriété ou de servitude par destination du propriétaire, ou encore de l'autorité publique, par exemple, les biens du domaine public⁵³³, le patrimoine familial, l'hypothèque judiciaire. Pour fins de report du partage, l'affectation émane de la volonté du propriétaire et résulte de l'exercice de l'une des prérogatives de la propriété qu'il exerce: l'*usus*, dans son aspect juridique⁵³⁴. Henri De Page explique ainsi ce phénomène:

«(...) [par] l'affectation, je ne dispose pas de mon bien, mais je renonce à m'en servir à des fins quelconques. *Je l'immobilise dans la poursuite d'un but donné. (...).*»⁵³⁵

Quoi qu'il en soit, l'affectation ne remet pas en question la classification traditionnelle des biens ni la nature des droits. Tout au plus, elle entraîne l'application de règles spécifiques⁵³⁶.

⁵³¹ Dans le même sens, voir: H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 587, p. 560; S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 235, no 369, p. 318; Robert GARRON, «Influence de la destination sur le régime juridique des droits», *Recueil Dalloz Sirey*, 1965, chron., no 5, p. 192.

⁵³² Dans ces cas, un actif et un passif existent, créant parfois un patrimoine distinct sans sujet comme la fiducie et la fondation ou encore une division plus ou moins marquée avec le patrimoine général du sujet de droit, comme c'est le cas en matière de succession, de substitution ou de sociétés.

⁵³³ Voir sur la question: René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t.2, Sainte-Foy, P.U.L., 1986, pp. 16-18.

⁵³⁴ Voir *supra*, chapitre préliminaire, section 2, para 1.

⁵³⁵ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 585, p. 558; S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 235, no 215, p. 189.

⁵³⁶ R. GARRON, *loc. cit.*, note 531, no 3, p. 191. Dans le même sens: L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 32, no 1778, p. 919.

Pour les fins de cet ouvrage, l'examen de la notion d'affectation se limitera à deux questions: l'exposé d'une définition (a) et l'existence de cette notion en droit québécois (b).

a. La définition de l'affectation

L'analyse de l'affectation conduit inmanquablement à l'idée d'usage d'un bien ou d'un ensemble de biens et à celle d'un but poursuivi. Que cette analyse concerne un patrimoine d'affectation ou l'affectation d'un bien particulier, l'existence d'un usage spécifique et d'un but à atteindre participent de l'essence de l'affectation. Sans ces deux facteurs, l'affectation n'existe pas. La définition attachée à cette notion doit donc révéler ces deux points qui la particularisent.

Sous le mot affectation, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, prévoit que l'affectation est la:

«Détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé.»⁵³⁷

Serge Guinchard, qui a grandement contribué au développement de la théorie de l'affectation en droit privé français, la définit, pour sa part, comme suit:

«(...) le sens même du mot affectation indique le fait qui constitue la base de toute la question: affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé; cette idée fondamentale fournit le fil directeur autour duquel tous les éléments de l'affectation se synthétisent naturellement. Il fait ressortir les deux éléments caractéristiques de l'affectation, le choix d'un usage, c'est-à-dire les buts de l'affectation, la réalisation de cet usage, c'est-à-dire les techniques de l'affectation.»⁵³⁸

Cet auteur poursuit:

⁵³⁷ G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o affectation.

⁵³⁸ Serge GUINCHARD, *op. cit.*, note 235, no 15, p. 15.

«(...) l'affectation se caractérise par le but que poursuit la volonté qui la crée.»⁵³⁹

Henri De Page définit, quant à lui, l'affectation de la façon suivante:

«On peut dire qu'un bien a reçu une affectation, lorsqu'il a été mis au service d'un but plus ou moins éloigné dans le temps.»⁵⁴⁰

Toutes ces définitions, comme toute définition, remplissent la mission donnée à une définition: exposer, au minimum, l'essence du concept défini. En l'occurrence ici, soumettre l'usage d'un ou plusieurs biens à une fin particulière.

b. L'affectation au Code civil du Québec

Le droit québécois prévoit expressément la possibilité de l'affectation d'un patrimoine⁵⁴¹. L'article 2 al.2 du C.c.Q. dispose en effet:

«[Le patrimoine] *peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.*»

Le Code contient un titre consacré à certains patrimoines d'affectation aux articles 1256 et suiv. C.c.Q. En raison des termes utilisés dans son intitulé, la présence d'autres patrimoines d'affectation, n'est toutefois pas exclue. Il a déjà été démontré que la société en est un exemple⁵⁴². Le patrimoine familial, les acquêts en matière de société d'acquêts pourraient en être d'autres illustrations.

⁵³⁹ *Id.*, no 16, p. 19.

⁵⁴⁰ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 585, p. 558.

⁵⁴¹ Le *Code civil du Québec* se dissocie, en cela, de la théorie classique française du patrimoine. Cette théorie, élaborée à la fin du siècle dernier par Aubry et Rau fut longtemps admise, non sans critiques, en droit français et en droit québécois. Selon cette théorie, seules les personnes physiques ou morales possèdent un patrimoine; toute personne a nécessairement un patrimoine; et une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. (C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, Paris, L.G.D.J., 1917, para 573, p. 336.) Selon cette conception du patrimoine, la théorie des patrimoines d'affectation, voire les patrimoines sans sujet ne pouvait exister.

⁵⁴² C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 530.

L'affectation d'un bien sans idée sous-jacente de patrimoine est également admise dans le *Code civil du Québec*. Le Code, lorsqu'il mentionne l'affectation, ne réfère pas toujours aux patrimoines d'affectation. Il envisage, à maints endroits, l'hypothèse de l'affectation d'un bien particulier. La résidence familiale protégée par les articles 401 et suiv. C.c.Q. en est un exemple. La servitude par destination du propriétaire, le transfert d'un bien dans une fondation en sont d'autres⁵⁴³. Le report du partage par l'affectation du bien à un but durable entre dans cette catégorie. Partant, l'affectation, selon le *Code civil du Québec*, ne vise pas que les universalités de biens. Ces exemples ne représentent certes pas une liste exhaustive des cas d'affectation dans le *Code civil du Québec*⁵⁴⁴. Elles ne visent qu'à démontrer que les articles 1256 et suiv. C.c.Q. ne constituent ni la théorie générale, ni les seuls cas d'affectation prévus au Code.

B. Les conditions d'existence d'une affectation

L'existence d'une affectation est soumise à deux conditions: l'usage d'un bien dans un but fixé (a) et la protection de cette vocation (b).

a. L'usage d'un bien dans un but fixé

L'affectation doit son existence à la subordination de l'usage d'un ou plusieurs biens à la poursuite d'un but. Ce but ne doit pas déroger à l'ordre public. Il serait impossible, par exemple, dans une clause relative à la destination d'un immeuble en copropriété divise, de prévoir que l'immeuble en question soit affecté à la prostitution. Pour la même raison, un débiteur ne peut procéder à l'affectation de ses biens dans le seul but de les soustraire à ses créanciers ou encore, une personne morale de droit public ne peut affecter un ou plusieurs biens à la poursuite d'une cause immorale ou illicite. Afin d'éviter ces situations, la loi prévoit d'ailleurs des mécanismes visant à protéger les tiers

⁵⁴³ C.c.Q., art. 1183, 1256.

⁵⁴⁴ Pour d'autres exemples voir, entre autres: C.c.Q., art. 915, 916, 1053, 1016, 1892.

tels que la publicité ou une autorisation légale, véritables conditions à l'opposabilité de l'affectation dans plusieurs cas⁵⁴⁵.

Le choix du but est, par ailleurs, quelque chose de très subjectif. En dépit de ce caractère subjectif, le but choisi doit être réel. En effet, vu les conséquences, parfois importantes, d'une affectation, il est impossible de prévoir un but factice. Les articles 1294 et 1296 C.c.Q., en matière de fiducie, contiennent des dispositions expresses en ce sens. Par analogie, elles devraient être appliquées à toute affectation qui dépasserait ou dévierait du but fixé. Le Code dénonce, aussi, en matière de copropriété, tant divise qu'indivise, toute utilisation du bien en contravention avec sa destination⁵⁴⁶. Tout ceci permet de croire que les règles particulières qu'entraîne une affectation peuvent être inapplicables si le but est artificiel ou s'il est dérogé au but fixé.

b. La protection de l'affectation

Qu'elle vise une masse de biens ou encore un bien particulier, l'affectation demeure de la nature d'une cause. Les effets qu'une affectation entraîne visent seulement à la protéger. Dans le cas de la fondation ou de la fiducie, par exemple, l'affectation assure l'homogénéité de la masse aux fins d'accomplissement du but visé. Dans le cas de la servitude par destination du propriétaire, de la copropriété, de biens d'une personne morale affectés à l'utilité publique, par exemple, l'affectation restreint l'usage et la jouissance du ou des biens visés. Dans d'autres cas, l'affectation pourrait entraîner une division du patrimoine⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Par exemple, la société en commandite ou en nom collectif est tenue de se déclarer sinon, elle est réputée être une société en participation, laquelle ne bénéficie pas nécessairement d'un patrimoine autonome (C.c.Q., art. 2189). Une affectation hypothécaire doit aussi être publiée pour être opposable aux tiers (C.c.Q., art. 2663). Voir aussi, sur le sujet : P. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 530, p. 512.

⁵⁴⁶ C.c.Q., art. 1016 al. 1, 1063.

⁵⁴⁷ C.c.Q., art. 2 al.2.

Quoi qu'il en soit, ce n'est que parce que l'affectation existe que certaines règles spéciales s'appliquent en sa présence et non l'inverse⁵⁴⁸. L'absence d'une disposition générale en ce qui a trait à l'affectation est cependant à déplorer. Il n'existe que des règles particulières visant des biens précis ou des situations précises⁵⁴⁹. Dans plusieurs cas des formalités de publicité sont exigées, par exemple, en matière de résidence familiale et de sociétés. Dans d'autres cas, il existe des restrictions en matière de disposition comme c'est le cas pour les biens du domaine public ou pour l'interdiction d'un partage en matière d'indivision. Dans d'autres cas encore, l'affectation sera protégée par le mécanisme de la division du patrimoine et par le phénomène de la subrogation réelle. Certes, certaines affectations bénéficient d'une protection supérieure à d'autres, soit par l'intensité de leur système de protection, ou par leur nombre, c'est le cas, entre autres, des sociétés, de la résidence familiale, des fondations ou des fiducies. Ceci ne signifie pas pour autant que l'affectation n'existe pas lorsque le mécanisme de protection est de moindre importance. À cet égard, l'étude de ces mécanismes ainsi que leur classification afin d'en dégager les dénominateurs communs serait très intéressante.

§2. L'AFFECTATION REPORTANT LE PARTAGE

Le Code, à l'article 1030 *in fine* C.c.Q., affirme que l'affectation à un but durable rend impossible le partage d'un bien tenu en indivision. Il importe, dès lors, de mieux cerner le champ d'application de la notion d'affectation en la matière (A) et ce, en vue de mieux en percevoir les possibilités pour le report du partage (B).

A. La notion d'affectation en matière de report du partage

L'affectation qui reporte le partage ne diffère pas de la notion d'affectation au sens habituel du terme (a). Le but poursuivi doit cependant être durable dans tous les cas sinon l'affectation ne sera pas suffisante pour reporter le partage (b).

⁵⁴⁸ Frédéric H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Paris, L.G.D.J., p. 149.

⁵⁴⁹ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 235, no 345, p. 294; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, note 21, no 584, p. 558; ; Frédéric H. SPETH, *op. cit.*, note 548, p. 154.

a. Le domaine d'application

Comme toute affectation, l'affectation qui reporte le partage implique que le bien aura un usage précis et qu'il sera indisponible pour d'autres usages. En d'autres termes, le pouvoir général d'usage d'un bien indivis auquel les indivisaires peuvent prétendre en tant que propriétaires se retrouve limité par l'affectation. L'existence de l'affectation en matière de copropriété est par ailleurs protégée par divers mécanismes tels que l'unanimité, la publicité, la division relative du patrimoine des indivisaires etc., mais ceux-ci ne suffisent pas, à eux seuls, à protéger une affectation à un but durable. Seul le report du droit de provoquer le partage arrive à ce résultat.

L'affectation doit, pour pouvoir valablement entraîner un report du partage, comporter un but précis et présenter un caractère réel licite et durable. Les indivisaires ne peuvent, par exemple, se fixer un but factice dans le seul objectif de retarder le partage pour une durée indéterminée. Si tel était le cas, la règle de principe que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» s'appliquerait. Le report du partage ne peut donc jamais être considéré comme le but premier d'une affectation. Il n'est que l'effet produit par l'affectation valable d'un bien à un but durable. Le droit de demander le partage étant neutralisé, le but fixé, le fondement de l'affectation, se trouve sauvegardé.

b. Une condition particulière ayant trait au but

Contrairement aux autres affectations en matière de copropriété, l'affectation qui rend impossible le partage doit avoir été faite pour atteindre un but durable. Ceci ne signifie pas pour autant que l'indivision devient alors perpétuelle; seulement, qu'elle a vocation à durer longtemps. Cette vocation, garantie par la suspension du droit de demander le partage pour une durée non fixée, assure la réalisation du but poursuivi.

Ceci étant, il est nécessaire de préciser ce qu'est un but durable, sans quoi, les articles impératifs 1013 et 1030 C.c.Q. risquent de perdre leur raison d'être. Il suffirait, en effet, de prétendre que le bien indivis est affecté à un but durable pour différer, sans fixer de limite de temps, le partage. La limite maximale de trente ans pour le report conventionnel du droit de provoquer le partage, telle que fixée par l'article 1013 C.c.Q.,

se trouverait alors contournée. Cette façon de faire ne devait pas faire partie des plans du législateur lorsqu'il a prévu l'article 1030 *in fine* C.c.Q.

Pour déterminer si l'affectation est véritablement à but durable, il faut évaluer l'impact du partage sur le but poursuivi par les indivisaires. Si le but poursuivi par les indivisaires pour l'usage de leur bien risque d'être compromis par une demande en partage, l'affectation est à but durable. Une fois le partage mis en oeuvre, le bien ne serait plus apte à remplir la mission que lui ont donnée les indivisaires. Cette interprétation s'explique par ailleurs par le texte de l'article 1030 *in fine* C.c.Q.: le partage a «été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable». Ainsi, à l'article 1030 C.c.Q., le législateur reconnaît que le but que poursuivent les indivisaires peut l'emporter, en termes d'importance, sur le droit de provoquer le partage.

B. Les affectations susceptibles de reporter le partage

La doctrine française⁵⁵⁰ propose de classer les affectations en deux grandes catégories: les affectations personnelles, par exemple, la résidence familiale, la fiducie personnelle; et les affectations réelles, comme la destination d'un immeuble, la fiducie d'utilité privée, les anciens immeubles par destination etc. Il convient plutôt, pour les fins de l'étude du report du partage par l'affectation d'un bien à un but durable, de séparer l'étude des affectations possibles en l'espèce en fonction de l'existence (a) ou non (b) d'une relation entre le bien affecté et d'autres biens. Cette classification permettra de séparer les affectations traditionnelles des autres affectations que le Code semble permettre, vu la généralité des termes qu'il utilise.

⁵⁵⁰ S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 235; R. GARRON, *loc. cit.*, note 531.

a. En présence d'une relation entre le bien indivis et d'autres biens

L'article 1030 *in fine* C.c.Q. envisage, à prime abord, l'hypothèse des copropriétés «forcées» telles qu'entendues habituellement⁵⁵¹. Selon la doctrine et la jurisprudence, la suspension du droit de demander le partage résulte ici de l'affectation d'un bien à l'usage de deux immeubles appartenant à des propriétaires différents⁵⁵². Cette affectation, qui vise toujours un bien particulier nettement déterminé⁵⁵³, le rend si intimement lié à sa fonction utilitaire, qu'il devient l'accessoire indispensable de ceux-ci⁵⁵⁴. Le partage n'aboutirait, en l'espèce, qu'à le rendre impropre à l'usage auquel il est destiné⁵⁵⁵. Le Code prévoit et organise certaines de ces indivisions. Il s'agit de la mitoyenneté⁵⁵⁶ et de l'indivision des parties communes en matière de copropriété dite divise⁵⁵⁷. D'autres cas existent cependant. La généralité et la clarté des termes utilisés à l'article 1030 *in fine*

⁵⁵¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaire du ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, commentaire sous l'art. 1030, p. 605.

⁵⁵² *Michon c. Leduc*, (1890) 19 R.L. 504; *Jobin c. Brassard*, (1934) 40 R. de J. 451; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 4e éd., t.2, Paris, Librairies techniques, 1869, p. 538; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 712, p. 500; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 236, p. 290; P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 8.

⁵⁵³ G. GOUBEAUX, *Étude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1910, p. 242; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1249, p. 415.

⁵⁵⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 80, p. 155; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 234, no 1315, p.48; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, p. 290.

⁵⁵⁵ G.GOUBEAUX, *op. cit.*, note 553, p. 263.

⁵⁵⁶ Les ouvrages ou les plantations servent à séparer deux propriétés voisines (C.c.Q., art. 1002). Cette fonction, cette affectation, vu son utilité, paralyse, voire rend impossible, toute demande en partage. Permettre le partage dans ce cas compromettrait la réalisation du but: soit la délimitation de deux propriétés voisines.

⁵⁵⁷ L'organisation de la copropriété dite divise repose d'ailleurs sur l'affectation des parties communes au service des parties privatives. L'affectation en l'espèce tire son origine de la publication de la déclaration de copropriété (C.c.Q., art. 1038). Elle existe, voire elle est nécessaire, pour l'organisation des rapports entre les propriétaires des différentes parties privatives de l'immeuble. Permettre le partage ou l'aliénation des parties communes séparément des parties privatives compromettrait la réalisation même de cette affectation. La notion de fraction décrite à l'article 1047 C.c.Q. n'existe par ailleurs que pour traduire cette étroite relation entre les parties communes et les parties privatives de l'immeuble. En dépit des termes malheureux de cet article, la fraction n'est pas un objet de droit. L'objet de droit est toujours le bien lui-même, c'est-à-dire, les parties privatives et les parties communes.

C.c.Q. permettent de les régler. Ainsi, les ruelles, les passages, les aqueducs, etc. sont visés par le texte de l'article 1030 *in fine* C.c.Q.

Une vieille décision, *Michon c. Leduc et Bousquet*, rendue à propos d'un aqueduc, mentionnait déjà l'affectation comme fondement à l'impossibilité d'un partage et précisait dans quelles conditions elle existait:

«Considérant que ledit aqueduc ne peut profiter qu'aux héritages dans l'intérêt desquels il a été déterminément établi; qu'à raison de sa nature particulière, de sa destination et du titre même qui l'établit, sans créer, de l'aveu du demandeur, de servitude pour le maintenir, il y a nécessité d'en maintenir l'indivision, comme étant un accessoire indispensable, pour l'usage commun des dits héritages; et qu'un tel aqueduc indivis n'est pas seulement une propriété commune, entre co-intéressés, mais que, par son affectation au service des demeures et propriétés susdites, il forme, avec elle un tout indivisible, s'y rattache par un lien de dépendance, par le seul effet de la loi, puisqu'aux termes de l'article 1499 du Code civil, la vente comprend virtuellement les accessoires de la chose vendue, et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel; (...).

(...) L'article 689 du Code civil (...) ne s'applique pas aux choses communes, qui sont destinées comme accessoires indispensables, à l'usage indivis de plusieurs propriétés principales appartenant à des propriétaires différents, et dont l'exploitation serait impossible ou notablement détériorée, si elles en étaient privées. (...)»⁵⁵⁸

Cet arrêt clé en matière d'affectation d'un bien à un but durable établissait un critère de nécessité pour écarter l'application de l'article 689 C.c.B.C. L'affectation telle que prévue au Code à l'article 1030 *in fine* C.c.Q., ne commande pas une association aussi étroite avec un fonds principal. Il suffit que le but poursuivi par les indivisaires d'un bien accessoire à d'autres biens soit suffisamment important pour qu'il puisse être compromis par le partage. C'est ce que voulait exprimer le critère d'utilité plus qu'ordinaire dégagé par la jurisprudence qui suivit l'arrêt *Michon c. Leduc et Bousquet*:

«(...) dans le cas actuel, bien que l'aqueduc ne soit pas strictement indispensable à l'exploitation des trois fermes, il leur est certes d'une utilité plus qu'ordinaire (...).

⁵⁵⁸ *Michon v. Leduc*, 19 R.L. 514.

(...) le partage demandé aurait pour résultat d'entraver la destination de l'aqueduc, «ou d'en rendre la jouissance, telle qu'elle a été prévue, impossible».»⁵⁵⁹:

Quoi qu'il en soit, l'affectation à un but durable n'est pas toujours formellement constatée dans un écrit. L'absence fréquente de conventions écrites en la matière provient peut-être du fait que l'affectation d'un bien à un but durable est souvent considérée comme un moyen d'organiser des rapports de voisinage⁵⁶⁰. Ceci étant, l'affectation à un but durable n'oblige pas à un voisinage immédiat. Elle peut exister dès que le but poursuivi par les indivisaires l'emporte, en termes d'importance, sur le droit de provoquer le partage. Le texte de l'article 1030 *in fine* C.c.Q. ne vise donc pas que les cours, ruelles, aqueducs et autres du genre⁵⁶¹ mais comprend également tout bien rendu accessoire à d'autres biens. Pour déterminer si l'affectation en l'espèce est à but durable, il suffit d'évaluer l'impact que produirait un partage sur le but que poursuivent les indivisaires pour l'usage de leur bien. Si le but risque d'être compromis par un partage, ce dernier ne peut plus être provoqué.

b. En l'absence d'une relation entre le bien indivis et d'autres biens

Bien qu'ils concernent, à prime abord, les indivisions «forcées» traditionnelles, les termes utilisés par l'article 1030 *in fine* C.c.Q. n'excluent pas un rôle plus étendu de l'affectation en matière de report du partage. En l'absence d'une précision au Code sur son champ d'application, il est possible d'affecter un bien indivis à un but durable sans qu'il existe une relation entre ce bien et d'autres biens⁵⁶².

⁵⁵⁹ *Jobin c. Brassard* (1934) 40 R. de J. 451, 457 (C.S). Voir aussi *Compagnie de téléphone du Lac St-Jean c. Compagnie de téléphone du Saguenay*, (1933) B.R. 314.

⁵⁶⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 80, p. 156; G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 1250, p. 415.

⁵⁶¹ Certains membres en commission parlementaire étaient favorables à cette position alors que d'autres préféraient laisser cette question à la copropriété divise. Cette dernière ne fournit cependant pas toujours une solution en la matière. C'est pourquoi l'affectation d'un bien à un but durable devrait être permise dans ces conditions. *Journal des débats*, S.-C.I. 27 juin 1985, pp. 778 et suiv.

⁵⁶² Dans le même sens: S. NORMAND, *op. cit.*, note 44, p. 75; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 145, p. 220-221; G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 553, p. 263. Cette question a fait l'objet d'un important

Pour affecter un bien à un but durable, il suffit que les indivisaires soumettent l'objet de leur droit à un usage déterminé pour la poursuite d'un but qui a vocation à durer longtemps. Cette opération reporte le partage pour une durée indéterminée. Si toutefois l'affectation est opérée dans le seul but de contourner le terme prévu à l'article 1013 C.c.Q. pour un report conventionnel du partage, le droit de provoquer le partage s'applique. La distinction entre l'affectation du bien à un but durable et le report conventionnel du droit de provoquer le partage pour une durée maximale de trente ans repose donc sur la preuve de l'existence ou non d'un but, but qui doit être obligatoirement durable pour rendre impossible le partage. La preuve de l'existence d'un but durable ne devrait pas, à elle seule, constituer une fin de non recevoir pour reconnaître l'impossibilité d'un partage en raison de l'affectation d'un bien à un but durable. La distinction entre la copropriété et la société s'effectue également sur cette base.

Pour opérer un report valable du partage, l'affectation devrait avoir une cause supérieure à celle de la seule autosatisfaction des intérêts personnels de chacun des indivisaires pris individuellement. Pour vérifier la qualité, l'intensité du but poursuivi par les indivisaires, il suffit de reprendre le test de l'évaluation de l'impact que produirait la mise en oeuvre d'un partage sur le but poursuivi par les indivisaires. Si le partage compromettrait ce but, il existe bel et bien affectation à un but durable. Tel serait le cas, par exemple, du partage d'un minuscule studio affecté à l'habitation. Le morcellement qu'opérerait un partage en l'espèce compromettrait gravement cette destination à l'habitation. Cette assertion vaut également pour l'affectation d'une maison tenue en indivision à la résidence d'une famille, et ce, que les conjoints soient mariés ou non. Si le partage intervenait et qu'à la suite de celui-ci, il était impossible de loger la famille, l'affectation est à but durable. Le test des impacts de la mise en oeuvre d'un partage sur le but poursuivi par les indivisaires permet de croire, également, qu'il serait possible, si le but poursuivi était menacé par un partage, de maintenir l'indivision d'un parc naturel voué à la protection d'animaux ou encore d'un lieu historique.

débat en commission parlementaire. L'intention du législateur ne ressort toutefois pas clairement en la matière. Certains des intervenants étaient favorables à cette position alors que d'autres soutenaient qu'il fallait une impossibilité «physique» de partager. *Journal des débats*, S-C.I. 27 juin 1985, pp. 781 et 998.

En tout état de cause, le ou les biens objets de l'affectation restent la propriété des copropriétaires. L'affectation en limite seulement usage et rend impossible la mise en oeuvre d'un partage tant que le but poursuivi existe. Cette impossibilité de provoquer le partage en raison de l'affectation d'un ou plusieurs biens à un but durable et ce, sans relation avec d'autres biens dont ils seraient accessoires, a déjà été reconnue par la jurisprudence française. Une décision célèbre de 1922 portant sur la question des sociétés d'indivision en témoigne. Dans cette affaire, les habitants d'une commune⁵⁶³ avaient acquis par adjudication des lais et relais de mer mis en vente par l'Administration des domaines. Par convention les indivisaires s'engagèrent à s'abstenir de demander le partage jusqu'à ce qu'ils aient rétrocédé leur acquisition à la commune et élaborèrent, en attendant, une organisation destinée à régler la jouissance. La Cour repoussa la demande en partage de certains d'entre eux jusqu'à la réalisation du but que les contractants s'étaient fixé⁵⁶⁴. Dans cette affaire, la poursuite du but commun des indivisaires, fut jugée plus importante que le droit de provoquer le partage. Les termes de l'article 1030 *in fine* C.c.Q. sont au même effet.

En conclusion, l'affectation du bien à un but durable est, comme les autres techniques de report du droit de provoquer le partage, une exception au droit de provoquer le partage. Cette exception n'affecte pas le droit au partage, elle ne fait que le suspendre. Ici, le droit de provoquer le partage est suspendu tant qu'existe l'affectation. Ceci étant, à l'instar des autres techniques de report du partage, la disparition du but, la cause du report, permet aux indivisaires d'exercer leur droit de provoquer le partage. Rien ne

⁵⁶³ Il existe de ces communes au Québec. Elles n'ont toutefois pas fait l'objet de jurisprudence en matière de partage et de report de partage. Pour l'étude d'une de ces communes voir: Maurice FLEURENT, «La commune de la Baie St-Antoine, communément appelée Baie-du-Febvre», (1982) 4 *Les cahiers nicolétains* 117-198).

⁵⁶⁴ Cass. civ. 5 juil. 1922, D.P. 1923. I., 114. Voir aussi Cass. civ. 6 févr. 1872, D.P. 1972. I. 101; Cass. Req. 30 novembre 1886, S. 1887. I. 401 citées par F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 139, p. 214 et Cour de Colmar, 20 mars 1813, S. 1812-1814. 2. 280; Cour de Caen, 13 août 1856. S. 1857. 2. 140; Tribunal civil d'Épinal, 17 mai 1943. Gaz. Pal. 2. 301; Cass. civ. 3e, 26 juin 1973, Bull. des arrêts, p. 319 no 440 citées par S. NORMAND, *op. cit.*, note 44, pp. 58 note 140.

force les indivisaires à demander immédiatement le partage cependant, mais lorsqu'il sera mis en oeuvre, le partage mettra fin à la modalité, mais à la modalité seulement.

DEUXIÈME PARTIE

**LE PARTAGE FIXE LES CONFINS DE
L'OBJET
D'UNE PROPRIÉTÉ DÉJÀ ACQUISE**

La première partie de cet ouvrage analysait le droit au partage et ses impacts sur la durée de la modalité de copropriété. La seconde partie de cet ouvrage s'attardera, quant à elle, à la mise en oeuvre de ce droit. Elle cherchera à démontrer que l'exercice du droit de provoquer le partage transforme la propriété exercée sous forme de copropriété en propriété pure et simple par la reconnaissance d'une exclusivité d'exercice aux copartageants. Le premier titre traitera de l'exclusivité d'exercice à laquelle conduit tout partage. Le second titre s'arrêtera au fait que cette exclusivité d'exercice ne s'obtient que si le partage circonscrit en même temps l'objet sur lequel la propriété exclusive portera.

TITRE I-

LE PARTAGE CONFÈRE L'EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE À UNE PROPRIÉTÉ DÉJÀ ACQUISE

Le partage entraîne la réapparition d'un caractère de la propriété qui ne pouvait être exercé pendant l'indivision: l'exclusivité. L'exercice de la propriété sous forme de modalité de copropriété empêchait en effet l'exclusivité, un de ses traits traditionnels, de jouer. Le partage, en mettant un terme à la modalité, lèvera cet empêchement en soumettant la propriété à l'exclusivité d'exercice.

Le premier chapitre de ce titre analysera le fonctionnement du mécanisme de reconnaissance de l'exclusivité qu'opère tout partage. Le second chapitre démontrera, quant à lui, que l'exclusivité, une fois reconnue, produit des effets variables.

CHAPITRE 1- LE MÉCANISME DE RECONNAISSANCE DE L'EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE

Les explications des auteurs au sujet du mécanisme de la reconnaissance de l'exclusivité d'exercice opérée par le partage se fondent principalement sur leur conception de la copropriété. Partant, à l'instar de ce qui existe pour la copropriété, les explications sur le partage diffèrent (section 1). L'entrée en vigueur d'un nouveau code civil appelle par ailleurs une réévaluation du mécanisme du partage (section 2). Le statut de modalité qui est reconnu à la copropriété revêtira en la matière une grande importance.

SECTION 1- LES EXPLICATIONS TRADITIONNELLES

L'historique du partage démontre que ce mécanisme de reconnaissance de l'exclusivité d'exercice a évolué en fonction des besoins de chaque époque (§1). Cette évolution a conduit au partage qui confirme une propriété préexistante: le partage déclaratif. Bien que les auteurs reconnaissent et admettent en droit moderne que le partage est déclaratif de propriété, ils ne s'accordent pas toujours sur son explication (§2).

§1. BREF HISTORIQUE DE LA QUESTION

Avant d'aborder la question du mécanisme de reconnaissance du caractère exclusif à la propriété par le partage en droit moderne, il convient de relater brièvement les deux grandes tendances qui se sont dessinées dans l'histoire du droit en la matière. Dans l'une, l'exclusivité d'exercice s'obtenait par un transfert de propriété (a); alors que dans

l'autre, tout transfert de propriété devait être évité; les indivisaires cherchaient à aboutir à une propriété exclusive sans recourir à un transfert de droit. L'effet déclaratif du partage serait issu de cette dernière tendance (b).

A. Le partage, un acte translatif en droit romain

L'exclusivité d'exercice de la propriété obtenue par suite d'un transfert de droit remonte à l'époque classique du droit romain où le partage opérait des transferts réciproques de droits entre copropriétaires⁵⁶⁵. Chaque indivisaire transférait les quotes-parts de droit qu'il détenait sur les biens qui ne lui étaient pas attribués et acquérait celles de ses consorts sur les biens à lui échus. Dans ce contexte, le partage se présentait davantage, à cette époque, comme un échange de quotes-parts⁵⁶⁶. Le partage s'en distinguait néanmoins car, du caractère amiable ou judiciaire de cet acte dépendait l'existence d'une garantie d'éviction. En effet, si le partage se déroulait à l'amiable au moyen de stipulations, la garantie contre l'éviction protégeait les indivisaires comme en matière d'échange. Si, au contraire, le partage s'effectuait sous autorité de la justice, une garantie devait être ajoutée au moyen de stipulations sans quoi, elle n'existait pas. Selon Championnière⁵⁶⁷, les Romains ont fait du partage un acte semblable à la vente et à l'échange mais à aucun endroit ils ont dit qu'ils assimilaient le partage à la vente et à l'échange comme certains l'ont proposé⁵⁶⁸. La confusion proviendrait plutôt des juristes modernes.

⁵⁶⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, t. 3, *op. cit.*, note 85, pp. 338-339; E. CUQ, *op. cit.*, note 75, p. 751; A. BISCARDI, *loc. cit.*, note 68, no 5, p. 345; J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, nos 21-22, pp. 300-305; J. RICOL, *op. cit.*, note 21, pp. 147-148; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, *op. cit.*, note 37, p. 411. Selon ce dernier auteur, le partage est avant tout un mode de transfert des droits, ce n'est que par exception qu'il en crée de nouveaux.

⁵⁶⁶ J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, no 21, p. 345; R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1948, no 158, pp. 215-216.

⁵⁶⁷ CHAMPIONNIERE, «Étude historique sur l'article 883 du Code civil», *Rev. légis.*, 1838, 405, 413. Voir *infra*, paragraphe 2.

⁵⁶⁸ Georges QUÉREL, *Du caractère fictif de l'article 883 du Code civil et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*, thèse, Lyon, 1923, p. 54

Sous cette réserve, le mécanisme du partage en droit romain avait néanmoins la particularité de laisser subsister les droits des tiers grevant déjà les biens; et ce, en quelques mains qu'ils passent. Les droits réels consentis en faveur d'un tiers avant le partage étaient donc opposables aux copartageants. L'attributaire des biens devait donc les supporter.

«On doit observer que si un débiteur engage sa moitié indivise dans une chose dont il est copropriétaire, en cas de partage, ce n'est pas la portion échue au débiteur qui est obligée au créancier, mais l'obligation du créancier frappe sur la moitié des portions échues à chaque copartageant.»⁵⁶⁹

Ainsi, l'indivisaire qui grevait ses intérêts dans le bien et en touchait une portion lors du partage se trouvait nettement avantagé par rapport aux autres indivisaires. Par ces opérations, il bénéficiait du crédit que lui procurait le bien et recevait de plus une portion de ce dernier au terme de l'indivision⁵⁷⁰. L'équilibre entre les indivisaires ne se rétablissait qu'à la suite de cascades de recours volontaires entre les indivisaires ou encore imposés par le juge, lorsque le partage se déroulait en justice:

«Si nous avons un fonds en commun entre nous, et que je l'ai donné en gage, vous n'en serez pas moins admis à en demander le partage; mais le créancier ne perdra pas le droit qu'il a sur le fonds, quand même il serait adjugé en entier à l'autre associé; car quand même une portion du fonds lui aurait été livrée, le gage n'en affecterait pas moins le fonds en entier: le juge estimera cette portion à un moindre prix que sa valeur à cause de la faculté qu'a le créancier, de la vendre d'après la convention du gage, c'est l'avis de Julien.»⁵⁷¹

⁵⁶⁹ D. XX, VI, 7, § 4: «Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.» M. HULOT, *Les 50 Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. 3, *op. cit.*, note 324, p. 135.

⁵⁷⁰ J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, no 23, p. 305; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 19, p. 32; J. RICOL, *op. cit.*, note 21, pp. 147-148.

⁵⁷¹ D.X. 3, comm. div., 6, 8: «Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividendo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio 'tradita' fuisset, intergrum maneret, arbitrum autem communi dividendo hoc minoris

Au Bas-Empire, le mécanisme de reconnaissance de l'exclusivité d'exercice de la propriété qu'est le partage n'évolua pas significativement. Il convient, tout au plus, de souligner que la reconnaissance de l'exclusivité d'exercice s'effectuait parfois sans transfert lorsqu'il s'agissait de déterminer les droits des tiers devenus créanciers en vertu de contrats de bonne foi qui laissaient au juge de larges pouvoirs d'appréciation⁵⁷².

B. Le partage, un acte déclaratif à partir du Moyen Âge

Le droit romain a sombré dans l'oubli pendant une grande partie du Moyen Âge, ce qui a entraîné la disparition momentanée de l'effet translatif du partage. Le Bas Moyen Âge possédait ses propres institutions. La copropriété y avait sa place sous forme de communautés familiales, taisibles ou continuées, mais la volonté de préserver les biens, surtout en matière de copropriété familiale, et la volonté de se protéger décourageaient tout partage. Malgré tout, lorsqu'un partage intervenait, l'exclusivité d'exercice de la propriété s'obtenait par une sorte de décroissement car l'attributaire du bien exerçait un droit préexistant:

«(...) quand le partage s'opérait, on ne devait le regarder, ni comme précisément translatif, ni comme précisément déclaratif, car sur chaque bien le communiste attributaire allait exercer un droit préexistant en vertu d'une sorte de décroissement.

Nous ne pouvons affirmer que ces solutions ont été admises d'une façon constante, de l'époque carolingienne au XVe siècle, dans le droit des censives et des alleux. Mais divers faits certains s'expliqueraient bien si on admettait cette conjecture.»⁵⁷³

La découverte et l'étude du droit romain vers le XIIIe siècle conféra une nouvelle perspective à la copropriété, perspective qui n'était pas en accord avec le milieu juridique dans lequel elle évoluait jusqu'alors. Les interprètes tentèrent en effet, à la

partem aestimare deberer, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest. Iulianus ait.» M. HULOT, *Les 50 Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. 2, *op. cit.*, note 324, p. 102.

⁵⁷² G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 31; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 32, pp 57-58. *Contra* G. BAUDRY-LACANTINERIE et Albert WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. 8, «Des successions», t. 3, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1905, p. 597 (en note).

⁵⁷³ M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, pp. 77-78; L. CAILTEAUX, *loc. cit.*, note 116, p. 288.

lumière du droit romain, de redonner à l'indivision, qui était venue se perdre jusqu'ici dans les communautés taisibles, familiales, continuées etc., son statut de propriété partielle. Le partage, en vertu de cette analyse, devait donc produire un effet translatif. Or la renaissance de l'étude du droit romain ne fit pas nécessairement disparaître les pratiques sociales du temps⁵⁷⁴. En outre, les gens de loi s'intéressèrent peu, dans un premier temps, aux mécanismes du partage⁵⁷⁵.

La suite les força cependant à s'y arrêter. En effet, à la lumière du droit romain, les seigneurs en quête de sources de richesses, tentèrent de faire du partage et de la succession des actes translatifs leur permettant de prélever des droits de mutation. Pour y échapper, plusieurs moyens furent imaginés. Dans un premier temps, la mutation de vassal en cas de succession fut exemptée de tout droit parce qu'elle n'entraînait pas une mutation d'homme. Cette exemption, lorsque que l'étude du droit romain prit de l'ampleur, fut expliquée ensuite par le concept d'aliénation nécessaire⁵⁷⁶. Cette dernière idée fut particulièrement utile pour affranchir le partage des droits dus au seigneur.

L'affrontement entre la conception romaine et la conception coutumière des mécanismes du partage a eu des répercussions en matière de sûretés. À cette époque⁵⁷⁷, il était d'usage que les contrats notariés se terminent par un engagement réciproque de tous leurs biens par les contractants. La jurisprudence considérait cette clause comme une hypothèque garantissant les obligations personnelles assumées par les parties⁵⁷⁸. Contrairement au droit romain, l'hypothèque fut très répandue au Bas Moyen Âge. Les inconvénients de l'effet translatif du partage ne manquèrent donc pas d'être soulevés parce que l'hypothèque continuait de grever les biens. L'application de l'effet translatif

⁵⁷⁴ F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 87, p. 143; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 38-39.

⁵⁷⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, p. 14; CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 567, pp. 427 à 432.

⁵⁷⁶ CHAMPIONNIERE, *loc. cit.*, note 567, p. 420; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 554; J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, pp. 77-78.

⁵⁷⁷ Cette pratique se développa au XIII^e siècle et se généralisa vers le XV^e siècle.

⁵⁷⁸ A. DUMAS, *op. cit.*, note 103, p.218; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 46.

du partage tel que connu en droit romain créait, en effet, des injustices. Celles-ci furent cependant rapidement corrigées par la jurisprudence⁵⁷⁹.

La jurisprudence ne fut pas la seule à critiquer les effets du partage translatif. La doctrine s'en mêla également, mais parfois avec réticence. Dumoulin, jurisconsulte très célèbre et fervent adepte du droit romain, en est un exemple. Selon un analyste, la conception de Dumoulin sur le mécanisme du partage a évolué au cours de son oeuvre. Si au début de son oeuvre Dumoulin voyait un transfert dans le partage, il le considère plus tard comme une simple attribution de parts; l'attributaire tirant son droit dans la chose non du partage mais de l'acquisition antérieure, c'est-à-dire du titre générateur de l'indivision⁵⁸⁰.

Quoi qu'il en soit, l'expression «partage déclaratif», telle qu'utilisée encore aujourd'hui, se retrouve pour la première fois sous la plume de Brodeau⁵⁸¹. Les travaux de synthèse de Pothier et de Lebrun contribuèrent par la suite à son développement⁵⁸². Les travaux de ces derniers contribuèrent, également, à l'unification et à l'uniformisation de l'effet du partage en matières civile et fiscale.

L'interprétation et la compréhension du mécanisme du partage n'étaient pas pour autant arrêtées, voire définitives. En effet, elles variaient en fonction de la conception que les auteurs avaient de la copropriété. Les auteurs ayant une conception romaine de la copropriété ne voyaient dans le mécanisme du partage qu'une fiction destinée à «camoufler» un partage en réalité translatif de propriété. Les autres, imprégnés du droit coutumier, soutenaient, au contraire, que le partage était par essence déclaratif de

⁵⁷⁹ Voir, par exemples, les décisions du 8 janvier 1569, 20 juillet 1571, 15 mai 1581 et 2 août 1595. cités par A. GALLET, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*. thèse, Poitiers, 1903, p. 17 et H. DE PAGE ET R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Liv. IX, «Les successions», no 1375; Dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et Albert WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. 8, «Des successions», t. 3, *op. cit.*, note 572, no 3272, p. 598.

⁵⁸⁰ AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, pp. 517 à 520.

⁵⁸¹ Julien BRODEAU, *Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, 2e éd., t.1, Paris. Jean et René Guignard, 1669, art. 37, no 35, p. 283.

⁵⁸² J.CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, p. 82; AUBÉPIN, *loc. cit.*, note 113, p. 537; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, pp. 108-109.

propriété. Pothier, de qui les codificateurs s'étaient inspirés, faisait partie de ces derniers⁵⁸³. Selon lui, cette opération

«(...) est l'exercice du titre auquel la chose qui m'échoit aujourd'hui en entier par le partage ou la licitation, m'était auparavant advenue pour une portion indivise; ce principe est fondé sur la nature de l'indivis.»⁵⁸⁴

Malgré les termes qu'il emploie dans son *Traité des successions*, repris par la suite par les codes civils français et du Bas-Canada⁵⁸⁵, Pothier ne voyait aucun transfert dans le partage. Pour lui, cet acte révélait une réalité préexistante qui découlait de la pluralité des copropriétaires. Le débat quant au fonctionnement et à l'interprétation de l'effet déclaratif du partage ne faisait que commencer en droit moderne.

§2. ÉTAT DE LA QUESTION EN DROIT MODERNE

Les termes de l'article 883 C.c.f., qui avait pour correspondant l'article 746 C.c.B.C., prévoient que:

«Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.»

Les explications que donnent les auteurs sur cet article diffèrent. Pour certains, le partage, à l'instar du droit romain, est translatif de propriété; les articles 746 C.c.B.C. ou 883 C.c.f. ne prévoiraient, pour leur part, qu'une fiction légale (A). Pour d'autres, le partage est essentiellement déclaratif; le partage reconnaîtrait un droit préexistant et ce, sans qu'il soit besoin de recourir à une fiction. Le mécanisme mis en place par les articles 746 C.c.B.C. et 883 C.c.f. ne ferait qu'en permettre la réalisation (B).

⁵⁸³ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Liv. IX, «Les successions», *op. cit.*, note 579, no 1375, p. 979.

⁵⁸⁴ Robert-Joseph POTHIER, *Oeuvres complètes de Pothier*, «Traité des fiefs», Paris, Thomine et Fortic, 1821, p. 285.

⁵⁸⁵ *Id.*, «Traité des successions», p. 387.

A. Le partage translatif tempéré par une fiction de la loi

Les auteurs soutenant que le partage est translatif de propriété ont généralement une opinion de la propriété voulant qu'elle réunisse tous ses attributs et tous ses caractères en une seule main; notamment son caractère exclusif. Pour expliquer l'existence du droit de propriété en matière de copropriété, ils adoptent une analyse de la copropriété qui se rapproche grandement de celle du droit romain qui favorise une certaine forme d'exclusivité par l'attribution au droit d'un objet défini et limité. Ils arrivent alors au résultat du partage translatif de propriété car l'objet du droit avant et l'objet du droit après le partage n'est pas le même. Il y aurait eu, entre temps, un échange. Cette façon de faire a eu cours tant en droit français (a) qu'en droit québécois (b).

a. L'approche du partage translatif en droit français

L'analyse du partage comme étant translatif de quotes-parts se vérifie chez des auteurs français tels que Laurent et Baudry-Lacantinerie. Ce dernier soutenait en ce qui a trait au partage que:

«(...) si chaque héritier est propriétaire d'une fraction indivise de son lot, il n'en est pas moins vrai que cet héritier acquiert la part indivise de ses cohéritiers sur le même lot et aliène sa part indivise sur les autres lots; c'est bien là le caractère de l'échange et de la vente (...)»⁵⁸⁶

Selon Baudry-Lacantinerie et Wahl, la propriété qu'exercent les copropriétaires porterait, avant partage, sur une «fraction indivise de son lot» qui jouerait le rôle d'objet de droit limité et défini tant que le partage ne serait pas intervenu. La propriété s'y exercerait avec tous ses attributs et tous ses caractères, notamment son caractère

⁵⁸⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE et Albert WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. 8, «Des successions», t. 3, *op. cit.*, note 572, no 3272, p. 596; F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, no 395, pp. 411-412. Henri DE PAGE et René DEKKERS, (t. 5, *op. cit.*, note 21, no 1148, p. 1003) soutiennent, à juste titre, qu'en matière de copropriété, seule la valeur du droit se divise. Ils prétendent, par contre, que le partage opère un échange de quotes-parts. Fondamentalement, il serait un acte translatif. L'effet déclaratif ne serait qu'un pur procédé technique (*Id.*, no 1150, p. 1005). Cette opinion comporte une contradiction. La division de la valeur d'un droit ne devrait pas entraîner de transfert entre les indivisaires si chacun reçoit sa quote-part. Le partage concrétise seulement la valeur du droit. Il n'opère pas un transfert.

exclusif, et ce jusqu'au partage. Lors du partage, l'indivisaire qui est «propriétaire d'une fraction indivise de son lot», par exemple un tiers, devra acquérir les deux autres tiers de ses copropriétaires pour pouvoir exercer la propriété exclusive sur le ou les biens attribués.

Cette interprétation, qui tire son origine du droit romain et qui sert la cause de la notion de propriété issue de la Révolution française, doit bénéficier d'une fiction pour expliquer l'origine du droit portant sur l'objet reçu lors du partage; ce à quoi servirait le texte de l'article 883 C.c.f.:

«Ce texte efface fictivement la période de l'indivision et il décide que la situation juridique née du partage sera la même que si chaque cohéritier avait reçu son lot tout fait dès le jour du décès du *de cuius*, alors qu'en réalité ce lot n'a été fait que par le partage. Tel est l'effet rétroactif ou déclaratif.»⁵⁸⁷

Bien que les auteurs s'accordent à en minimiser l'importance⁵⁸⁸, la fiction joue un rôle si important en l'espèce qu'il faut s'interroger sur le bien-fondé de cette approche. Selon cette approche, la fiction opérerait un changement de titre pour la portion acquise des cohéritiers et ferait remonter la propriété du lot entier au jour du décès pour préserver l'équilibre entre les indivisaires⁵⁸⁹. Qui plus est, cette explication du partage ne respecte pas l'évolution de la notion de copropriété et celle de partage. Il faut se demander, dans ce contexte, si le partage translatif ne serait pas une explication donnée, après coup, à un phénomène qui provient du droit coutumier.

⁵⁸⁷ Aimé GALLET, *Étude sur la fiction de rétroactivité*, thèse, Poitiers, 1903, p. 16.

⁵⁸⁸ *Id.*, p. 33, Georges QUÉREL, *Du caractère fictif de l'article 883 du Code civil et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*, thèse, Lyon, 1923, Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.3 par Léon Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1950, no 1146, p. 591;

⁵⁸⁹ Georges QUÉREL, *op. cit.*, note 588, pp. 121-122

b. L'approche du partage translatif en droit québécois

L'approche de la doctrine traditionnelle au Québec envisage également le partage comme un échange, une aliénation; partant, cette opinion découle d'une analyse de la copropriété qui se rapproche de celle qui avait cours en droit romain. Les écrits de Pierre-Basile Mignault illustrent ce fait. Cet auteur définit la relation entre les indivisaires et l'objet de leur droit de la façon suivante:

«Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux acquiert un droit sur chaque objet de la succession et sur chacune des molécules de chaque objet. On appelle *indivision* ce concours de droits rivaux qui se rencontrent, se réunissent, se confondent dans chaque objet de l'hérédité.»⁵⁹⁰

Dans son analyse du partage, Pierre-Basile Mignault arrive dans un premier temps à une explication du partage semblable à celle développée en droit romain. Il ne reconnaît qu'ensuite l'existence de l'article 746 C.c.B.C. et le considère comme une fiction légale:

« (...) Le partage fait cesser l'indivision, en limitant le droit général de chaque héritier à certains objets déterminés, qui désormais lui appartiennent exclusivement.

En réalité, le partage est un échange que font entre eux les cohéritiers. Chacun d'eux cède aux autres le droit qu'il a sur les objets qui leur sont attribués et reçoit en échange le droit qu'ils ont sur les objets mis dans son lot. Mais le code est parti d'une autre idée. Nous trouverons, en effet, quand nous étudierons l'article 746, une *fiction de droit* dont le résultat est de faire considérer chaque héritier comme ayant toujours eu un droit exclusif sur les objets qui lui sont attribués, et, par suite, comme ayant toujours été étranger aux biens mis dans le lot de ses cohéritiers: en sorte que chacun d'eux est *réputé* quant aux objets qu'il reçoit pour sa part, avoir *succédé SEUL au défunt*.

⁵⁹⁰ P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 482; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.2, *op. cit.*, note 396, art. 746, p. 502 et suiv.; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t.4, *op. cit.*, note 158, p. 572. Pour cet auteur, le partage complète un droit incomplet. La conception traditionnelle, qui veut que seule la propriété exclusive existe, l'a conduit sur cette piste. Pour cet auteur, le partage est et reste néanmoins un acte fondamentalement translatif puisqu'il ajoute ce qui manquait au droit: l'exclusivité. Cette exclusivité s'obtiendrait par un transfert conjugué à fiction comme le propose les autres auteurs.

Ainsi, *en réalité*, le partage est un échange, et, par conséquent, pour chacune des parties un titre d'acquisition et d'aliénation: *le partage est TRANSLATIF de propriété*. Cela était admis chez les Romains. Sous l'empire du code, le partage n'est pas un échange; ce n'est ni un titre d'acquisition, ni un titre d'aliénation: aucune partie n'acquiert, aucune partie n'aliène. Le partage n'a d'autre effet que de déterminer les objets relativement auxquels chaque héritier est censé avoir succédé seul au défunt. Aussi dit-on qu'il est, non pas *translatif*, mais simplement DÉCLARATIF de propriété. Nous pouvons donc le définir: l'acte qui fait cesser l'indivision en déterminant, en faisant connaître les biens à l'égard desquels chaque *héritier est censé avoir succédé seul au défunt.*»⁵⁹¹

L'approche de Mignault sur la question du partage rejoint la doctrine française du partage translatif et elle doit être rejetée pour les mêmes raisons. Selon Mignault, le partage ne serait déclaratif qu'au prix d'une fiction. Cette fiction a pour effet d'opérer un changement de titre car, pour Mignault, le partage est en réalité un échange, et a pour effet de faire remonter la propriété du lot entier au jour du décès. La fiction joue ici un rôle si important qu'il faut s'interroger sur son bien-fondé en vertu des règles d'interprétations voulant que les fictions soient interprétées restrictivement⁵⁹². Qui plus est, il faut ajouter à ces arguments que l'analyse du partage de Mignault ne correspond pas à l'intention des parties. En effet, les indivisaires lorsqu'ils procèdent au partage n'entendent pas opérer un échange. Ils n'ont pas eu l'intention d'aliéner les biens qui ne leur sont pas attribués et d'acquérir ceux qu'ils reçoivent.

B. Le partage essentiellement déclaratif

L'approche du partage essentiellement déclaratif a été développée d'abord en droit français (a). Elle ne fut importée que plus tard en droit québécois (b). Les auteurs qui y adhèrent reconnaissent la préexistence du droit des copropriétaires sur le ou les biens attribués lors d'un partage. Cette opinion, qui respecte la tradition historique en matière de partage, réserve une place limitée à la fiction.

⁵⁹¹ P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 482.

⁵⁹² Jean-Louis BERGEL, «Le rôle des fictions dans le système juridique» (1987-1988) 33 *R.D. McGill*, 384.

a. L'approche du partage déclaratif en droit français

Selon Aubry et Rau, la copropriété se définit comme suit:

«La copropriété est le droit de propriété compétant à plusieurs personnes sur une seule et même chose, qui n'appartient pour ainsi à chacune d'elles que pour une quote-part idéale ou abstraite.»

La quote-part, pour eux, est un rapport intellectuel et devient en quelque sorte l'objet de la propriété. Leur explication du partage s'en trouve influencée. Selon ces auteurs, le partage:

«(...) a pour effet de transformer les droits de propriété compétant aux divers cohéritiers d'une manière indivise, sur l'hérédité tout entière, en un droit de propriété exclusive, portant, pour chacun d'eux, sur les objets tombés dans leur lot (...).»⁵⁹³

Pour Aubry et Rau toutefois, le partage ne serait pas un acte purement déclaratif puisqu'il transformerait un droit qui portait sur la totalité d'une chose en un droit exclusif sur une portion matérielle de cette dernière. Le partage ne serait pas, non plus, purement translatif, puisque chaque copartageant se retrouvait, dès avant le partage, investi «d'un droit indivis dans chaque atome de la portion matérielle qui lui est attribuée»⁵⁹⁴. Aubry et Rau expliquent ce phénomène par la nature même de la copropriété et par l'existence d'une condition résolutoire inhérente à celle-ci⁵⁹⁵.

Les écrits de Planiol et Ripert diffèrent de ceux d'Aubry et Rau notamment en ce qui concerne l'existence d'une condition. Pour comprendre leur approche du partage, il convient d'abord d'exposer leur conception de la copropriété. Selon Planiol et Ripert:

⁵⁹³ C.AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 10, 5e éd., Paris, Marchal et Billard, 1954, para. 625, p. 200.

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 200 (note 1).

⁵⁹⁵ *Id.* Aubry et Rau sont suivis en cela par F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, nos 212 et 215, pp. 244 et 247; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 400, no 264, p. 295, J. LEBRET, *loc. cit.*, note 30, 438.

«Une chose appartenant à plusieurs copropriétaires est dans l'indivision lorsque le droit de chaque propriétaire porte sur l'ensemble, et non sur une portion déterminée de la chose commune. La part de chacun n'est donc pas une part matérielle, mais une quote-part s'exprimant par un chiffre. C'est le droit de propriété qui est partagé entre eux; la chose est indivise.»⁵⁹⁶

Le droit des indivisaires s'exercerait, d'après eux, sur la quote-part qui devient un objet de droit⁵⁹⁷. Qui plus est, le partage a pour rôle d'attribuer à chaque propriétaire une part divisée dans la chose au lieu d'une part indivise⁵⁹⁸. Selon Planiol et Ripert, le partage localiserait le droit de propriété. Ces auteurs soutiennent encore que l'effet du partage est essentiellement déclaratif. Selon eux, l'effet déclaratif du partage proviendrait des termes mêmes de l'article 883 C.c.f. et non de conditions qui supposent un accord de volontés⁵⁹⁹.

Des écrits d'Aubry et Rau et de ceux de Planiol et Ripert, il faut rejeter que la quote-part devient objet de droit. Cette analyse conduit erronément à admettre que les copropriétaires détiennent deux droits portant sur des objets distincts. Il a été démontré précédemment que cette façon d'expliquer la copropriété est à proscrire⁶⁰⁰. Pour le reste, l'approche d'Aubry et Rau est préférable à celle de Planiol et Ripert. Assimiler le droit de provoquer le partage à une condition est juste. La condition en l'espèce est prévue par le législateur lui-même dans la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision.» Le rôle des indivisaires est donc inexistant en ce qui concerne sa source. En revanche, la loi prévoit par la règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» que les indivisaires décident du moment de l'arrivée de la condition. Il s'agit qu'un indivisaire demande le partage pour que la modalité prenne fin. Ceci étant, le droit des indivisaires n'est pas conditionnel. Seul son exercice sous forme de modalité est soumis à une condition: le partage.

⁵⁹⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, t.3, *op. cit.*, note 178, no 286, p. 274.

⁵⁹⁷ *Id.*, t.3, no 288, p. 276.

⁵⁹⁸ *Id.*, t.3, no 292, p. 280.

⁵⁹⁹ *Id.*, t.4, *op. cit.*, note 178, no 639, p. 740.

⁶⁰⁰ Voir *infra*, chapitre préliminaire, section 2, para 2.

L'approche de Planiol et Ripert est toutefois juste lorsqu'ils affirment que l'effet déclaratif du partage provient des termes mêmes de l'article 883 C.c.f. mais elle doit encore être rejetée lorsque leur notion de copropriété est analysée en regard de leur notion de partage. En effet, l'analyse de la copropriété de Planiol et Ripert confrontée avec leur notion de partage conduit à admettre l'existence de deux partages en matière de copropriété: un premier partage qui se déroulerait lors de la création de l'indivision et qui porterait sur le droit; et un deuxième partage qui interviendrait à la fin de l'indivision et qui porterait sur l'objet du droit. Cette explication nie l'existence de la modalité de la propriété⁶⁰¹ car indivision équivaut ici à partage. Elle découle du désir chez ces auteurs de retrouver une propriété au sens habituel du terme; c'est-à-dire une propriété qui présente tous ses attributs et tous ses caractères au profit d'une seule et même personne. Or la copropriété est l'antithèse de cela.

En outre, parce que la quote-part, pour eux, n'est pas matérielle, l'approche de Planiol et Ripert aurait dû les conduire à la propriété des choses incorporelles. En effet, selon leur approche, le partage devrait opérer un paiement puisqu'ils soutiennent que la quote-part représente une vocation, voire une créance donnant droit à une portion du bien lors du partage. Bien que cette question n'ait pas été directement abordée en matière de copropriété, il n'est pas sûr que ces auteurs visaient ce résultat encore discuté aujourd'hui⁶⁰². L'approche de Planiol et Ripert doit donc être rejetée en raison du rôle trop important qu'occupe la quote-part⁶⁰³, rôle qui confine erronément le partage à la détermination de l'assiette d'un objet corporel alors qu'il met de côté l'impact du partage sur la titularité du droit.

⁶⁰¹ J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, 289.

⁶⁰² Roderick A. MACDONALD, «Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies», (1994) 39 McGill L.J. 761; John E.C. BRIERLEY, «Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec», (1995) R.I.D.C. 33.

⁶⁰³ MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, note 15, no 57-1, p. 80. Cette conception du partage crée une séparation du patrimoine. Poussée à l'extrême, elle aboutit à un transfert non pas entre coindivisaires mais entre une communauté « organique » et un sujet de droit particulier. Voir G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 416-417.

Quoi qu'il en soit, Planiol et Ripert à l'instar d'Aubry et Rau ont le mérite d'avoir reconnu l'absence d'échange ou de transfert entre les indivisaires lors d'un partage. Leur interprétation limite par conséquent le rôle de la fiction en la matière. La fiction consiste seulement à faire remonter dans le temps les résultats du partage⁶⁰⁴.

b. L'approche du partage déclaratif en droit québécois

Peu d'écrits abordent spécifiquement la question des effets du partage en droit québécois. La doctrine en traite souvent comme une question accessoire à celle de la liquidation d'une succession⁶⁰⁵. Il n'en demeure pas moins qu'il est admis que le partage n'opère pas de transfert⁶⁰⁶.

Une seule étude en droit québécois traite de l'effet déclaratif du partage et encore, elle vise principalement l'indivision successorale. Dans cette étude, Donald Riendeau écrit que la notion de partage moderne a créé une nouvelle situation pour les indivisaires:

«Pour nous, l'indivisaire n'est pas un copropriétaire. Ses droits sont les suivants: un droit personnel, droit sur la masse successorale, lequel lui permet de venir au partage; un droit de copropriété, mais essentiellement temporaire, appelé à disparaître tant pour l'avenir que pour le passé, droit tenant uniquement à la nature des choses, à un

⁶⁰⁴ Ce point de vue est d'ailleurs partagé par plusieurs auteurs: J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, 343; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 49, p. 81; Marcel VEROONE, *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*, thèse, Lille, 1946, pp. 110 à 116; H. ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels: Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, *op. cit.*, note 217, no 70, p. 76; R. MERLE, *op. cit.*, note 566, no 173, p. 242. Pour Merle, le partage est une opération de bornage de propriétés distinctes (p. 241).

⁶⁰⁵ Voir, par exemple, Marc-André LAMONTAGNE, «Liquidation et partage de successions», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. I, Ste-Foy, P.U.L. nos 167-168, p. 424.

⁶⁰⁶ Voir entre autres: D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, note 15, nos 364 à 369, pp. 202 à 205; U. JORON, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur propriété indivise», [1932-1933] 35 *R. du N.* 299; G. BRIERE, *op. cit.*, note 438.

accident. C'est un véritable droit de propriété exclusive, existant dès le décès du «de cujus», mais inopérant sur lequel il porte.»⁶⁰⁷

La conception de la copropriété chez cet auteur nuit à son explication du partage. Le droit personnel qu'il accorde aux indivisaires, droit qui leur permet de venir au partage semble n'être, en fait, que l'obligation *propter rem* d'accéder à la demande en partage formulée par un coindivisaire⁶⁰⁸. Le droit de copropriété essentiellement temporaire qu'il leur accorde également le conduit à une explication erronée du partage⁶⁰⁹. Selon les propres termes de Donald Riendeau, ce droit de copropriété est un droit de propriété exclusive, existant dès le décès, mais inopérant. Dans ce contexte, le partage, pour lui, «(...) transforme le droit de propriété exclusive de l'héritier en déterminant l'objet sur lequel il porte dès le décès.»⁶¹⁰ Ce partage serait déclaratif de propriété et contiendrait un élément de fiction. Mais la fiction en l'espèce,

«(...) ne consiste pas, comme on a souvent tendance à le croire, en ce que par le partage déclaratif, l'héritier serait déclaré propriétaire dès le moment du décès, alors que dans la réalité des choses, il ne le serait pas entièrement: la fiction vient de ce que la loi déclare que le droit de propriété de l'héritier est déterminé dès le décès.»⁶¹¹

À l'instar d'autres auteurs, Donald Riendeau, en qualifiant le droit de copropriété de propriété exclusive, tente de retrouver une propriété au sens habituel du terme, c'est-à-dire qui comporte tous ses attributs et tous ses caractères en une seule main⁶¹². Or, il a

⁶⁰⁷ D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, p. 40. La copropriété, pour Riendeau, porte nécessairement sur un bien particulier et individualisé (p. 25). Cette approche ne saurait être retenue car elle se fonde sur une fausse distinction entre copropriété et indivision. Voir *infra* chapitre préliminaire, section 1., para 1A. Qui plus est, cette argumentation se contredit. L'indivisaire ne serait pas copropriétaire mais détiendrait un droit de copropriété.

⁶⁰⁸ Voir *infra*, première partie, titre 1, chapitre 2, section 1, para 2 B.

⁶⁰⁹ Sur le caractère temporaire du droit de copropriété, Donald Riendeau a en partie raison. Toutefois, il faut bien comprendre à quoi se rattache ce caractère temporaire. Seule la modalité a un caractère temporaire. Le droit lui-même est perpétuel car il s'agit de la propriété.

⁶¹⁰ *Id.*, p. 43.

⁶¹¹ *Id.*, p. 38.

⁶¹² *Id.*, p. 21.

été démontré précédemment que la propriété existe même lorsque son trait exclusif est absent⁶¹³. Qui plus est, le partage comme l'affirme Donald Riendeau, ne détermine pas l'objet du droit. Dès l'origine, cet objet était connu. Seule l'assiette du ou des objets qui seront soumis à une exclusivité d'exercice de propriété n'est pas délimitée. Ceci n'empêche pas que le droit de propriété puisse valablement et efficacement s'exercer sur l'ensemble du bien pendant l'indivision; seulement, son caractère exclusif sera absent. Enfin, le rôle de la fiction en matière de partage est mal défini. La fiction ne détermine pas l'objet. Elle consiste seulement à faire remonter les résultats du partage dans le temps.

L'effet déclaratif du partage a aussi été abordé, plus récemment, par Germain Brière dont les écrits présentent l'avantage d'être mis à jour selon le *Code civil du Québec*. Selon cet auteur, le partage:

«(...) ne se borne pas à constater un état antérieur; il transforme le droit de chacun des héritiers, qui portait sur une quote-part abstraite et dont l'assiette était indéterminée, en un droit concret portant sur des biens déterminés.»⁶¹⁴

Il décrit l'effet déclaratif du partage de la façon suivante:

«(...) l'effet déclaratif tient à la nature même du partage, l'effet rétroactif est commandé par des considérations pratiques; la rétroactivité est une fiction à laquelle ne sont rattachées que des conséquences limitées et dont l'ampleur dépend de la conception de l'indivision. La théorie qui voit dans le partage un acte naturellement rétroactif aurait des conséquences incompatibles avec toute organisation de l'indivision; elle peut d'autant moins être retenue que le législateur a réglementé l'indivision.»⁶¹⁵

⁶¹³ Voir *infra*, section 2.

⁶¹⁴ G. BRIERE, *Traité de droit civil, «Les successions»*, *op. cit.*, note 438, no 863, p. 993.

⁶¹⁵ G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 861, p. 991. Le texte d'Henri Petit, sur la réforme de l'indivision suit les propos de cet auteur. H. PETIT, *loc. cit.*, note 432, pp. 300 et suiv.

Germain Brière, sur la rétroactivité a tout à fait raison, mais son approche de la copropriété donne, à l'instar de beaucoup d'autres auteurs, un rôle trop important à la quote-part. Cette dernière devient un objet de droit permettant de retrouver en matière de copropriété le caractère exclusif de la propriété. Pour les motifs invoqués plus haut, cette analyse de la copropriété doit être abandonnée. Qui plus est, si le droit porte sur la quote-part abstraite, le partage opérera forcément une substitution «fictive» d'objets de droit qui prendra la forme d'un paiement. Or, à l'instar de Planiol et Ripert, cette approche conduit au résultat discuté de la propriété des biens incorporels et à l'analyse de la copropriété voulant qu'elle confère deux droits et deux objets alors qu'en réalité il n'y a qu'un droit, exercé par plusieurs il est vrai, et un seul objet⁶¹⁶.

Quoi qu'il en soit, l'étude de ces auteurs démontre que la propriété exclusive est encore une référence en matière de copropriété. Comme, la propriété est nécessairement exclusive pour eux; ils en arrivent à donner à la quote-part un rôle d'objet de droit. Si, au contraire, il est admis que l'objet de la copropriété est la chose tenue en indivision et que la quote-part n'est qu'une quantité, qu'une mesure, l'analyse du partage s'en trouve modifiée.

SECTION 2- EXPLICATION PROPOSÉE

Pour déboucher sur une propriété exclusive, le partage joue un double rôle. Premièrement, il met fin à la copropriété, ce qui entraîne la disparition de l'indivision. Il s'agit là de son rôle extinctif (§1). Deuxièmement, il révèle la préexistence du droit exercé par les indivisaires. C'est son rôle déclaratif (§2). Ces deux rôles interviennent de façon simultanée. Leur étude séparée facilite seulement la compréhension du mécanisme du partage.

⁶¹⁶ Voir *infra*, chapitre préliminaire, section 2, para 2.

§1. LE RÔLE EXTINCTIF DU PARTAGE

Le partage est la voie normale pour mettre fin à la copropriété et à l'indivision. Il permet aux indivisaires d'obtenir une propriété exclusive sur l'objet qui leur est attribué. Pour y arriver, le partage joue, dans un premier temps, un rôle extinctif qui atteint de façon automatique et simultanée la copropriété (A) et l'objet tenu en indivision (B).

A. La disparition de la concurrence dans la détention du titre de propriété

La copropriété, il convient de le rappeler, suppose la cotitularité du droit de propriété. Cette cotitularité se traduit, dans les faits, par la concurrence dans l'exercice et dans la détention de ce droit⁶¹⁷. Cette concurrence incite imperceptiblement, par le biais de la quote-part, à l'exercice exclusif de la propriété comme s'il s'agissait d'une situation idéale. Ceci étant, pour pouvoir trouver ou retrouver une exclusivité d'exercice de la propriété, la copropriété doit d'abord disparaître.

D'un point de vue technique, l'élimination de la concurrence s'effectue par une série de renonciations⁶¹⁸, renonciations qui entraînent la réduction de l'assiette du droit des indivisaires. Pour aboutir à l'exclusivité d'exercice de la propriété sur un bien ou sur une portion délimitée du bien, un indivisaire doit renoncer à faire concurrence aux autres sur ce qu'il reste. L'attribution d'une portion de l'assiette du droit, portion égale ou supérieure à la quote-part détenue, entraîne automatiquement la renonciation de l'indivisaire attributaire puisque l'intérêt que l'indivisaire détenait dans le titre de propriété a été satisfait. Qui plus est, la quantité, la mesure que représente la quote-part disparaît car l'indivisaire a reçu ce à quoi il pouvait prétendre. Ceci étant, la cession de quote-part devient, en principe, inutile; sauf dans un cas, celui où un indivisaire se verrait attribuer tout le bien ou une portion de ce dernier supérieure à celle à laquelle il

⁶¹⁷ Voir *supra*, chapitre préliminaire, section 1, para 1 A et section 2, para 2 B.

⁶¹⁸ C.AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 10, *op. cit.*, note 593, no 626, p. 190; D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, p. 43; F. ZÉNATI, *op. cit.*, note 192, no 251, p. 264

avait droit en vertu de sa quote-part. La cession assurera que l'attributaire d'une portion supérieure aura la propriété de l'excédent⁶¹⁹.

Pour arriver à l'exclusivité d'exercice, la concurrence deviendra vive et porteuse d'effets négatifs si les parties ne s'entendent pas. Plus qu'une série de renonciations, le partage exige un vaste compromis, compromis qui entraîne pour chacun la réduction de l'assiette de l'objet du droit pour le rendre équivalent à leur quote-part de droit détenue par chacun. Il ne suffira pas qu'un indivisaire veuille renoncer à exercer ses droits sur le ou les biens ou parties du bien dont il ne veut pas pour qu'il puisse conserver la propriété exclusive sur le ou les biens ou parties du bien qu'il désire. Tous les autres indivisaires doivent renoncer à lui faire concurrence sur ce qu'il obtient. La copropriété ne cessera que lorsqu'il ne subsistera qu'un seul sujet du droit de propriété par objet.

La mésentente possible entre les indivisaires ne change rien aux règles qui viennent d'être exposées. Le partage exige des concessions même lorsqu'il se déroule sous l'autorité de la justice. Ceci arrive notamment lorsque les indivisaires ne s'entendent pas sur la composition et la répartition des lots⁶²⁰. Un copartageant, pour recueillir un lot, doit renoncer à exercer ses prétentions sur les autres biens. À cet égard, le partage qui se déroule sous l'autorité de la justice ne diffère pas fondamentalement d'un partage amiable. Ce partage exige la participation de tous⁶²¹.

En tout état de cause, la ou les renonciations requises en matière de partage se distinguent des autres actes de renonciation connus en droit. Ces renonciations en matière de partage ne représentent qu'une technique de compromis. Les copartageants ne poursuivent pas ici l'accomplissement d'un acte abdicatif même si la modalité de copropriété disparaît à l'occasion du partage⁶²². D'une part, psychologiquement, les

⁶¹⁹ Un soulte compensera les inégalités (C.c.Q., art. 852) autrement, il y aurait libéralité (C.c.Q, art 1810, par analogie).

⁶²⁰ C.c.Q., art. 853 et 854; C.p.c., art. 811. Il résulte par ailleurs de ces articles que le partage sous l'autorité de la justice ne possède pas un véritable caractère contradictoire.

⁶²¹ A. GALLET, *op. cit.*, note 587, p. 38.

⁶²² Y. SEILLAN, *L'acte abdicatif*, (1966) 64 Rev. trim. dr.civ., no 16, p. 698; R. MERLE, *op. cit.*, note 566, no 172, p. 239.

copartageants visent d'abord à rendre plus efficace leur droit en éliminant la concurrence dans son exercice⁶²³. Ils n'entendent pas renoncer à leur droit⁶²⁴. Par le partage, les indivisaires copartageants renoncent seulement à exercer leurs droits sur la portion de l'objet du droit attribuée à un autre indivisaire. Aussi, le partage se distingue d'un acte de renonciation au sens juridique du terme comme l'abandon d'un droit dans un mur mitoyen⁶²⁵. Contrairement au partage où la renonciation porte sur l'exercice d'un droit et non pas sur le droit lui-même, ce cas de renonciation affecte la composition du patrimoine du renonçant. Lorsqu'un copropriétaire fait abandon de son droit dans un mur mitoyen, le droit sort de son patrimoine. D'autre part, techniquement, le partage désintéresse l'indivisaire par la reconnaissance d'une propriété exclusive. L'indivisaire attributaire n'a donc pas besoin d'un autre acte pour confirmer sa propriété. Il détenait, en effet, dès avant le partage, la propriété sur l'ensemble du bien; mais du fait de la copropriété, l'indivisaire ne pouvait prétendre qu'à une exclusivité d'exercice de la propriété sur une portion réduite de l'objet du droit à la suite du partage.

B. La fin de l'indivision afférente à la copropriété

Le rôle extinctif du partage à l'égard de l'indivision est l'aspect du partage le plus souvent relevé⁶²⁶. Le Code lui-même ne souligne que cet aspect à l'article 884 C.c.Q. Le mécanisme de l'extinction de l'indivision qu'il met en place se présente simplement: les biens autrefois indivis se retrouvent divisés par le partage. La division matérielle de l'assiette du droit constitue donc un élément clé en la matière⁶²⁷. Sans cet élément,

⁶²³ Y. SEILLAN, *loc. cit.*, note 622, p. 697.

⁶²⁴ *Id.*

⁶²⁵ C.c.Q., art. 423 et 1006.

⁶²⁶ H. DE PAGE et R. DEKKERS, t. 5, *op. cit.*, note 21, no 1143, p. 999; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, no 81, p. 156; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 17, no 546, p. 352; D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, p. 18; U. JORON, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la propriété indivise», *loc. cit.*, note 606, p. 299; G. QUÉREL, *op. cit.*, note 588, p. 8; G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, p. 178.

⁶²⁷ Voir *supra*, partie 1, chapitre 2, section 2, para 1A. *Fiset c. Fiset*, (1916) 50 C.S. 114; F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, p. 241; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 117, p. 186; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 246. Certains auteurs le laissent sous-entendre seulement: H. DE PAGE et R. DEKKERS, t. 5, *op. cit.*, note 21, no 1143, p. 999; G. QUÉREL, *op. cit.*, note 588, p. 8;

l'opération réalisée n'est pas un partage véritable mais plutôt une vente, un échange, etc. Ceci étant, le rôle extinctif du partage à l'égard de l'indivision joue, que la division matérielle de l'objet soit complète ou partielle⁶²⁸.

Le contenu et la nature de l'assiette du droit influencent, par ailleurs, l'étendue de la division matérielle qui intervient lors d'un partage. En effet, une masse de biens peut souvent se diviser sans que chaque bien s'en trouve morcelé. L'opération de la composition des lots tient lieu, dans ce cas, de fractionnement⁶²⁹. Il en va autrement, cependant, lorsqu'un seul bien indivis constitue l'objet du droit. Le partage, à moins qu'il soit possible de fractionner l'objet du droit⁶³⁰, est alors la plupart du temps impraticable. Ceci n'aboutit pas pour autant à une condamnation pour les indivisaires à demeurer indéfiniment dans l'indivision. D'autres moyens existent pour en sortir⁶³¹.

§2. LE RÔLE DÉCLARATIF DU PARTAGE

Le rôle déclaratif du partage existe pour toutes les indivisions et ce, peu importe leur origine. Le partage reconnaît que la propriété était déjà exercée (A). Le partage fait cependant plus que reconnaître la préexistence de la propriété. Il confère à ce droit l'exclusivité d'exercice qui lui manquait (B).

G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o partage; M. PLANIOL, «La cession de droits peut-elle produire l'effet déclaratif du partage?», *Rev. crit.*, 1883, 588-590.

⁶²⁸ C.c.Q., art. 849 et 884. Le partage partiel n'était pas admis sous le *Code civil du Bas-Canada*. Voir, par exemple, *Marceau c. Lefèvre*, [1955] B.R. 489; *Varin c. Guérin*, (1893) R.J.Q. 30 (C.S.); L. FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t.4, *op. cit.*, note 158, pp. 578-579; U. Joron, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la propriété indivise», *loc. cit.*, note 606, 303-304.

⁶²⁹ C.c.Q., art. 850 et suiv.

⁶³⁰ Il est possible de fractionner un immeuble pour en faire de la copropriété dite divise. C'est, entre autres, à ce cas que réfère l'article 849 du C.c.Q. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaire sous l'article 849, p. 501.

⁶³¹ C.c.Q., art. 885 et 1015 al.1; 1037 al. 1.

A. La reconnaissance de la préexistence d'un droit

Le partage joue un rôle déclaratif en ce qu'il reconnaît la préexistence d'un droit. Selon le *Vocabulaire juridique*, déclaratif, dans son sens premier, signifie:

«Qui constate un fait préexistant (lien de filiation, état de cessation des paiements) ou reconnaît un droit préexistant (mais contesté); se dit de certains actes juridiques ou de certains jugements. Ex. la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel a un caractère déclaratif, de même la déclaration judiciaire de paternité naturelle; s'opp. à *constitutif* et à *translatif*.»⁶³²

Le partage est déclaratif en ce qu'il révèle la préexistence d'un droit de propriété qui s'exerçait auparavant sous forme de copropriété. Du fait de son rôle extinctif décrit plus haut, le droit de propriété retrouve son caractère exclusif. Les indivisaires ne deviennent donc pas titulaires d'un nouveau droit de propriété lors d'un partage. Il résulte en effet du texte de l'article 1010 al.1 C.c.Q. que, dès avant le partage, la propriété est exercée. Comme la titularité de ce droit est antérieure au partage, le partage n'opère pas de transfert de propriété⁶³³.

Par le partage, le droit que les indivisaires détenaient, la propriété, retrouve seulement le caractère qui lui manquait antérieurement: l'exclusivité. Ainsi, le partage ne porte pas atteinte à l'essence du droit préalablement détenu et exercé. En mettant un terme à la modalité de la propriété, le partage laisse simplement subsister le droit préexistant sous forme de propriété pure et simple.

Le rôle, l'effet déclaratif du partage, tel qu'il vient d'être décrit, se rencontre tant dans les indivisions successorales que dans les indivisions non successorales. Les articles

⁶³² G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o déclaratif.

⁶³³ L'effet déclaratif du partage peut aussi s'expliquer par le principe issu du Moyen Âge que «le mort saisit le vif et son hoir le plus proche». Ce principe, qui est devenu maxime, visait à exempter les successions du paiement du droit de «lods et vente» qui était, en fait, un droit de mutation. Il fut appliqué, peu après, pour exempter du paiement de ce droit les successions dévolues à plusieurs héritiers au motif que la dévolution d'une succession à un héritier n'était pas différente, au plan juridique, de la dévolution d'une succession à plusieurs héritiers. D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, p. 15. Voir également le paragraphe 1 de la section 1.

1010 al. 1 et 1012 C.c.Q. n'opèrent aucune distinction particulière, quant au droit exercé, entre l'indivision successorale et les autres.

B. La reconnaissance d'une exclusivité d'exercice

Le partage est cependant plus qu'une simple reconnaissance d'un droit préexistant. Le partage confère l'exclusivité au droit reconnu. Ce rôle du partage a conduit les auteurs à l'exclure du champs des actes déclaratifs car il introduit une modification par rapport à la situation antérieure au partage. Jean Chevallier, à titre d'exemple, soutient que le partage n'est pas un acte déclaratif, car:

«(...) l'acte déclaratif est celui qui se réfère à une situation antérieure qu'il constate sans y apporter de modification.»⁶³⁴

Roger Merle critique, à juste titre, cette analyse du partage au motif que:

«(...) cette position est déterminée par une référence implicite à la conception classique de l'acte déclaratif selon laquelle ce dernier ne modifie pas la situation antérieure et n'apporte au droit aucun élément nouveau.

Cette théorie que nous avons eu l'occasion de critiquer tout au long de cette étude repose sur une insuffisance d'analyse et enlève au concept d'acte déclaratif toute sa substance.»⁶³⁵

Pour Roger Merle, qui est suivi en cela par d'autres auteurs:

«Du moment où le partage n'est pas translatif, il n'y a aucun inconvénient à dire qu'il est déclaratif. La transformation qu'il opère par rapport à la situation antérieure indique au contraire son utilité véritable et sa force propre (...).»⁶³⁶

⁶³⁴ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, p. 5.

⁶³⁵ R. MERLE, *op. cit.*, note 566, no 174, p. 241.

⁶³⁶ *Id.*; Pierre HÉBRAULT, «La copropriété par appartement», *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, 63;

Ainsi, la transformation qu'opère le partage, c'est-à-dire conférer l'exclusivité d'exercice au droit de propriété, est ce qui particularise l'acte déclaratif en matière de partage. Cette reconnaissance d'un droit préexistant auquel le partage confère l'exclusivité d'exercice joue, peu importe l'origine de l'indivision. Une lecture attentive des textes de loi révélera cependant que l'effet dans le temps de l'exclusivité d'exercice du droit variera selon l'origine de l'indivision.

CHAPITRE 2- LES EFFETS VARIABLES DE L'EXCLUSIVITÉ RECONNUE

Considérant ce qui précède, le partage peut être défini comme étant l'acte qui met fin à la cotitularité d'un droit en reconnaissant la préexistence du droit détenu et en conférant l'exclusivité d'exercice à ce droit sur un objet à l'assiette désormais délimitée. Ce chapitre-ci s'attarde aux effets variables de l'exclusivité d'exercice conférée à la propriété. Ces effets variables tiennent principalement à l'origine de l'indivision (section 1). Ils sont par ailleurs limités pour les hypothèques (section 2).

SECTION 1- LES EFFETS VARIABLES SELON L'ORIGINE DE L'INDIVISION

En matière successorale, l'article 884 C.c.Q. révèle que le partage a un effet déclaratif et que cet effet rétroagit (§1). Tout en étant déclaratif de propriété, au sens premier du terme, le partage dans les indivisions autres que successorales⁶³⁷, ne rétroagit pas⁶³⁸. Parce qu'elles sont, la plupart du temps, recherchées, ces indivisions présentent une organisation et une stabilité que renierait la rétroactivité (§2).

⁶³⁷ C.c.Q., art. 1037 al. 3.

⁶³⁸ Dans le même sens, F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 10, p. 498.

§1. LA RÉTROACTIVITÉ DE L'EXCLUSIVITÉ RECONNUE EN MATIÈRE D'INDIVISION SUCCESSORALE

C'est la rétroactivité qui permet de faire remonter dans le temps les effets du partage d'une indivision successorale. Bien qu'elle y soit souvent associée, la rétroactivité se distingue de l'effet déclaratif du partage⁶³⁹. À preuve, la rétroactivité est absente du partage des indivisions non successorales. Le titre nouvel, acte récognitif et déclaratif, fournit un autre argument en ce sens. Cet acte déclaratif par excellence, aujourd'hui disparu du Code, visait à reconnaître un droit créé antérieurement et déjà constaté dans un acte préexistant appelé titre primordial⁶⁴⁰. L'établissement de cet écrit ne produisait pas d'impact sur le passé. La preuve qu'il établissait valait pour l'avenir seulement. La publication de la déclaration de copropriété est au même effet⁶⁴¹. L'accomplissement de cette formalité ne met en place la modalité que pour l'avenir seulement. Par ailleurs, la rétroactivité peut jouer sans qu'il soit question d'acte déclaratif. C'est le cas, par exemple, des obligations conditionnelles⁶⁴² ou de la propriété conditionnelle.

Parce que le partage d'une indivision successorale, a un effet rétroactif, le caractère exclusif de la propriété reconnue est censé avoir toujours existé. Pour arriver à un tel résultat, le législateur efface l'écoulement du temps entre la naissance de l'indivision et le partage alors qu'en réalité, plusieurs jours, plusieurs mois, voire plusieurs années se sont écoulés. Comme l'écoulement du temps est une réalité qui ne peut jamais être contredite, il faut adapter le droit à la réalité. Ceci se fera au moyen d'une fiction. Selon Jean-Louis Bergel, les fictions sont:

⁶³⁹ Sans élaborer, plusieurs auteurs font une distinction entre l'effet déclaratif et l'effet rétroactif. Voir entre autres: G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 636, no 153, p. 280; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 234, no 1314, p. 47; R. MERLE, *op. cit.*, note 566, nos 177-178, p. 246; P. HÉBRAULT, *loc. cit.*, note 636, 64; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 49, pp. 80-81; J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, no 74, p. 343; G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 861, p. 991.

⁶⁴⁰ C.c.B.-C., art. 1213; G.CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o acte.

⁶⁴¹ C.c.Q., art. 1038.

⁶⁴² C.c.Q., art. 1506. En ce sens G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t.1, «Introduction générale à l'étude du droit», *op. cit.*, note 636, no 153, p. 280.

«(...) des constructions artificielles, ne correspondant nullement à la réalité et l'altérant même délibérément, mais qui constituent des formules techniques aptes à produire des résultats utiles et à résoudre des difficultés données. (...)»⁶⁴³

Le jeu de la rétroactivité en matière successorale, ne contredit pas le fait que le partage produit ses effets à compter de sa date⁶⁴⁴. Mais pour faire remonter l'effet déclaratif du partage dans le temps, la rétroactivité est nécessaire⁶⁴⁵. La rétroactivité efface, en droit seulement, la période d'indivision (A). À cette effet, elle évalue les actes posés par les indivisaires pendant sa durée. L'attribution d'un bien à un indivisaire revêt en la matière une grande importance (B).

A. La disparition fictive de la période d'indivision

La mise en oeuvre d'un partage emportant rétroactivité ne remet pas en question le fait même que la modalité ait vraiment existé. Comme la rétroactivité est une fiction légale, son effet ne se traduit qu'en droit. Ce phénomène, qui ne joue qu'en matière d'indivision successorale, mérite d'être analysé dans ses grandes lignes (a). L'impact qu'il produit sur copropriété a cependant varié avec le temps. La reconnaissance de la copropriété comme modalité de la propriété y a joué un rôle (b).

a. L'utilisation de la rétroactivité en matière successorale

Le Code ne définit pas la rétroactivité. Les auteurs reconnaissent cependant que la rétroactivité évoque une idée d'action sur le passé⁶⁴⁶. En effet, les actes auxquels ceux-ci rattachent la rétroactivité contiennent tous un facteur temporel variable. Tel est le cas, par exemple, de la nullité d'une convention, de l'avènement d'une condition et de

⁶⁴³ Jean-Louis BERGEL, *loc. cit.*, note 592, 373. Dans le même sens, G. CORNU, *op. cit.*, note 15, no 210, p. 83; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1994, no 408, p. 354.

⁶⁴⁴ R. MERLE, *op. cit.*, note 566, p. 348 no 254; J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, p. 220.

⁶⁴⁵ J. VINCENT, *loc. cit.*, note 41, no 74, p. 343

⁶⁴⁶ JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », (1948) 46 Rev. trim. dr. civ., no 5, p. 275; Jean DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse, Rennes, 1953, p. 1; G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o rétroactivité.

l'acceptation d'une succession. Le Code lui-même emploie l'expression «effet rétroactif» en mentionnant ce facteur temps à l'article 1506 C.c.Q. Le plus souvent, toutefois, il se borne à décrire le phénomène sans pour autant le qualifier comme c'est le cas pour le partage d'une succession⁶⁴⁷.

Le jeu de la rétroactivité dans les indivisions d'origine successorale est fondé sur des considérations d'ordre historique. Dans le but d'éviter les menaces de spéculations des seigneurs, la doctrine et la jurisprudence en vinrent à soutenir, au Moyen Âge, que l'héritier continuait la personne du défunt⁶⁴⁸. Bien que cette argumentation ne soit plus décisive aujourd'hui pour justifier l'effet rétroactif du partage, elle démontre toutefois que l'article 884 al. 2 C.c.Q. s'insère dans un contexte historique que les législateurs du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec* respectent.

Perçu probablement comme faisant partie de l'ordre des choses en matière successorale, l'article 884 C.c.Q. n'a donc pas fait l'objet de débats approfondis lors de son adoption⁶⁴⁹. Les commentaires sous cet article sont par ailleurs très succincts. Ils ne renseignent que sur son origine, soit l'article 746 C.c.B.C.⁶⁵⁰ En tout état de cause, la rétroactivité en matière successorale poursuit des objectifs précis. Ces objectifs découlent d'une politique juridique bien définie.

En effet, la rétroactivité qui joue lors d'un partage d'une succession poursuit un double but. Elle assure la transmission des biens du défunt directement à ses héritiers et préserve l'équilibre entre les intérêts de ces derniers. Sans renier l'existence de la période d'indivision, ces buts l'emportent, en termes d'importance, sur les actes posés par les indivisaires individuellement pendant sa durée. Ces buts l'emportent, également, à moins de convention contraire des héritiers, sur des objectifs d'organisation durable de

⁶⁴⁷ Voir aussi: C.c.Q., art. 619, 1422.

⁶⁴⁸ Voir *supra*, Titre 1, chapitre 1, section 1, para 1B.

⁶⁴⁹ *Journal des débats*, S.-C. I, 26 juin 1985, p. 645; 10 septembre 1991, p. 333. Il en a été autrement pour l'article 1037 al.3 C.c.Q. (*Journal des débats*, S.-C. I, 17 septembre 1991, p. 414.)

⁶⁵⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, 1993, p. 517.

l'indivision successorale. Le caractère essentiellement involontaire, inorganisé et temporaire de l'indivision successorale veut cela.

L'indivision successorale ne constituant, dans l'esprit du législateur et des héritiers, qu'un état temporaire voué à prendre fin rapidement par le partage⁶⁵¹, les héritiers conviennent rarement des droits et des obligations de chacun, de la gestion du bien etc. Ceci n'empêche pas que certains indivisaires puissent, individuellement, poser des actes juridiques concernant les biens tenus en indivision. Toutefois, la rétroactivité les efface, dans certains cas, afin d'éviter les cascades de recours, voire un nouveau partage; ce qui assure la stabilité de la propriété exclusive reconnue à l'attributaire⁶⁵². La rétroactivité qui efface en droit la période d'indivision consolide alors la propriété exclusive de l'indivisaire attributaire comme si ce dernier recevait les biens directement du défunt. De ce fait, la rétroactivité remédie au caractère temporaire et inorganisé de l'indivision; ce qui facilite le règlement de la succession et protège les indivisaires les uns des autres⁶⁵³. Sans la rétroactivité, il faudrait en effet admettre que les droits que consentirait un indivisaire sur les biens sans le concours des autres seraient valables puisqu'il exerce la propriété. Dans le contexte d'une indivision temporaire et inorganisée, ce pouvoir étendu des indivisaires serait dangereux pour les attributaires des biens. Dans le but d'éviter cela, l'unanimité pourrait, au contraire, être exigée en tout temps. Tant que durerait l'indivision, les initiatives de chacun seraient alors soumises au bon vouloir des autres. Cette exigence risquerait cependant d'entraîner une paralysie dans le fonctionnement et l'administration de la copropriété.

⁶⁵¹ R. JAMBU-MERLIN, *loc. cit.*, note 646, no 29, p. 299; J. DEPREZ, *op. cit.*, note 646, no 363, p. 506; M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, p. 22; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 156, p. 340; D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, pp. 49 et 67.

⁶⁵² A. GALLET, *op. cit.*, note 587, p. 19, 33; M. VEROONE, *op. cit.*, note 604, pp. 24, 66; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, nos 137 et 185, pp. 297 et 400; M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, p. 22; J. LEBRET, *loc. cit.*, note 30, pp. 422 et suiv.; R. JAMBU-MERLIN, *loc. cit.*, note 646, no 29, p. 299.

⁶⁵³ M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, no 63, p. 102; J. LEBRET, *loc. cit.*, note 30, p. 414; M. DESSERTAUX, *op. cit.*, note 21, no 185, p. 400; D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, p. 48; R. JAMBU-MERLIN, *loc. cit.*, note 646, p. 271; J. DEPREZ, *op. cit.*, note 646, no 363, p. 506; A. GALLET, *op. cit.*, note 587, pp. 19 et 33.

La solution adoptée par le *Code civil du Bas-Canada*, que reprend le *Code civil du Québec*, représente une solution intermédiaire⁶⁵⁴. Parce qu'il détient un droit de propriété, un indivisaire peut, pendant l'indivision, consentir des droits dans la mesure de sa quote-part dans les biens et ce, sans le concours des autres indivisaires. Parce que le droit de propriété est aussi détenu et exercé par d'autres, le partage, par son effet rétroactif, réévalue dans certaines circonstances, l'efficacité des droits consentis par un indivisaire. La rétroactivité ne joue cependant que pour la sauvegarde des buts qu'elle poursuit. Ainsi, les actes qui ne compromettent pas la transmission des biens directement du défunt à ses héritiers ainsi que les actes qui ne menacent pas l'équilibre entre les intérêts des indivisaires sont maintenus.

b. Le fonctionnement de la rétroactivité

Selon Jean-Louis Bergel, la rétroactivité est une «machine juridique» destinée à faire remonter un droit de façon efficace dans le temps⁶⁵⁵. Les mécanismes utilisés par la rétroactivité peuvent différer. La rétroactivité en utilise deux: la nullité et l'inopposabilité.

Dans le sillage de la doctrine et de la jurisprudence françaises⁶⁵⁶, la doctrine et la jurisprudence québécoises des premières années du *Code civil du Bas-Canada* assimilèrent, dans un premier temps, la rétroactivité à la nullité. Cette dernière permettait d'effacer jusqu'à l'existence même de l'indivision qui était, encore à cette époque, très mal perçue. En conséquence, la rétroactivité annulait purement et simplement les hypothèques et autres droits consentis à l'égard d'un bien pendant la durée de l'indivision lorsque ce bien n'était pas attribué au constituant⁶⁵⁷. Par l'article

⁶⁵⁴ J. DEPRez, *op. cit.*, note 646, no 404, pp. 563-564.

⁶⁵⁵ J.L. BERGEL, *loc. cit.*, note 643, no 14, p. 372.

⁶⁵⁶ Voir entre autres, *Procédure du Châtelet*, vol. 1, p. 764; M. VEROONE, *op. cit.*, note 604, p. 140; LASALLE-HERROU, « Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision », thèse, Bordeaux, 1913, p. 159.

⁶⁵⁷ *Monette c. Molleur* (1894) R.L. 561; *Owens c. Chopin* (1911) 39 C.S. 213. Dans *Monette c. Molleur*, la Cour n'hésite pas à parler d'une nullité complète de l'hypothèque (p. 566). L'affaire *Owens c. Chopin* est moins claire.

746 C.c.B.C., le constituant était considéré comme n'ayant jamais eu la propriété des biens mis au lot d'un autre⁶⁵⁸. Partant, il ne pouvait avoir consenti des droits sur ceux-ci. Il en résultait que les tiers se retrouvaient souvent démunis devant un partage ne favorisant pas le constituant⁶⁵⁹. Qui plus est, une interprétation littérale de l'article 2021 C.c.B.C. empêchait les créanciers hypothécaires du débiteur non attributaire des biens grevés d'exercer une préférence sur le prix reçu par ce dernier⁶⁶⁰.

La jurisprudence atténua rapidement ces incidences de la rétroactivité, mais en matière hypothécaire seulement. Dès les années 1900, par la décision *Quintal c. Banque Jacques-Cartier*⁶⁶¹, elle décida que l'hypothèque cesserait, lors d'un partage, mais qu'à l'égard de l'attributaire du bien qui n'était en aucune façon endetté envers le créancier. L'affaire *Perras c. Banque Provinciale*⁶⁶² confirma ce revirement. Ces décisions permirent donc aux créanciers hypothécaires, par une interprétation plus souple de l'article 2021 C.c.B.C., d'exercer leurs recours sur le prix reçu par leur débiteur. Cette nouvelle approche qui résultait de la jurisprudence transformait la nullité en simple inopposabilité. L'inopposabilité ne renie pas, contrairement à la nullité, la période d'indivision. Sur cette base, le débiteur restait personnellement tenu envers son créancier hypothécaire. Ceci démontrait que l'indivision, même prolongée, bénéficiait

⁶⁵⁸ C.c.B.-C., art. 746.

⁶⁵⁹ Seuls subsistaient leurs recours personnels.

⁶⁶⁰ *Brunet c. Bruneau* (1898) R. de J. 484; *Owens c. Chopin*, (1911) 39 C.S. 213.

⁶⁶¹ *Quintal c. Banque Jacques-Cartier*, (1901) 10 B.R. 525. Cet arrêt fut bien accueilli par la doctrine de cette époque. Voir U. JORON, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la part indivise», *loc. cit.*, note 606, p. 299; ANONYME, «Des hypothèques sur propriété indivise », (1902-1903) 5 R. du N. 308, p. 311.

⁶⁶² *Perras c. Banque provinciale du Canada*, [1956] B.R. 731; *Boucher c. Banque Nationale*, [1989] R.D.I. 499 (C.S.); Armand LAVALLÉE, «Validité de l'hypothèque sur une portion indivise», [1967] 69 R. du N. 536. La solution à laquelle arrive ce jugement a cependant été discutée en doctrine au motif que le constituant non attributaire d'un bien n'avait pas le pouvoir de grever ce bien. Voir Eloi POULIN, *L'hypothèque de la chose d'autrui*, thèse, L.L.M. en droit, Université Laval, 1983, pp. 153 et suiv.; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, p. 248; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 47, p. 348. La survie du droit de préférence sur un prix pouvait également être critiquée au motif qu'elle sous-entend que l'hypothèque continue sur le prix reçu; or, l'article 2016 C.c.B.C. mentionnait clairement que «L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation(...)» Le *Code civil du Québec* permet expressément une telle hypothèque aujourd'hui (voir par exemple C.C.Q., art. 2679), ce qui n'était pas le cas autrefois.

alors, contrairement aux premiers jours du *Code civil du Bas-Canada*, d'une certaine reconnaissance.

Le *Code civil du Québec* va maintenant plus loin que l'article 2021 C.c.B.C. Non seulement il codifie l'arrêt *Perras* en institutionnalisant l'inopposabilité⁶⁶³, mais il précise également le fonctionnement de la rétroactivité à l'article 886 C.c.Q. Désormais, peu importe la nature du droit en question, sûretés ou démembrements, la rétroactivité ne fonctionne plus qu'avec le mécanisme de l'inopposabilité. Le législateur ne réproouve donc plus autant l'indivision, même celle issue d'une succession.

B. L'importance de l'attribution du bien à un indivisaire

Le jeu de la rétroactivité en matière successorale entraîne la réévaluation de certains actes posés par un indivisaire. Selon que les actes posés par un indivisaire respectent ou non l'exclusivité d'exercice de la propriété reconnue à l'attributaire, l'opposabilité variera (a). La rétroactivité en matière successorale obéit, par ailleurs, à des objectifs particuliers. Elle vise à transmettre les biens directement du défunt à ses héritiers et à préserver l'équilibre entre les intérêts des indivisaires. Elle ne joue pas d'autre rôle. Certains actes posés par un indivisaire conserveront donc leur opposabilité et ce, peu importe le résultat du partage (b).

a. La réévaluation des droits consentis pendant l'indivision sur le plan de leur opposabilité

Le *Code civil du Québec* adopte l'inopposabilité comme sanction aux actes posés individuellement par les indivisaires pendant l'indivision. Il reconnaît de cette façon que l'indivision a existé et ce, même en présence d'un partage qui produit un effet rétroactif. L'article 886 C.c.Q. dispose que:

⁶⁶³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.2, Les Publications du Québec, Québec, 1993, Commentaire sous l'article 2679, p. 1678.

«*Sous réserve des dispositions relatives à l'administration des biens indivis et des rapports juridiques entre un héritier et ses ayants cause, les actes accomplis par un indivisaire, de même que les droits réels qu'il a consentis sur les biens qui ne lui sont pas attribués, sont inopposables aux autres indivisaires qui n'y consentent pas.*»

L'inopposabilité, contrairement à la nullité, ne joue que pour certains actes et ne bénéficie qu'à une seule catégorie de personnes: les attributaires des biens. Ce mécanisme ne remet donc jamais en question les relations juridiques entre le constituant et son cocontractant. Partant, il contribue à la stabilité des relations juridiques établies pendant l'indivision. Ce souci de préserver la stabilité des relations juridiques se manifeste à plusieurs endroits dans le Code. Ainsi en est-il, notamment, des articles 1021, 1631, 1666 et 1776 C.c.Q. Dans ce dernier cas, pour ne prendre que cet exemple, lorsque les formalités prescrites pour la vente d'entreprise n'ont pas été suivies, cette opération n'est pas opposable aux créanciers du vendeur dont la créance est antérieure. La vente en l'espèce est valable, sauf à l'égard de ces créanciers.

Ainsi, le système de l'inopposabilité n'agit pas de la même façon que la nullité sur les rapports juridiques établis avant sa mise en oeuvre.

«Dire qu'un contrat est nul, c'est dire qu'il n'est pas valable ou valide, ces deux termes pouvant être pris comme synonymes, comme en témoigne l'article 1488 C.c. Les éléments de formation du contrat sont parfois appelés conditions de validité: ce sont les conditions qu'un contrat doit remplir pour échapper à la sanction de la nullité. La validité et son contraire la nullité concernent les parties au contrat.

Cependant un acte peut être valable, c'est-à-dire à l'abri de la nullité mais être sans effet à l'égard des tiers: on dit alors qu'il leur est inopposable. (...).»⁶⁶⁴

⁶⁶⁴ M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, no 202, p. 104. Voir aussi au sujet de cette distinction : J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, *op. cit.*, note 252, no 365, p. 215; Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2e éd., Sherbrooke, Les éditions Quid Juris inc., 1994, pp. 53 et suiv. La rétroactivité aurait très bien pu s'expliquer par une inopposabilité et ce même avant le *Code civil du Québec*. Ceux qui persistaient à vouloir n'y voir que la nullité, même relative, s'expliquaient d'ailleurs mal les effets limités que la jurisprudence lui faisait produire. Voir entre autres : P. -C. LAFOND, *op. cit.*, note 47, p. 348; E. POULIN, *op. cit.*, note 662, p.155 et suiv.; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, p. 249.

L'inopposabilité est donc un mode de protection de l'attributaire de moindre envergure que celui de la nullité. L'inopposabilité frappe l'acte d'inefficacité à l'égard de tiers bien définis. En matière de partage, l'inopposabilité qu'entraîne la rétroactivité ne vise qu'à protéger une personne en particulier: l'attributaire⁶⁶⁵. Par le jeu de la rétroactivité, les actes qui contreviennent à l'exclusivité d'exercice reconnue à l'attributaire seront considérés, dans certains cas, inopposables à ce dernier.

Ceci étant, il convient de mentionner que l'effet déclaratif ayant une portée rétroactive en matière successorale peut jouer un rôle important sur l'étendue du droit de l'attributaire. En effet, l'attribution du bien à celui qui l'a grevé sans préciser qu'il agissait dans la mesure de sa quote-part étend à tout le bien les droits consentis⁶⁶⁶. Comme l'attributaire constituant est censé détenir la propriété exclusive du bien depuis le décès, il pouvait, par exemple, l'hypothéquer dans sa totalité⁶⁶⁷. Les autres copropriétaires peuvent cependant intervenir, et ce, dès avant le partage, pour contester les actes qui menacent leurs droits⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Dans le même sens: J. DEPREZ, *op. cit.*, note 646, nos 400 et 405, pp. 556, 569-570; R. JAMBU-MERLIN, *op. cit.*, note 646, no 29, p. 299; P. HÉBRAULT, *loc. cit.*, note 646, p. 64; J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 211, p. 242; M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, no 63, p. 102.

⁶⁶⁶ Cet acte est parfaitement valide au moment où il est passé. Si une hypothèque peut valablement être constituée avant l'acquisition du titre de propriété (C.c.Q., art. 2670), si la vente du bien d'autrui est valable lorsque le vendeur devient subséquemment propriétaire (C.c.Q., art. 1713 al.2), force est d'admettre que cet indivisaire peut constituer une hypothèque, même dans une proportion supérieure à sa quote-part.

⁶⁶⁷ Y. CARON et S. BINETTE, *Des hypothèques*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, sûretés, doctrine - document I, nos 172 et suiv., pp. 94 et suiv.; M. VEROONE, *op. cit.*, note 604, p. 138; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 170, pp. 74-75; F. DEJEAN, *op. cit.*, note 54, p. 24; *Contra* M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, no 27, p. 49. Ce dernier ne justifie pas, cependant, ce résultat.

⁶⁶⁸ Voir entre autres: *Stearns c. Ross*, (1884) 2 M.L.R. 379; *Paiement c. Mc Fadden*, (1930) 48 B.R. 303; *Compagnie de téléphone du Lac St-Jean c. Compagnie de téléphone du Saguenay*, (1933) 54 B.R. 314; *Entreprises Laverli c. Publicité urbaine* (1981) 22 R.P.R. 293 (C.S.); M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 233-234; R. NERSON, *op. cit.*, note 15, v^o indivision, p. 1018; J. CARBONNIER, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, p. 146; *Contra* *Guay c. Duval*, (1911) 13 R.P. 92 (C.S.); J. LASALLE-HÉROU, *loc. cit.*, note 656, pp. 58-59. Par ailleurs, sauf l'exception de la résidence familiale (art. 500 C.c.Q.), un copropriétaire ne peut obtenir l'éviction de son copropriétaire: *St-Louis c. Brault*, [1996] R.D.I. 571 (C.S.). Il ne peut, non plus, revendiquer à l'encontre de son coindivisaire, l'entière possession du bien indivis: *Gourde c. Malpachee*, J.E. 95-422 (C.Q.).

Si l'attribution d'un bien au constituant d'un droit confirme les pouvoirs de ce dernier, la non attribution du bien au constituant produit l'effet inverse. Le partage déclare, en l'espèce, que le non attributaire n'exercera plus son droit sur le bien qui ne lui est pas attribué. Le mécanisme de la rétroactivité fait en sorte, pour sa part, que l'indivisaire non attributaire soit considéré comme n'ayant jamais été propriétaire unique du bien. En conséquence, le partage rendra inefficace, à l'égard de l'attributaire, les actes et les droits ne respectant pas la modalité de propriété, et ce, afin de préserver le droit de ce dernier⁶⁶⁹.

En tout état de cause, le non attributaire demeure, dans tous les cas, tenu envers la personne avec qui il a contracté. Le droit d'un indivisaire de s'engager demeure intact peu importe le résultat du partage. Les actes et les droits consentis en vertu de ce principe ne se trouvent discutés qu'en cas de non attribution des biens à leur instigateur et que sur le plan de leur opposabilité seulement⁶⁷⁰. Ceci n'est pas sans conséquences, l'inopposabilité que peut invoquer l'attributaire d'un bien peut priver de leur droit de suite les créanciers du débiteur qui l'avait grevé mais qui ne l'a pas reçu lors du partage. Il ne reste alors à ces créanciers que des recours personnels contre l'indivisaire avec qui ils se sont engagés⁶⁷¹. Le partage revêt donc dans ce contexte une importance capitale pour ces tiers.

b. L'intangibilité de certains actes

La période de l'indivision et les particularités de la modalité donnent naturellement lieu à l'accomplissement d'actes nécessaires ou utiles à la protection du bien, partant, à la protection du droit des indivisaires. Aucun article du *Code civil du Bas-Canada* ne

⁶⁶⁹ C.c.Q., art. 886.

⁶⁷⁰ Selon un auteur, la disparition des droits conférés à un tiers par un non attributaire résulte de l'opposabilité de la propriété reconnue. H. ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels: Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, op. cit., note 217, no 70, p. 78. Cette opinion ne peut être retenue. L'opposabilité existe dès avant le partage et tous les copropriétaires en bénéficient. Pour preuve, leur action concertée n'est jamais remise en question. De plus, certains de leurs actes sont maintenus quel que soit le résultat du partage.

⁶⁷¹ C.c.Q., art. 1440 et 2941 al.2.

prévoyait le maintien de ceux-ci en cas de partage. La doctrine les admettaient néanmoins. Elle admettait même la possibilité de leur remboursement⁶⁷². Les auteurs pressentaient que ces actes ne brisaient pas l'équilibre des intérêts entre les indivisaires et ne portaient pas atteinte à la stabilité de la propriété reconnue. Bref, ils ne pénalisaient pas l'attributaire du bien.

Il est indubitable, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, que certains actes conservent leur plein effet en cas de partage, et ce, peu importe son résultat. L'article 886 C.c.Q. crée en effet un double renvoi⁶⁷³ qui entraîne l'opposabilité des actes nécessaires ou utiles quel que soit le résultat du partage. En raison de ce double renvoi, l'attributaire reste tenu des actes accomplis en vertu des articles 1025 à 1029 C.c.Q. et des actes de simple administration⁶⁷⁴.

Le renvoi de l'article 886 C.c.Q. aux règles relatives à l'administration des biens indivis, soit les articles 1025 et suiv. C.c.Q., emporte plusieurs conséquences. En effet, l'indivisaire attributaire ne peut remettre en question les décisions valablement prises en assemblées, et ce, peu importe son avis au moment du vote. En conclure autrement, nuirait à la stabilité des relations juridiques établies à la suite d'une volonté concertée des copropriétaires. Cette volonté remplace et inclut la sienne. Il ne peut la discuter.

L'indivisaire attributaire ne peut, non plus, remettre en question les décisions et les agissements du ou des gérants. Ceux-ci sont nommés par les indivisaires et agissent pour leur compte afin, la plupart du temps, de conserver et de mettre en oeuvre leurs prérogatives. Les actes posés en vertu de leur mandat sont donc opposables à l'attributaire. Si toutefois la personne chargée de l'administration a excédé ses pouvoirs au cours de l'indivision, ses actes ne pourront être opposés à l'attributaire à moins qu'il

⁶⁷² M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 240; ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, p. 197.

⁶⁷³ C.c.Q., art. 1025 et suiv. qui renvoient aux articles 1301 et suiv. du C.c.Q. relatifs à la simple administration du bien d'autrui.

⁶⁷⁴ C.c.Q., art. 1029 et 1301 et suiv.

ne les ait ratifiés expressément ou tacitement⁶⁷⁵. En tout état de cause, l'attributaire demeure responsable envers les tiers du préjudice causé par le gérant dans l'exercice de ses fonctions mais que jusqu'à concurrence des bénéfices qu'il a retirés⁶⁷⁶.

Le *Code civil du Québec* dissipe par ailleurs les difficultés quant au fondement juridique du remboursement des actes d'administration posés par un indivisaire qui n'a pas été expressément nommé gérant⁶⁷⁷. En effet, la notion de gestion d'affaires anciennement utilisée par la doctrine ne convenait qu'imparfaitement au cas où un indivisaire administrait le bien sans mandat exprès en ce sens⁶⁷⁸. L'indivisaire qui administre le bien agit en partie pour son compte; et souvent, les autres indivisaires connaissent ses agissements. Ces actes ne remplissaient donc pas toutes les conditions exigées par l'ancienne définition de la gestion d'affaires⁶⁷⁹. L'existence d'un mandat tacite était, également, la plupart du temps, improbable. L'intention des autres indivisaires d'accorder un tel mandat n'existait pas nécessairement⁶⁸⁰. L'article 1028 C.c.Q. clarifie cette situation en fournissant un fondement juridique spécifique apparenté à la gestion d'affaires pour le remboursement des actes d'administration posés par un indivisaire. Les actes accomplis dans ce cadre seront donc, non seulement maintenus, mais aussi remboursés par l'ensemble des indivisaires.

⁶⁷⁵ C.c.Q., art. 1320.

⁶⁷⁶ C.c.Q., art. 1322.

⁶⁷⁷ C.c.Q., art. 1020 et 1028. Le remboursement se fondait, pour les uns, sur la gestion d'affaires: voir: M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 240. Alors que pour les autres, l'indivisaire était remboursé selon les règles du mandat tacite: ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, p. 197. Cette question de la gestion du bien par un indivisaire et la base de son remboursement a donné lieu à diverses opinions en France où, selon les auteurs et selon les circonstances, les indivisaires étaient remboursés en appliquant les règles de la gestion d'affaires, du mandat tacite ou encore sur celles de l'enrichissement sans cause.

⁶⁷⁸ C.c.B.-C., art. 1043; C.c.Q., art. 1482.

⁶⁷⁹ La gestion d'affaires pourra encore être invoquée si la gestion a lieu hors de la connaissance des indivisaires (C.c.Q., art. 1482).

⁶⁸⁰ C.c.Q., art. 2130 et suiv.

Enfin, il convient de souligner que la loi, elle-même, reconnaît l'intangibilité de certains actes. Ainsi, en vertu de l'article 877 C.c.Q., la rétroactivité ne jouera pas à l'encontre du droit des tiers si les copartageants ont permis à un indivisaire de rapporter en nature un bien grevé d'une hypothèque ou d'un autre droit réel⁶⁸¹. De même, l'attributaire demeurera tenu des actes valablement faits pendant l'indivision résultant du décès. Il sera d'ailleurs réputé les avoir posés lui-même⁶⁸².

§2. L'ABSENCE DE RÉTROACTIVITÉ DANS LES AUTRES CAS D'INDIVISIONS

Le Code ne prévoit pas de rétroactivité pour le partage des indivisions non successorales. Le partage en la matière produit un effet attributif. Cette façon de faire permet, non seulement de mieux utiliser et de mieux profiter de l'organisation mise en place par le Code ou par les indivisaires, mais aussi de reconnaître l'existence antérieure de la modalité (A). Le partage attributif est une notion nouvelle en droit québécois. Elle vise à répondre aux impératifs de la pratique. Comme par ailleurs la pratique est souvent attentive aux impacts fiscaux qu'entraîne toute transaction, il convient de s'arrêter brièvement sur la fiscalité entourant le partage d'une indivision non successorale (B).

A. La reconnaissance de la période d'indivision

En introduisant les articles 1012 et suiv. C.c.Q., le législateur visait à combler une lacune du *Code civil du Bas-Canada*. Ce dernier ne mentionnait que les indivisions successorales et ne les traitait qu'en regard du partage. Cette façon de faire ne tenait pas compte des cas d'indivision volontairement créés. Le droit de demander le partage et la rétroactivité qui existait pour toutes les indivisions menaçaient, en toutes circonstances, la stabilité des relations juridiques établies pendant l'indivision. L'indivision ne pouvait

⁶⁸¹ Cette règle est conforme à celle qui prévalait sous le C.c.B.-C. mais s'étend à d'autres droits qu'à l'hypothèque. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaires sous l'article 877, p. 514.

⁶⁸² C.c.Q., art. 887 al.1 et 2.

donc être viable; ce que dénonçait la doctrine. Pour y remédier, elle proposa de les exclure du champs de l'article 746 C.c.B.C.⁶⁸³

Le *Code civil du Québec*, tint compte de cette suggestion. Il écarte, par l'article 1037 al.3 C.c.Q., toute idée de rétroactivité. La date du partage est donc le point de départ de ses effets (a). Le partage attributif qui n'emporte point rétroactivité dans ses effets favorise ainsi la durabilité de la modalité, ce qui entraîne une stabilité dans les relations juridiques établies en cours d'indivision, stabilité qui ne se retrouve pas toujours en matière d'indivision successorale (b).

a. La date du partage, point de départ de ses effets

Le Code, à l'article 1037 al.3, prévoit que le partage d'une indivision autre que successorale produit un effet attributif:

«Néanmoins, l'acte de partage qui met fin à une indivision autre que successorale est attributif du droit de propriété.»

Il faut se garder de confondre, à l'instar de l'ouvrage de Denys-Claude Lamontagne⁶⁸⁴, «attribution» et «transfert», car il s'agit de deux choses fort différentes⁶⁸⁵. Selon cet auteur, le Code envisagerait le partage comme un échange de parts sans portée rétroactive. Pour soutenir ses prétentions, Denys-Claude Lamontagne se fonde sur la définition du mot «attributif» au *Vocabulaire juridique*. Cette définition se lit comme suit:

«1. Qui emporte attribution d'un droit, d'un pouvoir, d'une compétence (par transfert ou même par création). Comp. constitutif, déclaratif, prorogatif, modificatif. Ex. clause attributive de compétence.

⁶⁸³ D. RIENDEAU, *op. cit.*, note 304, pp. 48-49; P. HÉBRAULT, *loc. cit.*, note 646, p. 64. Il convient de rappeler que le partage est, et reste dans tous les cas, déclaratif de propriété. Parce que ses effets remontent dans le temps, les indivisions successorales se distinguent des autres. Voir *supra*, chapitre 1.

⁶⁸⁴ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété, op. cit.*, note 15, no 368, p. 204.

⁶⁸⁵ Ceci vient d'être reconnu en jurisprudence: *Sasseville c. Dolbeau*, J.E 97-1594 (C.Q.).

2. Qui emporte attribution d'un bien ou d'un lot, spécialement dans un partage.»⁶⁸⁶

L'article 1010 al.1 C.c.Q. ainsi que l'article 911 C.c.Q. mentionnent expressément qu'en matière de copropriété, les copropriétaires exercent la propriété. Cette modalité n'a d'impact que sur l'un des caractères du droit de propriété, l'exclusivité. Or, les caractères du droit de propriété, quel qu'en soit le nombre, ne sont pas essentiels à sa définition⁶⁸⁷. Le partage ne transfère donc pas la propriété puisqu'elle préexiste. Il n'opère pas davantage un transfert, par voie d'échanges, de quotes-parts. La quote-part qui n'est qu'une quantité, qu'une mesure, ne saurait être prise pour un objet de droit⁶⁸⁸. Soutenir, par conséquent, que le partage attributif entraîne un transfert de propriété ou un transfert de quotes-parts par voie d'échanges aboutirait à faire entrer dans le patrimoine d'un copartageant un bien dont il a déjà la propriété en vertu des articles 1010 et 1012 C.c.Q. Les articles 1015 et suiv. C.c.Q. confirment par ailleurs cette préexistence de la propriété, et donc l'absence de transfert lors d'un partage, car ils aménagent l'exercice de la propriété détenue par plusieurs personnes.

Ceci étant, il résulte de la comparaison du texte des articles 1010 al. 1 et 1037 al. 3 C.c.Q. que l'exclusivité d'exercice est le seul trait manquant d'une propriété à plusieurs sujets. Le partage attributif de propriété ne confère donc que l'exclusivité d'exercice à la propriété déjà exercée. Le partage attributif signifie également, comparaison faite avec le partage de l'article 884 al.2 C.c.Q., qu'il n'y a pas de rétroactivité en l'espèce. La rétroactivité, si elle était admise, compromettrait gravement les efforts d'organisation du législateur ou des indivisaires. Le but que poursuit la rétroactivité en matière successorale, soit la transmission des biens directement du défunt à l'héritier et la sauvegarde de l'équilibre des intérêts entre les indivisaires, ne se justifie pas, par ailleurs, dans un contexte d'indivision organisée⁶⁸⁹. Pour ces raisons, l'expression partage «attributif de propriété», telle que prévue par le Code, signifie attribution

⁶⁸⁶ G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o attributif.

⁶⁸⁷ Voir *supra* chapitre préliminaire, section 2.

⁶⁸⁸ *Id.*

⁶⁸⁹ Ce terme, ici, réfère autant à l'organisation légale prévue par le législateur que toute autre organisation prévue par les indivisaires.

d'exclusivité d'exercice et absence de rétroactivité à cet égard. En d'autres mots, l'expression «attributif de propriété» en regard du partage signifie que le partage confère, et ce, à compter de sa date seulement, l'exclusivité d'exercice à la propriété du bien attribué lors du partage. L'effet du partage d'une indivision non successorale diffère donc de l'effet du partage d'une indivision successorale en ce que la portion reçue n'est pas censée avoir toujours appartenu à l'attributaire.

Parce que la portion attribuée n'est pas censée avoir toujours appartenu à l'attributaire du bien, le partage d'une indivision non successorale peut parfois donner lieu à des transferts. Ces transferts n'auront lieu toutefois que si le partage ne respecte pas les quotes-parts de chacun. En effet, si le partage respecte les proportions que détiennent les indivisaires, les prétentions des indivisaires qui revêtent la forme d'une quote-part se retrouvent désintéressées. Au plan économique, le partage ne bouleverse pas la valeur de leur patrimoine. Si, par exemple, au jour du partage, un indivisaire détient une quote-part équivalant à un tiers d'un bien valant \$90 000, sa quote-part vaut \$30 000. Le partage qui interviendra le désintéressera, s'il lui attribue une part du bien équivalant à \$30 000. Dans cet exemple, le partage reconnaît simplement la préexistence d'un droit qui sera exercé désormais de façon exclusive sur un, une portion de, ou plusieurs biens et ce, peu importe l'origine de l'indivision.

Si au contraire, ce même indivisaire reçoit lors du partage une part dont la valeur s'élève à \$60 000, le partage entraînera un transfert de propriété, mais uniquement pour ce qui excède sa quote-part seulement. Le droit de propriété de l'indivisaire qui possédait une valeur économique initiale de \$30 000, vaut, à la suite du partage, \$60 000. Cette fluctuation provient d'un transfert d'intérêts entre les copartageants. Comme il n'existe pas pour le partage des indivisions non successorales d'effet rétroactif à l'égard de l'exclusivité d'exercice reconnue, effet rétroactif qui fait en sorte de corriger les fluctuations dans les portions attribuées à chacun, l'indivisaire attributaire se trouve à acquérir la portion qui excède la mesure de sa quote-part. Le partage, pour l'indivisaire attributaire, reste néanmoins déclaratif en ce qui concerne la valeur de sa quote-part. Il n'entraîne un transfert que pour l'excédent.

b. Le partage attributif comme facteur de durabilité et de stabilité des actes posés pendant l'indivision

L'absence de rétroactivité au plan de l'exclusivité d'exercice incite les indivisaires à plus d'organisation. Qui plus est, les actes qu'ils posent individuellement en cours d'indivision ne sont pas remis en question, sur le plan de l'opposabilité, lors d'un partage. Parce qu'il ne s'agit pas ici de protéger les indivisaires les uns des autres ou d'organiser la transmission d'un patrimoine, les incidences d'un partage attributif sont d'importance moindre que ce qui a été étudié en matière de partage d'une indivision successorale.

Ainsi, les actes accomplis à bon droit par les indivisaires conservent, en principe, leur validité et leur opposabilité suite au partage. Aucun effet rétroactif n'est rattaché à la reconnaissance d'exclusivité d'exercice de leur droit. Partant, les relations juridiques établies par les indivisaires pendant l'indivision présentent un degré de stabilité supérieur à celles établies lors d'une indivision successorale non organisée. Ainsi en est-il des actes d'hypothèques et d'aliénations⁶⁹⁰ expressément autorisés par le Code⁶⁹¹. Ces actes sont, en principe⁶⁹², opposables aux autres indivisaires dans la mesure de la quote-part de celui qui les accomplit⁶⁹³.

⁶⁹⁰ Le Code prévoit toutefois un droit de retrait ou de préemption et un droit de subrogation afin de sauvegarder la qualité des relations entre les indivisaires (C.c.Q., art. 1022 et 1023), ces derniers peuvent en effet voir l'arrivée d'un tiers d'un mauvais oeil. Un droit de retrait existe également en matière successorale (C.c.Q., art. 848), mais il vise davantage à préserver le caractère familial ou personnel du partage et éviter la spéculation des tiers étrangers à la succession.

⁶⁹¹ C.c.Q., art. 1015 al. 2.

⁶⁹² Le Code prévoit des règles particulières en matière d'hypothèques qui seront analysées dans la section suivante.

⁶⁹³ Lorsque l'acte dépasse la mesure de la quote-part, il est préférable de parler d'inopposabilité plutôt que de nullité puisque le bien, tant qu'il n'y a pas eu de partage, n'appartient pas à «autrui». Sur l'inopposabilité en l'espèce, voir entre autres : J. LASALLE-HÉROU, *op. cit.*, note 656, pp. 58-59; Jean PATARIN, «Inexistence totale de la vente à défaut d'accord de tous sur le prix, compte tenu de l'intention des parties», *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 665. Ces actes demeurent généralement valables mais sont réduits à la quote-part effectivement détenue en jurisprudence: Voir à ce sujet: *Sigouin c. Éthier-Beauchamp*, [1978] C.A. 387; *Laforge c. Construteck G.B. inc.*, [1995] R.D.I. 522 (C.S.); *Gagnon c. Paquette*, [1988] R.D.I. 202 (C.S). Pour le cas d'une vente, voir, entre autres: *Le Curateur public du Québec c. Barbeau*, [1985] C.P. 142; *Dostie c. Caisse populaire de Sherbrooke-est*, [1990] R.D.I. 840 (C.S); *Navigation Harvey et frères c. Dufour*, [1996] R.J.Q. 71 (C.A.). En ce qui

En dépit de ce qui précède, certains actes ne seront pas opposables aux autres indivisaires. Cette inopposabilité découle toutefois du non respect de la concurrence existant sur le bien et des règles de fonctionnement de la modalité⁶⁹⁴. Le motif de leur inopposabilité existe en l'espèce dès leur passation et non pas à la suite d'un partage. Ainsi, une servitude de passage accordée par un seul indivisaire, parce qu'elle touche directement l'usage du bien, porte atteinte aux droits des autres indivisaires. Les actes qui ne touchent pas directement l'objet du droit, mais dont le tiers revendique des prérogatives que l'auteur ne peut exercer, entrent également dans cette catégorie. Ce problème peut se poser, par exemple, en matière d'usufruit. L'usufruitier ne peut prétendre exercer son droit sur une portion déterminée de l'objet si son auteur ne bénéficie pas de cette prérogative⁶⁹⁵. Quoiqu'il en soit, si ces actes ne sont pas contestés⁶⁹⁶, le partage ne les remet pas en question⁶⁹⁷.

concerne une saisie: *R. c. Bolduc.*, J.E. 96-1501 (C.S.) (en appel), *Peiffer c. Lafrance*, [1992] R.J.Q. 1556 (en appel); *Parfeniuk c. Suszko*, [1991] R.D.I. 327 (C.S.). Si toutefois le cocontractant est en mesure de démontrer qu'il n'y aurait jamais consenti s'il avait su qu'il existait copropriété, ou qu'il existe un autre vice de fond rattaché à cet acte, cette vente ou cette hypothèque pourrait être annulée dans son ensemble: *Sofroniou v. Wasserman* [1973] C.A. 541; *Peiffer c. Lafrance et al.*, [1992] R.J.Q. 1556 (en appel); *Gagné c. D'Auteuil*, [1995] R.D.I., 240 (C.S.); P. JOURDAIN, «Les actes de disposition sur la chose indivise (condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision)», *Rev. trim. dr. civ.* 1987, 511. En tout état de cause, l'hypothèse n'est pas différente de celle d'une hypothèque ou d'une vente consenties avant l'acquisition d'un titre de propriété (C.c.Q. 1713 al.2 et 2670).

⁶⁹⁴ Cette situation prévaut aussi dans les indivisions successorales.

⁶⁹⁵ *Stem corporation et al. v. Koutsogiannopoulos*, [1959] B.R. 421; *Entreprises Lauerli c. Publicité urbaine* (1981) 22 R.P.R. 293 (C.S.). Il est remarquable que l'arrêt le plus récent tende à conclure à l'inopposabilité du bail alors que le second conclut à la nullité. Cela confirme encore l'évolution dans la conception de l'indivision et des effets du partage. Il convient de souligner également, que la jurisprudence permet aujourd'hui à un indivisaire de louer, à défaut de convention contraire, la partie réservée à son usage et à sa jouissance exclusive et d'en conserver les fruits: *Yarashefsky Alice c. Miller Potashner*, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.).

⁶⁹⁶ Les indivisaires peuvent contester les actes qui nuisent à leurs intérêts, par exemple, une hypothèque qui dépasse la mesure de la quote-part, et ce, dès avant le partage (*Cartier c. Boudreault*, (1911) 41 R.J.Q. 127 (C.S.); *Paiement c. Mc Fadden*, [1930] 48 B.R. 303. Dans le même sens M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 233-234.). Puisque la propriété est exercée par les indivisaires et que la copropriété ne contient pas de règles spécifiques sur la question, les sanctions habituelles en matière de propriété s'appliquent (D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, note 15, nos 348 et 350, pp. 178 et 183; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 15, nos 200 et suiv., p. 341 et suiv.). Ainsi, les indivisaires bénéficient de recours tels que l'action pétitoire (C.c.Q., art. 912. *Compagnie de téléphone du Lac St-Jean c. Compagnie de téléphone du Saguenay*, (1933) 54 B.R. 314; *Moreau c. Maloin*, [1950] C.S. 404.), l'action possessoire (C.c.Q., art. 929; *Paiement c. Mc Fadden*, [1930]

B. Certaines incidences fiscales d'un partage attributif⁶⁹⁸

Bien que le partage attributif joue un rôle déclaratif, il ne produit pas un effet rétroactif en ce qui a trait à l'exclusivité d'exercice conférée au droit. Qui plus est, l'absence de rétroactivité en la matière ne corrige pas les transferts si les proportions que représentent les quotes-parts ne sont pas respectées. Ainsi, contrairement à ce qui existe en matière successorale où le partage n'entraîne pas de disposition ou de transfert donnant ouverture à un impôt⁶⁹⁹, le partage d'une indivision non successorale peut produire des impacts fiscaux dans l'éventualité des transferts susmentionnés.

Les règles fiscales afférentes au partage prennent normalement en compte la loi applicable au bien tenu en indivision (a). Cette règle souffre cependant d'une importante exception. L'impôt sur le revenu, tant au provincial qu'au fédéral, contient des règles fiscales spécifiques en ce qui concerne le partage de biens dont l'indivision ne provient pas d'une succession (b).

a. Les lois respectant le droit civil

Les lois de nature fiscale, par exemple la *Loi concernant les mutations immobilières*⁷⁰⁰ et la *Loi sur les taxes d'accise* (partie IX- taxe sur les produits et services)⁷⁰¹, ne

48 B.R. 303.), les dommages-intérêts et l'injonction, pour réprimer les actes fautifs de l'un d'entre eux.

⁶⁹⁷ Ils seront remis en question seulement en cas de cession entre indivisaires mettant fin à l'indivision. L'indivisaire non attributaire ne reçoit pas, dans ce cas, de portion du bien permettant au tiers, par exemple l'usufruitier, d'exercer son droit sur un objet. Il convient de souligner par ailleurs que la cession entre indivisaires qui met fin à l'indivision ne remet jamais en question un bail car il existe en cette matière un droit au maintien dans les lieux (C.c.Q., art. 1937, 1938 et 1958).

⁶⁹⁸ D'après L. SAMOISSETTE, «La propriété indivise du Code civil du Québec: quelques considérations fiscales», [1993] 24 *R.D.U.S.* 185, 189.

⁶⁹⁹ En matière successorale, les impôts sont payés lors du décès qui entraîne, lui, transfert (Loi sur l'impôt sur le revenu, L.R.C., (1985) c.1, 5e suppl., art. 70. (ci-après appelée *L.I.R.*). Ils sont payés ensuite par la succession (*L.I.R.*, art. 104). Le partage d'une indivision successorale n'entraîne pas, non plus, de conséquences pour d'autres lois fiscales telles que la *Loi concernant les mutations immobilières* (L.R.Q., c. D-15.1) ou encore la *Loi sur la taxe d'accise* (L.C. 1990, c. 45).

⁷⁰⁰ L.R.Q., 1977, c. D-15.1.

⁷⁰¹ L.C. 1990, c. 45.

contiennent pas de règles spécifiques en ce qui a trait au partage. Pour déterminer si des droits seront payables ou non lors d'un partage, il faut se fier au droit civil. C'est ici que les impacts des changements apportés par le *Code civil du Québec* se manifestent le plus. En fonction de l'interprétation du terme attributif, le partage produira éventuellement des incidences fiscales.

Il a été démontré, précédemment, que le partage reconnaît toujours une propriété préexistante même lorsque le législateur le qualifie d'attributif. Ce partage pourra, toutefois, dans certaines circonstances, entraîner le paiement de droits. Si le partage d'une indivision non successorale intervient en nature et en proportion des quotes-parts détenues, le partage joue un rôle purement déclaratif. Il n'entraîne alors aucun transfert, ainsi aucun droit ne sera dû à titre de T.P.S. ou de droit de mutation. Au contraire, si le partage en nature ne s'effectue pas en proportion des quotes-parts détenues dans un bien, des droits seront payables pour la différence en raison des limites au rôle déclaratif du partage en matière non successorale. Comme toutefois cette interprétation du terme «attributif» en droit fiscal n'est toujours pas définitive, il a été suggéré qu'il serait plus prudent de considérer le partage, en tout temps, comme un transfert, et ce afin de ne pas pénaliser subséquemment les contribuables:

«(...) tant que le traitement fiscal d'un partage ne sera pas clairement établi, il faudrait, à titre de règle de prudence, considérer que depuis le 1er janvier 1994, tout partage constitue un transfert au sens du paragraphe 123(1) de la Loi sur la taxe d'accise et qu'il est donc assujéti à la T.P.S.»⁷⁰²

Bien que cette attitude pratique et précautionneuse soit louable, il vaudrait la peine qu'un tribunal se prononce sur cette question⁷⁰³. Les contribuables paient des droits lors de l'acquisition du bien tenu en indivision et en repaieront lors du partage alors qu'ils n'ont acquis, du moins s'il se déroule en proportion des quotes-parts de chacun, aucun nouveau droit sur les biens. N'est-ce pas aussi pénaliser les contribuables?

⁷⁰² L. SAMOISSETTE, *loc. cit.*, note 698, 196.

⁷⁰³ C'est ce qui a été fait dans l'affaire *Sasseville c. Dolbeau*, J.E. 97-1594 (C.Q.). Le peu de détails donnés au soutien de cette décision donne toutefois à penser qu'elle ne règlera pas définitivement la question.

b. Le cas particulier de l'impôt sur le revenu

Au Fédéral, jusqu'au 13 juillet 1990, le partage d'un bien en indivision n'était soumis à aucune disposition spécifique au plan fiscal. En conséquence, ses incidences fiscales obéissaient aux règles civiles qui prévalaient au moment où il était réalisé. Selon que le partage était, ou non, considéré comme translatif de propriété, il entraînait ou non, des conséquences fiscales. Celles-ci, pour la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pouvaient donc varier d'une province à l'autre. Au Québec, pour fins fiscales, le partage était, jusqu'au 1er janvier 1990, toujours considéré comme déclaratif et rétroactif de propriété. Il ne produisait donc jamais de conséquences fiscales puisqu'il n'entraînait aucun transfert. Cette façon de faire prit fin en 1990.

Depuis le 13 juillet 1990, et en dépit des dispositions du *Code civil du Québec* en la matière, le partage obéit à des règles fiscales spécifiques en ce qui a trait au partage des indivisions non successorales⁷⁰⁴. Les articles 248 (20) *L.I.R.* et 2.1.1. *L.I.* font en sorte que, selon que le partage d'un bien en immobilisation respecte ou non les quotes-parts des indivisaires, un gain en capital soit réalisé. En vertu de ces dispositions et en l'absence d'exonération, le partage n'entraînera pas de conséquences fiscales s'il est réalisé en nature et en proportion des quotes-parts détenues par les indivisaires dans chaque bien avant le partage⁷⁰⁵. Tout partage qui sera réalisé autrement entraînera, en revanche, une disposition ou une acquisition réputée selon que la part détenue antérieurement au partage se retrouve diminuée ou augmentée⁷⁰⁶. Ces incidences fiscales ne portent toutefois que sur la différence entre ce que l'indivisaire détenait avant et après le partage.

⁷⁰⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 699, art 248(20) paragraphe introductif.

⁷⁰⁵ *L.I.R.*, articles 248 (20) a et b.

⁷⁰⁶ *L.I.R.* article 248(20). Voir L. SAMOISSETTE, *loc. cit.*, note 698. 191.

SECTION 2- LES EFFETS PARTICULIERS SUR LES HYPOTHÈQUES

Lors du partage, l'origine de l'indivision n'exerce aucune influence sur le sort des hypothèques. Ce qui importe depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, c'est la présence ou l'absence d'une entente entre les indivisaires relativement au report du partage des biens tenus en indivision. Ce n'était pas le cas auparavant.

En effet, le sort des droits d'un créancier hypothécaire sur un bien indivis dépendait, jusqu'à tout récemment, de l'interprétation de la notion de partage. Suivant qu'un acte donné était qualifié de partage, la sûreté tombait. Ceci, en raison des termes de l'article 2021 C.c.B.C. qui prévoyait qu'une hypothèque ne subsistait qu'en autant que, par le partage ou un autre acte qui en tenait lieu, le débiteur demeure propriétaire de quelque partie de l'immeuble. Dans ce contexte, les créanciers ne consentaient que rarement à financer des indivisaires. Afin d'atténuer la portée de cet article, la doctrine et la jurisprudence limitèrent les effets du partage et corrigèrent leur interprétation de l'article 2021 C.c.B.C. La non attribution du bien au constituant n'aboutissait plus qu'à une simple inopposabilité de l'hypothèque à l'attributaire du bien grevé. Les créanciers conservaient ainsi leurs recours sur le prix reçu par leur débiteur⁷⁰⁷.

Ces interprétations doctrinales et jurisprudentielles visaient d'abord et avant tout, et la question n'était pas sans importance, à concilier les droits des indivisaires avec ceux de leurs créanciers lors du partage. Qui plus est, la difficulté d'obtenir du financement sur la base du droit était la cause principale de la réticence à utiliser la copropriété par indivision comme modalité de la propriété. Comme le *Code civil du Québec* favorise et encourage désormais l'organisation et la durabilité de cette modalité de la propriété, il se devait de faciliter le financement des indivisaires. À cet effet, il prévoit un régime légal réglant le sort des hypothèques en cas de partage, régime dont l'efficacité repose sur la

⁷⁰⁷ *Quintal c. Banque Jacques-Cartier*, (1901) 10 B.R. 525; *Perras c. Banque provinciale du Canada*, [1956] B.R. 731; *Boucher c. Banque Nationale*, [1989] R.D.I. 499 (C.S.); E. POULIN, *op. cit.*, note 662, p. 153; U. JORON, «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la part indivise», *loc. cit.*, note 606, 305; A. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 662, 537; Y. CARON et S. BINETTE, *loc. cit.*, note 606, no 172, p. 94.

présence d'une entente entre les indivisaires pour le report du partage (§1). Les solutions apportées par le Code comportent malheureusement beaucoup de lacunes dans l'opinion générale. Divers moyens peuvent cependant être mis en oeuvre pour les corriger (§2).

§1. LE SORT DES HYPOTHÈQUES EN CAS DE PARTAGE

L'article 1015 al.2 C.c.Q. permet aux indivisaires de recourir au financement hypothécaire dans la mesure de leur quote-part. Tant que dure l'indivision, les créanciers n'ont rien à craindre pour leur garantie: ils exercent leurs recours contre la quote-part de leur débiteur⁷⁰⁸.

La situation est tout autre lors d'un partage⁷⁰⁹. En effet, le *Code civil du Québec* contient deux articles traitant spécifiquement du sort des hypothèques en cas de partage: les articles 2679 et 1021 C.c.Q. Le premier est situé dans le titre sur les hypothèques et constitue, de ce fait, une règle générale (A); le second est situé dans le chapitre sur la copropriété par indivision et traite d'un cas particulier (B).

A. Le régime général de l'article 2679 du Code civil du Québec

L'article 2679 C.c.Q. prévoit le régime général pour le sort des hypothèques en cas de partage. Il déroge ainsi aux effets que produiraient normalement le partage sur les hypothèques, et ce, afin de protéger les créanciers hypothécaires (a). La protection qu'il met en place est néanmoins un demi-succès à l'égard de ceux-ci (b).

⁷⁰⁸ C.c.Q., art. 1015 al.2.

⁷⁰⁹ La vente du bien ou d'une quote-part dans le bien à un tiers ne constitue pas un partage (C.c.Q., art. 885 C.c.Q.). Cette opération ne pose donc aucune difficulté particulière quant au sort des hypothèques puisqu'il s'agit d'une aliénation ordinaire. L'hypothèque conserve alors tous ses attributs (C.c.Q., art. 2660).

a. Le fonctionnement du régime prévu à l'article 2679 C.c.Q.

L'article 2679 C.c.Q. s'applique à toutes les indivisions, successorales ou non. Il vise donc les indivisions conventionnelles. L'éventualité soulevée par l'article 1021 C.c.Q. vise un cas particulier, celui où malgré son report, les indivisaires provoquent un partage⁷¹⁰.

L'article 2679 C.c.Q. distingue selon que le constituant, ou ses ayants cause, conserve, ou non, des droits sur une portion du bien à la suite du partage. Si par un partage le constituant, ou ses ayants cause, conserve une portion du bien, l'hypothèque subsiste et s'exerce sur le droit portant sur cette portion. Le premier alinéa de l'article 2679 C.c.Q., qui reprend en substance l'article 2021 C.c.B.C.⁷¹¹, prévoit en effet que:

«L'hypothèque sur une partie indivise d'un bien subsiste si, par le partage ou par un autre acte déclaratif ou attributif de propriété, le constituant ou son ayant cause conserve des droits sur quelque partie de ce bien, sous réserve des dispositions du livre Des successions.»

Le deuxième alinéa organise, pour sa part, le cas où le constituant, ou ses ayants cause, ne conserve aucune portion du bien. En vertu de celui-ci, l'hypothèque se reporte sur la contrepartie qui lui échoit à la suite du partage, contrepartie qui peut être une somme d'argent ou un autre bien. Ce second alinéa de l'article 2679 du C.c.Q. codifie et actualise, quant à lui, le courant jurisprudentiel qui prévaut depuis l'arrêt *Perras c. Banque Provinciale*⁷¹²:

«Si le constituant ne conserve aucun droit sur le bien, l'hypothèque subsiste néanmoins, mais elle est reportée, selon son rang, sur le prix de la cession qui revient au constituant, sur le paiement résultant de

⁷¹⁰ L'article 1021 C.c.Q. ne concerne que le cas où un partage est mis en oeuvre avant le terme de la période de son report prévu dans la convention d'indivision.

⁷¹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.2, *op. cit.*, note 663, Commentaires sous l'article 2679, p. 1678.

⁷¹² [1956] B.R. 731. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.2, *op. cit.*, note 663, Commentaires sous l'article 2679, p. 1678.

l'exercice d'un droit de retrait ou d'un pacte de préférence, ou sur la soulte payable au constituant.»

Par l'article 2679 C.c.Q., le Code assure une place particulière aux hypothèques en dérogeant aux effets que produit un partage, et ce, peu importe l'origine de l'indivision. Ceci n'empêche pas que cette façon de faire s'interprète différemment selon l'origine de l'indivision. En matière successorale, en raison de l'effet rétroactif du partage, l'hypothèque accordée par un indivisaire qui ne recevrait pas de biens à la suite du partage ne serait pas opposable à l'attributaire en vertu des articles 884 al.2 et 886 C.c.Q. L'article 2679 al. 2 C.c.Q. maintient toutefois cette hypothèque mais lui assigne un nouvel objet déterminé sur lequel portera son droit: la contrepartie reçue lors d'un partage. En matière autre que successorale, du fait que le partage n'a aucune incidence sur le passé, que le partage est attributif, l'hypothèque serait opposable en toute circonstance à l'attributaire des biens. L'article 2679 al. 2 C.c.Q. corrige ce résultat du partage sur les hypothèques par un dégrèvement du bien attribué à un autre indivisaire. Cette façon de faire vise à éviter en la matière les cascades de recours entre les copartageants. Quoi qu'il en soit, ce régime particulier pour les hypothèques en cas de partage avait pour but de protéger les créanciers hypothécaires en ne faisant pas disparaître leur sûreté ou en leur assignant un nouvel objet de droit. Ce procédé s'avère un demi-succès.

b. Les faiblesses du régime prévu à l'article 2679 C.c.Q.

Contrairement à ce que voulait le législateur, les créanciers hypothécaires ne sont pas suffisamment protégés par le texte de l'article 2679 C.c.Q. En vertu de l'article 2679 al.1 C.c.Q., l'hypothèque consentie par un indivisaire porte sur la portion reçue à l'occasion du partage. Si cet indivisaire n'obtient, à la suite du partage, qu'une portion du bien inférieure à celle grevée, la garantie des créanciers hypothécaires est d'autant diminuée. Les termes de l'article 2679 C.c.Q. empêchent par ailleurs ces créanciers de fractionner leurs hypothèques pour les faire porter sur la soulte et sur la partie du bien reçue par leur débiteur.

Si par ailleurs l'indivisaire qui a grevé le bien ne conserve aucune portion de celui-ci à la suite du partage, l'hypothèque est reportée sur la contrepartie qui lui revient en vertu

de l'article 2679 al.2 C.c.Q.⁷¹³ Les créanciers devront alors exercer leurs hypothèques sur un objet qu'ils n'auraient pas forcément choisi soit, le plus souvent, de l'argent. Or, la sûreté portant sur de l'argent est une sûreté qui porte sur quelque chose d'évanescant. Un report d'hypothèque sur de l'argent,

«(...) signifie, à toutes fins utiles, que l'hypothèque du créancier prend fin et qu'il se voit forcé, par anticipation, d'exercer rapidement son droit de préférence; tout retard pouvant être fatidique puisque la somme d'argent sur laquelle le code reporte l'hypothèque peut disparaître ou cesser d'être identifiable.»⁷¹⁴

Le report d'hypothèque sur une somme d'argent soulève, en outre, des questionnements pour certains auteurs lorsque cette somme provient de l'exercice d'un droit de retrait⁷¹⁵. Pour Denis-Claude Lamontagne⁷¹⁶, l'hypothèque ne saurait être reportée sur la contrepartie versée en remboursement lors de l'exercice du retrait, puisque le tiers acquéreur n'est pas le «constituant» de l'hypothèque, selon les termes utilisés par l'article 2679 al.2 C.c.Q. L'hypothèque peut, au contraire, être reportée sur cette contrepartie. L'interprétation de Denis-Claude Lamontagne résulte d'une lecture trop littérale de l'article 2679 C.c.Q. Le mot «constituant» ne peut être interprété comme étant, en toutes circonstances, la personne qui a grevé le bien. À preuve, un tiers-acquéreur qui a assumé une hypothèque est expressément visé par l'article 2679 al.2 C.c.Q. Or, l'exercice d'un droit de retrait n'est pas différent d'une cession. Le droit de retrait est d'ailleurs une double mutation.

⁷¹³ Si cette contrepartie est un immeuble, il y aura lieu, alors, de procéder à de nouvelles formalités de publicité.

⁷¹⁴ Louis PAYETTE, « Des priorités et des hypothèques », dans textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t.3, Ste-Foy, P.U.L., 1993, no 419, p. 137. Dans le même sens M. BOUDREAULT, *Remarque préliminaire concernant l'hypothèque d'un droit indivis résultant d'une convention d'indivision*, dans *Chambre des notaires du Québec. Répertoire de droit/ nouvelle série*, biens formulaire - document 2, p. 3.

⁷¹⁵ Cette opération ne se transforme en partage que si elle met fin à l'indivision.

⁷¹⁶ D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, *op. cit.*, note 15, no 349, p.194; E. PRUD'HOMME, « Le maintien de l'indivision selon le droit civil du Québec, » (1995) 29 *R.J.T.* 191, 208.

Malgré ces faiblesses de l'article 2679 C.c.Q., les créanciers ne se trouvent pas totalement démunis en cas de défaut d'un indivisaire. Les créanciers qui s'estiment lésés par le partage peuvent invoquer les recours usuels en matière hypothécaire. Ainsi, des recours tels que la perte du bénéfice du terme⁷¹⁷ et l'inopposabilité du partage⁷¹⁸ pourront éventuellement être mis en oeuvre.

B. Le cas particulier de l'article 1021 du Code civil du Québec

L'exposé de la règle de l'article 1021 C.c.Q. démontre que le Code vise à protéger d'abord les créanciers hypothécaires (a). Bien qu'il serve mieux l'intérêt de ces derniers, l'article 1021 C.c.Q. contient encore des faiblesses (b).

a. Le fonctionnement du régime prévu à l'article 1021 C.c.Q.

L'article 1021 C.c.Q. permet de remédier à certaines des imperfections notées à l'article 2679 pour la protection des créanciers hypothécaires. La protection qu'offre aux créanciers le texte de l'article 1021 C.c.Q. ne s'applique cependant qu'en cas de report du partage pour une période déterminée⁷¹⁹. Cette période ne doit pas excéder trente (30) ans mais elle est renouvelable⁷²⁰. Elle ne doit pas, non plus, être expirée⁷²¹.

À l'instar de l'article 2679 C.c.Q., le Code aménage le sort des hypothèques selon que le débiteur conserve, ou non, une portion du bien. Si l'indivisaire débiteur conserve une portion du bien, le mécanisme de protection du créancier hypothécaire est similaire à celui prévu à l'article 2679 al.1 C.c.Q. Le Code met cependant en place un mécanisme de protection des créanciers hypothécaires différent de celui prévu à l'article 2679 C.c.Q. lorsque le débiteur ne conserve aucune portion du bien. En effet, l'article 1021 C.c.Q. prévoit que:

⁷¹⁷ C.c.Q., art. 1514.

⁷¹⁸ C.c.Q., art. 1631.

⁷¹⁹ Le report du partage doit obligatoirement avoir lieu par écrit (C.c.Q., art. 1013 al.1).

⁷²⁰ C.c.Q., art. 1013 al.2.

⁷²¹ Si le terme prévu par la convention d'indivision est expiré, l'article 2679 C.c.Q. s'appliquera.

«Le partage qui a lieu avant le moment fixé par la convention d'indivision n'est pas opposable au créancier qui détient une part indivise du bien, à moins qu'il n'ait consenti au partage ou que son débiteur ne conserve un droit sur quelque partie du bien.»⁷²²

Le texte de cet article 1021 C.c.Q. déroge aux effets de la publicité des droits⁷²³. Normalement, s'il est publié, le partage est opposable aux tiers⁷²⁴. L'article 1021 C.c.Q. retire toutefois l'effet de cette publicité: l'opposabilité. Une seule catégorie de personnes en bénéficie cependant: les créanciers hypothécaires. Ces derniers étaient en droit de se fier à la publication de la convention qui reportait le partage pour une durée déterminée. La mise en oeuvre du partage avant le terme convenu dans la convention peut mettre en péril la qualité de leur sûreté, c'est pourquoi l'article 1021 C.c.Q. vient les protéger. L'article 1021 C.c.Q. n'empêche toutefois pas les indivisaires de provoquer le partage avant le moment fixé et de le publier pour le rendre opposable; seulement, cette publication ne produira aucun effet à l'égard de ces tiers que sont les créanciers hypothécaires.

b. Les faiblesses du régime prévu à l'article 1021 C.c.Q.

L'article 1021 C.c.Q., bien que plus intéressant pour la protection des créanciers hypothécaires, contient encore certaines lacunes. Si le débiteur conserve une portion du bien, l'hypothèque s'exercera sur celle-ci. À l'instar de l'article 2679 C.c.Q., il y aura alors danger, théorique dans la plupart des cas⁷²⁵, que les créanciers voient leurs sûretés diminuées à la suite d'un partage qui accorderait au débiteur une portion du bien inférieure à la valeur du bien qui a été grevé. Les termes de l'article 1021 C.c.Q.

⁷²² C.c.Q., art. 1021.

⁷²³ L'article 1021 C.c.Q. ne constituant qu'une disposition particulière, le non respect de l'une de ses conditions d'application fera en sorte que le sort des garanties des créanciers hypothécaires soit réglé par l'article 2679 C.c.Q.

⁷²⁴ C.c.Q., art. 2938.

⁷²⁵ L'hypothèque est rarement consentie pour la pleine valeur des biens.

empêchent par ailleurs ces créanciers de fractionner leurs hypothèques pour les faire porter sur la portion reçue et sur la soulte payable⁷²⁶.

En revanche, à la différence de l'article 2679 al. 2 C.c.Q., lorsque le débiteur ne reçoit aucune portion du bien, le partage n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires. À moins que ces derniers n'y aient consenti, le partage est considéré, ici, comme n'ayant jamais eu lieu. L'article 1021 C.c.Q. apporte, à cet égard, un avantage certain par rapport au régime de l'article 2679. L'inopposabilité d'un partage est, en effet, nettement plus intéressante, pour les créanciers hypothécaires, que le report de leurs hypothèques sur un objet qu'ils n'auraient pas forcément choisi⁷²⁷.

En tout état de cause, dans un milieu aussi conservateur que celui de la finance, la seule possibilité qu'un partage accorde au débiteur une portion du bien inférieure aux intérêts antérieurement détenus est suffisante pour inquiéter les créanciers. Le copropriétaire ne bénéficiera pas d'un préjugé favorable dans l'esprit d'un banquier. Cette faiblesse, toute théorique qu'elle soit, pourrait aisément être corrigée en loi. Il suffirait de prévoir l'inopposabilité du partage mis en oeuvre avant le terme fixé à l'égard des créanciers hypothécaires même lorsque le débiteur reçoit une portion du bien. L'article 1021 C.c.Q. pourrait se lire comme suit:

«Le partage qui a lieu avant le moment fixé par la convention d'indivision n'est pas opposable au créancier qui détient une hypothèque sur une part indivise du bien, à moins qu'il n'ait consenti au partage ou que le débiteur ne conserve un droit de propriété sur *une partie du bien dont la valeur est suffisante pour le désintéresser.*»

Le dernier membre de phrase de cet article serait ainsi corrigé, et non pas supprimé, et ce pour conserver aux indivisaires la liberté de mettre en oeuvre, d'un commun accord, un partage. Ce partage devrait toutefois respecter les droits de leurs créanciers hypothécaires sous peine d'inopposabilité. Les droits de tous et chacun se trouveraient ainsi conciliés.

⁷²⁶ Ils pourront toutefois se prévaloir de recours tels que la perte du bénéfice du terme ou encore l'inopposabilité du partage pour récupérer ou compenser leur perte. C.c.Q., art. 1514 et 2734.

⁷²⁷ C.c.Q., art. 2679 al.2.

§2. LES AMÉLIORATIONS POSSIBLES AU SORT DES HYPOTHÈQUES EN CAS DE PARTAGE

La loi protège adéquatement les créanciers hypothécaires en présence d'une convention d'indivision à une petite exception près⁷²⁸: le partage mis en oeuvre avant l'expiration du terme prévu qui accorderait aux débiteurs une portion du bien inférieure à celle des intérêts grevés.

À cet égard, il convient de souligner que les créanciers hypothécaires évaluent généralement leurs risques avant de prêter. Selon cette évaluation, ils financeront jusqu'à concurrence de 60 ou 75% de la valeur d'un bien afin de se prémunir contre une diminution de la valeur de la sûreté en cas de réalisation. Cette règle de pratique devrait être maintenue en matière de copropriété par indivision. Ainsi, un créancier hypothécaire qui aura financé, par exemple, à 70% de la valeur de la quote-part de son débiteur, ne sera pas nécessairement frustré de sa garantie si ce dernier recevait, lors d'un partage, une portion en nature inférieure à celle à laquelle il pouvait prétendre. Sa sûreté ne sera vraiment compromise que si le débiteur subit une diminution en nature correspondant à plus de 30% de la valeur de sa quote-part⁷²⁹.

Bien que le Code accorde aux créanciers la possibilité d'assister au partage et d'y intervenir pour préserver leurs garanties⁷³⁰, le milieu institutionnel reste méfiant envers les possibilités de financement en matière de copropriétés par indivision. Il utilise, par conséquent, des méthodes qui garantissent mieux aux créanciers leurs recours, mais ceci au mépris des droits des indivisaires (A). La loi fournit pourtant des outils pour concilier les droits des créanciers et ceux des indivisaires (B).

⁷²⁸ Les conditions des articles 1013 et 1021 C.c.Q. doivent cependant être respectées.

⁷²⁹ Le créancier n'est pas, alors, sans recours. Il peut invoquer la perte du bénéfice du terme de l'article 1514 du C.c.Q. ou encore tenter l'action en inopposabilité de l'article 1631 C.c.Q.

⁷³⁰ C.c.Q., art. 864.

A. Les méthodes proposées par la pratique

Les méthodes proposées par les institutions financières exigent soit le concours de tous les indivisaires à l'acte d'obligation (a) ou encore requiert la perte du statut d'indivisaire par le débiteur (b).

a. Le concours de tous les copropriétaires à la signature de l'acte

Les créanciers, traditionnellement, exigeaient le concours de tous les indivisaires dans le processus de financement d'un indivisaire. Ce concours prenait la forme d'une hypothèque globale ou encore d'une intervention, sous forme de cautionnement, dans une hypothèque individuelle.

Par l'hypothèque globale, les indivisaires souscrivaient à une seule et même dette pour le montant total de leurs besoins et se répartissaient ensuite les sommes obtenues. Le passif que représentait cette hypothèque pesait, cependant, lourdement dans leur avenir financier puisqu'ils étaient considérés conjointement et solidairement responsables de cette obligation. Cette hypothèque globale ne prenait pas en considération, en outre, les besoins financiers particuliers de chacun des indivisaires. La création d'hypothèques individualisées pour les indivisaires au cours des premières années 1990⁷³¹, ne corrigea pas cette situation. Par cette technique, chacun des indivisaires pouvait contracter individuellement une hypothèque selon les termes et les modalités correspondant à ses besoins mais ses copropriétaires devaient encore intervenir, par un cautionnement, dans le processus de financement. Ceci multipliait donc considérablement les hypothèques et alourdissait le fardeau financier de tous. Dans les deux cas, les indivisaires étaient tenus conjointement et solidairement responsables de l'emprunt⁷³².

Ces méthodes qui procuraient une sécurité maximale aux créanciers ont encore cours aujourd'hui. Elles ont pourtant le défaut de brimer indûment la liberté des indivisaires.

⁷³¹ «Nouveaux prêts hypothécaires pour les copropriétés indivises», *Journal Les Affaires*, 5 décembre 1992, p. 55.

⁷³² A. SIAG, *loc. cit.*, note 206, p. 272; P. SYLVESTRE, «Les nouveaux modes de propriété immobilière: la copropriété indivise et la coopérative d'habitation locative», (1984) 84 *F.P. du B.* 101, p. 112.

Ces derniers devraient pouvoir conserver une entière liberté quant à la possibilité d'hypothéquer leur droit dans le bien. Des articles tels que les articles 1015 al. 2, 1021 et 2679 C.c.Q. en témoignent. L'implication de tous, en dépit de ceux-ci, renie par ailleurs les efforts d'organisation du Code et aboutit à alourdir le processus de financement des indivisaires, ce qui rend moins intéressante la copropriété par indivision. Ces méthodes devraient donc être abandonnées.

Ces façons de faire conserveront néanmoins leur utilité lorsque les indivisaires, peu importe l'origine de leur droit, ne voudront pas s'engager à reporter le partage⁷³³. Elles permettront alors au créancier hypothécaire de se libérer des aléas d'un partage sur ses garanties⁷³⁴. Le créancier pourra donc exercer ses recours contre l'attributaire, et ce, peu importe le résultat du partage puisque ce dernier se sera engagé comme cosignataire lors de l'emprunt hypothécaire⁷³⁵.

b. La suppression du statut de copropriétaire

Pour éviter le concours de tous les indivisaires au financement de l'un d'entre eux, les milieux financiers proposent deux autres moyens: la vente avec faculté de rachat et la fiducie à titre onéreux. Ceux-ci présentent toutefois le désavantage d'exiger de l'indivisaire emprunteur sa sortie de l'indivision au profit du créancier.

Pour obtenir du financement par voie d'une vente avec faculté de rachat, un indivisaire doit disposer de sa quote-part dans le bien au profit de la personne qui le financera, son créancier⁷³⁶, en se réservant la faculté de la racheter⁷³⁷. Le créancier-acheteur en

⁷³³ Le gérant pourrait être habilité par convention à intervenir au nom de tous. C.c.Q., art. 1027.

⁷³⁴ C.c.Q., art. 2679.

⁷³⁵ Il a été suggéré de conserver l'intervention de l'ensemble des indivisaires dans tous les cas sauf de restreindre l'obligation des autres copropriétaires à l'obligation de ne pas demander le partage. En plus de comporter le défaut de multiplier les hypothèques, il n'est pas sûr que les créanciers l'accepteront. Le créancier de l'indivisaire qui se financera subséquentment voudra obtenir un premier rang pour cette obligation également. Il n'est pas sûr, non plus, que cette obligation ne sera pas comptabilisée dans les états financiers des emprunteurs.

⁷³⁶ C.c.Q., art. 1757.

⁷³⁷ C.c.Q., art. 1750.

l'espèce est, en réalité, l'ayant cause de cet indivisaire-vendeur. Il deviendra, par conséquent, indivisaire, alors que l'indivisaire-vendeur, le débiteur, sortira de l'indivision.

La vente avec faculté de rachat permet au «créancier» de surveiller «sa garantie», c'est-à-dire le bien, puisqu'il en devient copropriétaire. À défaut de convention contraire, il pourra donc s'exprimer sur les questions relatives à son administration ou à son partage tout comme son débiteur l'aurait fait. Il supportera, en contrepartie, toujours à défaut de convention contraire, les obligations incombant à ce dernier. Le créancier se retrouvera donc responsable des assurances, des taxes, des frais communs etc.

Bien que cette méthode d'obtenir du financement semble attrayante, elle présente plusieurs défauts majeurs. Premièrement, la faculté de rachat ne peut être stipulée que pour cinq ans⁷³⁸. Deuxièmement, il s'agit ici d'un véritable transfert de propriété avec toutes les conséquences civiles et fiscales que cela entraîne⁷³⁹. Troisièmement, la vente avec faculté de rachat prive le débiteur de son statut d'indivisaire; partant de ses prérogatives de copropriétaire. Certaines d'entre elles pourront lui être redonnées par un bail ou encore par un droit d'usufruit, mais ce qui caractérise ou particularise son droit ne lui appartient plus. Il convient de souligner, en outre, que cette méthode ne représente pas d'avantages particuliers au plan des recours pour les créanciers⁷⁴⁰. Ces derniers doivent, pour être indemnisés, suivre les règles prévues au Livre des priorités et des hypothèques⁷⁴¹.

Le deuxième moyen, la fiducie à titre onéreux, ne présente pas plus d'avantages. Ce transfert, dans un but de financement, d'un bien dans un patrimoine distinct au profit d'un créancier semble autorisé en vertu des articles 1263 et 1269 C.c.Q. Outre les incidences fiscales qu'elle entraîne parfois, la fiducie à titre onéreux prive, de la même

⁷³⁸ C.c.Q., art. 1753.

⁷³⁹ Le paiement des droits fiscaux, les frais de notaire, etc.

⁷⁴⁰ Il est intéressant de souligner à cet égard que si l'acheteur d'une partie indivise d'un bien sujet à la faculté de rachat devient, par l'effet d'un partage, acquéreur de la totalité, il peut obliger le vendeur qui veut exercer la faculté à reprendre la totalité du bien (C.c.Q., art. 1754).

⁷⁴¹ C.c.Q., art. 1756.

façon que la vente avec faculté de rachat, les débiteurs de leur propriété dans le bien. De plus, à l'instar de la vente avec faculté de rachat, elle ne simplifie pas les recours du «créancier» puisque le fiduciaire doit, en cas de défaut du constituant, suivre les règles prévues au Livre des priorités et des hypothèques⁷⁴².

Enfin, peu importe le moyen utilisé, la vente avec faculté de rachat ou le transfert du bien dans une fiducie, les créanciers se doivent d'évaluer si les inconvénients de ces méthodes pour se protéger d'un partage nuisible valent la peine. Bien que le partage peut dans certaines circonstances leur être nuisible, il ne l'est pas toujours. De plus, il est possible de se protéger autrement des conséquences indésirables d'un partage.

B. La méthode à privilégier

Le *Code civil du Québec* contient suffisamment d'outils pour élaborer un système de protection des créanciers hypothécaires qui ne désavantagent pas de façon indue les indivisaires. Ce dernier prendra place dans les documents usuels afférents à l'indivision, principalement dans la convention d'indivision (a). L'efficacité du système proposé ici s'appuie sur l'opposabilité de cette dernière qui revêt une grande importance en la matière (b)

a. Les stipulations assurant la liberté des indivisaires

Les moyens dont disposent les indivisaires pour organiser la protection de leurs créanciers hypothécaires peuvent s'articuler autour de deux axes: le maintien du droit de suite par une disposition conventionnelle privant d'effet l'article 2679 C.c.Q. ou encore, l'assurance que le partage sera fait dans le respect des droits consentis aux créanciers hypothécaires, ce qui bonifie l'article 1021 C.c.Q. Seul le second moyen est valable.

Comme les articles 886 et 2679 C.c.Q. retirent expressément le droit de suite des créanciers, il est impossible de le rétablir conventionnellement. Le maintien du droit de suite, malgré les termes des articles 886 et 2679 C.c.Q., pourrait éventuellement

⁷⁴² C.c.Q., art. 1263.

contrevenir à certaines dispositions du titre sur les hypothèques. Il conduirait à faire durer une hypothèque sur les résultats inconnus d'un partage; ce qui contreviendrait à l'article 2694 C.c.Q. L'article 2664 al.1 du C.c.Q. dispose par ailleurs que l'hypothèque n'est permise que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi. En conséquence, l'ajout d'un droit de suite, alors que la loi le retire expressément, risquerait d'être contre l'ordre public. Qui plus est, le maintien du droit de suite alors que la loi l'a retiré obligerait l'attributaire d'un bien à poursuivre ses copropriétaires afin d'obtenir des mainlevées pour pouvoir en jouir totalement et librement. Le Code, en organisant l'indivision, voulait assurément éviter une telle situation.

Dans ce contexte, il est préférable de fonctionner avec les outils déjà prévus par le Code; c'est-à-dire avec l'opposabilité variable du partage et avec l'opposabilité de la convention d'indivision. Les moyens ci-dessous proposés consistent à aménager conventionnellement l'article 1021 C.c.Q. afin d'assurer la protection des créanciers.

La convention d'indivision prévoit habituellement que les indivisaires conservent leur liberté de consentir des hypothèques dans la proportion de leur quote-part⁷⁴³. Ce droit trouve sa contrepartie dans les termes mêmes de l'article 1015 al.2 C.c.Q. qui permettent aux créanciers de saisir les intérêts de leur débiteur dans le titre de propriété. Cet article 1015 C.c.Q. ne protège aucunement les créanciers en cas de partage. Le Code contient toutefois une disposition particulière à cet égard, l'article 1021 C.c.Q. Cette disposition présente cependant une lacune dans la protection des créanciers lorsqu'un créancier reçoit une portion du bien dont la valeur est insuffisante pour le désintéresser. La convention d'indivision doit donc s'employer à régler particulièrement ce problème.

Le Code n'empêche pas les indivisaires de constituer les créanciers des parties à l'acte pour la question du report du partage et les modalités de sa mise en oeuvre. Cette façon de faire assure aux créanciers, qui doivent accepter, sans quoi les stipulations appropriées demeurent révocables⁷⁴⁴, des recours contractuels contre les indivisaires qui

⁷⁴³ C.c.Q., art. 1015 al.2.

⁷⁴⁴ C.c.Q., art. 1446.

n'en respecteront pas les termes. L'acte d'obligation d'un indivisaire convient parfaitement pour cette acceptation⁷⁴⁵. Afin de lier tous les promettants, un avis de cette acceptation doit cependant parvenir aux autres promettants.

Cette stipulation pour autrui présente l'avantage de ne pas brimer indûment la liberté des indivisaires. Elle ne les n'empêche pas de sortir autrement de l'indivision. De plus, elle n'interdit pas totalement le partage. Les indivisaires ne renoncent ici, en quelque sorte, qu'à leur liberté de revenir d'un commun accord sur leur parole quant au report du partage. En tout état de cause, les créanciers ne refuseront pas un partage avant le terme convenu s'ils sont dédommagés en conséquence. Cette situation ne se présente pas différemment de celle où un débiteur paie sa dette avant le terme fixé.

Au chapitre de la mise en oeuvre du partage, les indivisaires peuvent prévoir, par exemple, et ce dès la signature de la convention d'indivision, qu'en cas de partage le bien sera partagé en nature et selon des proportions pré-établies. Ce procédé nécessite toutefois la connaissance d'un minimum d'éléments, à tout le moins le nombre d'indivisaires et le nombre d'appartements ou de locaux. Cette façon de procéder évite les surprises lors d'un partage et les financements successifs. Il est également possible de prévoir dans la convention d'indivision que lorsque les ventes ne sont pas achevées lors de l'emprunt, le nouvel arrivant assumera seul l'hypothèque relative à sa quote-part du bien et de prévoir en conséquence que le constituant soit libéré⁷⁴⁶.

Sans obliger au partage en nature ou en plus de cette stipulation, la convention d'indivision pourrait, toujours dans le but de protéger les créanciers hypothécaires afin de faciliter le recours au financement par les indivisaires, prescrire le déroulement de tout partage. Elle pourrait prévoir, par exemple, l'intervention de ces créanciers à tout partage total ou partiel ainsi que leur accord pour tout partage qui n'attribuerait qu'un montant d'argent au débiteur ou encore qui ne lui attribuerait qu'une portion du bien dont la valeur serait inférieure à la créance, à ses accessoires et à ses frais. L'exigence que le partage s'effectue dans tous les cas devant un notaire serait également utile afin

⁷⁴⁵ La mention de la stipulation pour autrui dans l'acte d'obligation permet au créancier de se prévaloir de l'article 1604 C.c.Q. pour mettre fin à l'acte d'obligation.

⁷⁴⁶ L'acte d'obligation doit toutefois contenir une disposition qui y correspond.

d'assurer le respect des droits des créanciers hypothécaires inscrits et un meilleur contrôle sur les montants d'argent.

Comme par ailleurs les conventions d'indivision contiennent souvent des hypothèques entrecroisées que les indivisaires s'accordent mutuellement pour garantir la bonne exécution de leurs obligations, il convient de procéder à des cessions de rang en faveur des créanciers hypothécaires des indivisaires. Ces derniers poseront d'ailleurs, la plupart du temps, cette exigence à leur financement. Les droits que les indivisaires se consentent mutuellement viennent alors après ceux de leurs créanciers hypothécaires dans un ordre de collocation⁷⁴⁷.

Les accords ayant trait à l'usage et à la jouissance privative⁷⁴⁸ du bien profitent également aux créanciers. Ceux-ci permettent d'atténuer quelque peu la connotation abstraite de la quote-part. Ceci ne signifie pas pour autant que l'hypothèque porte sur l'usage et la jouissance privative de l'appartement ou du local visé. Ces conventions ne génèrent que des droits personnels. Il ne saurait, donc, être question de les hypothéquer. La pratique actuelle les confond pourtant souvent avec le droit d'usage de l'article 1172 C.c.Q. Les prérogatives des indivisaires découlant de l'article 1016 C.c.Q. s'en distinguent néanmoins à plusieurs égards⁷⁴⁹.

Si la convention d'indivision contient plusieurs stipulations susceptibles de protéger les créanciers hypothécaires, seul l'ajout de quelques mentions sera nécessaire dans l'acte d'obligation d'un indivisaire. Ainsi, l'acte de prêt devrait contenir l'acceptation du

⁷⁴⁷ Certains soutiennent que l'hypothèque entrecroisée devrait demeurer au premier rang mais être restreinte à la seule obligation de ne pas provoquer le partage avant le terme prévu. Ce procédé permettrait d'éviter une série de cessions de rang à chaque fois qu'un indivisaire accorderait une hypothèque. Bien qu'elle semble attrayante, cette méthode risque grandement de ne pas être reçue en pratique. L'assurance que le partage ne sera pas provoqué avant le terme fixé bénéficie également aux créanciers. Ils voudront par conséquent obtenir le premier rang pour cette obligation. De plus, l'hypothèque entrecroisée fait plus que garantir l'obligation de ne pas provoquer le partage pour les indivisaires. Elle garantit la bonne exécution des obligations de tous et chacun.

⁷⁴⁸ C.c.Q., art. 1016.

⁷⁴⁹ Voir, *supra*, chapitre préliminaire, section 2, para 2B, b.

créancier hypothécaire des stipulations pour autrui en sa faveur⁷⁵⁰. Il devrait également prévoir, dans les éléments constituant le débiteur en défaut, le non respect de la convention d'indivision et notamment du terme prévu pour le report du partage. Toujours dans le but de préserver les droits du créancier d'un indivisaire, il serait souhaitable qu'il se fasse aussi consentir une cession du droit de vote de l'indivisaire débiteur comme cela existe en matière de copropriété divise; ceci, afin de conserver, en cas de difficulté, un droit de regard sur l'administration du bien. La convention de prêt devrait, enfin, rappeler que le report du partage jusqu'à la date fixée, est une considération importante pour le créancier et que tout partage, même partiel, avant le terme convenu, nécessite son intervention, sans quoi il lui est inopposable⁷⁵¹.

Bien que ces stipulations semblent restreindre leurs droits, elles présentent l'avantage de faciliter le recours au financement hypothécaire par un indivisaire. Ainsi, un indivisaire qui désire emprunter n'est plus obligé d'obtenir le concours des autres copropriétaires. Cet avantage vaut bien les quelques stipulations encadrant leur droit afin de préserver ceux des créanciers.

b. La pierre angulaire de l'opposabilité

Sans vouloir reprendre les développements précédents sur l'opposabilité de la convention d'indivision, il convient de rappeler que l'article 1014 C.c.Q. dispose que la convention d'indivision portant sur un immeuble doit être publiée pour être opposable aux tiers. Cette publication, qui porte sur l'ensemble de la convention, rend toutes et chacune des clauses y prévues, même celles ne créant que des droits personnels, opposables à tous⁷⁵². Ainsi, tout comme un droit de préemption dûment publié⁷⁵³ ou encore une clause de cession de rang, les prescriptions relatives au partage notamment les stipulations pour autrui en faveur des créanciers, sont opposables aux tiers. La

⁷⁵⁰ Pour éviter que les indivisaires ne les révoquent (C.c.Q., art. 1446).

⁷⁵¹ Cette clause facilitera la résolution ou la résiliation du contrat (C.c.Q., art. 1604 du C.c.Q.)

⁷⁵² C.c.Q., art. 2941 et 2943.

⁷⁵³ C.c.Q., art. 1022 et 1014.

publicité de la convention d'indivision permet donc d'assurer la protection, non seulement des indivisaires, mais aussi celle de leurs créanciers hypothécaires.

La publication des clauses protégeant les créanciers n'empêche pas les tiers de publier subséquemment leurs droits⁷⁵⁴. Seulement, ces droits ne seront pas opposables, dans certains cas, aux créanciers hypothécaires⁷⁵⁵. Ainsi, si les indivisaires procèdent au partage à leur insu et vendent ensuite le bien, les créanciers hypothécaires demeurent protégés. Ces derniers pourront exercer leurs droits sur le bien comme si le partage n'avait jamais eu lieu parce que cet acte leur est inopposable en vertu des prescriptions et de la publication de la convention d'indivision. Dans ce contexte, l'analyse des conventions d'indivision publiées est primordiale. À moins qu'il puisse bénéficier de la prescription⁷⁵⁶, le tiers acquéreur d'un bien peut se voir opposer les droits d'un créancier hypothécaire qui ont été méconnus lors du partage.

⁷⁵⁴ C.c.Q., art. 2936.

⁷⁵⁵ C.c.Q., art. 2941 al. 1.

⁷⁵⁶ C.c.Q., art. 2917.

TITRE II-

LE PARTAGE CIRCONSCRIT L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ SOUMISE À UNE EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE

La question de l'identification précise de l'objet soumis à l'exclusivité de la propriété est indissociable de la question de l'exclusivité d'exercice de la propriété préalablement examinée. Le présent titre ne vise pas à reprendre, par le détail, toutes les procédures requises en matière de partage. Le détail de cette procédure a déjà fait l'objet de nombreux développements chez les auteurs⁷⁵⁷. L'objectif ici est plutôt de dégager les grands traits de l'opération partage pour mieux faire voir, tant en matière d'indivision successorale qu'en matière d'indivision autre que successorale, comment le partage arrive à circonscrire l'objet de la propriété soumise à l'exclusivité.

⁷⁵⁷ Voir entre autres en ce qui concerne le *Code civil du Québec*: G. BRIERÉ, *op. cit.*, note 438; Jacques BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec*, R.D./n.s. Successions - Doctrine, Document 1; Marc-André LAMONTAGNE, «Liquidation et partage de successions», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t.1, Ste-Foy, Québec, P.U.L., 1993, pp. 359 et suiv.

Peu importe l'origine de l'indivision, les règles relatives à la mise en œuvre du partage sur le plan technique sont, en principe, les mêmes. L'article 1037 al.2 C.c.Q. renvoie au Livre des successions pour la question du partage. Les règles qui y sont prévues forment donc le régime général applicable à tout partage. L'article 1037 al.2 C.c.Q. mentionne toutefois qu'il faut savoir faire les adaptations nécessaires au besoin. Ainsi, peu importe l'origine de l'indivision, des opérations préalables au partage sont nécessaires (chapitre 1). Une fois ces dernières accomplies, le partage, proprement dit, intervient (chapitre 2).

CHAPITRE I- LES OPÉRATIONS PRÉALABLES AU PARTAGE

Les opérations préalables au partage consistent d'abord à délimiter l'objet qui sera soumis au partage (section 1). Une fois que sont connues les limites de l'objet à partager, il faut encore ajuster les intérêts de chacun sur celui-ci (section 2).

SECTION 1- LE PROCESSUS DE DÉLIMITATION DE L'OBJET SOUMIS AU PARTAGE

Pour pouvoir connaître l'étendue en qualité et en quantité de l'objet qui sera soumis au partage, il faut d'abord procéder à la liquidation. Cette opération est souvent plus complexe lorsqu'elle concerne une indivision successorale que lorsqu'elle concerne une autre forme d'indivision. Le règlement d'une indivision successorale⁷⁵⁸ nécessite en effet un processus de liquidation qui n'existe qu'à l'état embryonnaire dans les autres indivisions. Certains auteurs les distinguent d'ailleurs par ce critère⁷⁵⁹. Cette façon de faire est à proscrire puisqu'elle conduit à distinguer entre les cas où l'indivision concerne une masse de biens et les cas où un seul bien est tenu en indivision. Or, il a

⁷⁵⁸ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 757, dénombre neuf étapes dans le règlement d'une succession: 1. L'obtention de la preuve du décès, 2. La détermination des successibles, 3. La détermination préliminaire du patrimoine successoral, 4. La liquidation des droits matrimoniaux, 5. L'inventaire successoral et l'option des successibles, 6. Les opérations de liquidation, 7. Les formalités fiscales de la liquidation, 8. La reddition de compte, 9. Le partage amiable des biens.

⁷⁵⁹ G. SIESSE, *op. cit.*, note 16, pp. 412 à 414; M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, no 232, pp. 378-379; M. VEROONE, *op. cit.*, note 604, p. 118.

été démontré que cette distinction ne traduit aucune différence de nature ou de régime. La copropriété est exercée dans les deux cas⁷⁶⁰.

Ceci étant, pour circonscrire l'objet qui sera soumis au partage, il faut d'abord connaître la consistance de l'avoir des indivisaires (§1). Une fois cela fait, il devient possible d'établir sa valeur en vue de la réalisation du partage (§2).

§1. LA CONSISTANCE DE L'AVOIR

Le travail conduisant à déterminer la consistance des biens soumis au partage ne pose aucune difficulté lorsque l'indivision concerne un bien particulier. Il en va autrement, toutefois, lorsque l'indivision est successorale. En effet, la consistance de la masse à partager n'apparaît pas toujours à première vue. Une personne décédée ne conserve pas nécessairement tous ses biens chez elle. Cette personne peut avoir, par exemple, un coffret de sûreté dans une institution bancaire, peut avoir confié des biens à un tiers ou encore avoir des dettes. Cette étape préliminaire peut donc parfois entraîner un travail de recherche assez important. Ce travail incombera, en matière successorale, au liquidateur⁷⁶¹.

Une fois recensés les biens appelés à être partagés, il faut encore procéder à leur description et à leur énumération. En matière successorale, cette opération conduira à l'inventaire des biens selon les procédures prévues aux articles 794 et suiv. C.c.Q. Contrairement à ce qui est pour les indivisions non successorales, la confection d'un inventaire est obligatoire pour les indivisions successorales. Cette opération vise à protéger les créanciers car les héritiers sont responsables de façon limitée des dettes du défunt⁷⁶². Comme les indivisaires ne bénéficient pas de cette responsabilité limitée en matière non successorale, l'obligation d'inventaire et les formalités entourant sa publication n'ont pas à être suivis.

⁷⁶⁰ Voir *supra* chapitre préliminaire, section 1, para 1.

⁷⁶¹ C.c.Q., art. 776.

⁷⁶² C.c.Q., art. 823.

§2. LA VALEUR DE L'AVOIR

L'établissement de l'avoir des indivisaires est une opération souvent complexe lorsque l'indivision provient d'une succession et ce, parce qu'elle vise une masse de biens destinés à être transmis aux héritiers. Un processus de liquidation assez détaillé existe en la matière. Celui-ci suppose, en principe, un système de protection des héritiers qui prend la forme d'une division de patrimoine durant la période de liquidation⁷⁶³.

La liquidation en matière successorale relève, la plupart du temps, du travail d'un liquidateur. Cette personne possède le contrôle de la succession et exerce, pour accomplir sa tâche, la saisine des héritiers et des légataires particuliers⁷⁶⁴. Dans un premier temps, le liquidateur établit la valeur nette de l'objet à partager, ce qui requiert souvent plusieurs opérations⁷⁶⁵. Les héritiers peuvent toutefois décider d'assumer eux-mêmes cette tâche si la succession est manifestement solvable. La division de leurs patrimoines disparaît alors et ceux-ci deviennent responsables, sur leurs biens personnels, du passif de la succession⁷⁶⁶.

Les indivisions non successorales nécessitent moins d'encadrement. Une opération de comptes est généralement suffisante puisque le partage ne vise pas à transmettre le patrimoine d'un défunt à ses héritiers et à cet effet, préserver, le plus possible, l'équilibre entre les intérêts des indivisaires. En matière non successorale, le partage ne vise qu'à mettre fin à l'indivision; souvent à l'indivision d'un seul bien. L'équilibre entre les intérêts des indivisaires existe mais ne puise sa raison d'être que de la concurrence dans la détention du titre. Les opérations préalables au partage ne sont donc pas aussi élaborées qu'en matière successorale. Ainsi, les indivisaires, le gérant, ou tout autre personne peuvent accomplir ce travail. La personne désignée s'inspirera, à défaut de stipulation à l'effet contraire dans une convention d'indivision, des dispositions ayant trait à la liquidation des successions mais devra les adapter en

⁷⁶³ C.c.Q., art. 780.

⁷⁶⁴ C.c.Q., art. 776 et suiv.

⁷⁶⁵ C.c.Q., art. 776.

⁷⁶⁶ C.c.Q., art. 779.

fonction de l'objet à partager.⁷⁶⁷.

En tout état de cause, que l'indivision soit successorale ou non, le partage portera sur les biens qui restent après le paiement des obligations et des dettes. Pour arriver à cette étape, il faut d'abord procéder à l'évaluation des biens (A). Une fois cela fait, il ne reste qu'à recourir aux règles comptables ordinaires pour établir ce qui sera effectivement partagé (B).

A. L'évaluation des biens

L'évaluation des biens revêt une grande importance dans le processus de délimitation de l'objet soumis au partage (a). Il en va ainsi, également, du moment où cette évaluation se déroule (b).

a. Son importance

La délimitation de l'objet qui sera soumis au partage nécessite l'évaluation des biens. Cette opération requiert une certaine rigueur, surtout en présence de plusieurs biens, puisque leur surestimation ou leur sous-estimation brise l'équilibre entre les intérêts des indivisaires⁷⁶⁸. Cette opération entraîne parfois, donc, des différends. Ceux-ci sont, en principe, déferés au tribunal qui désigne des experts⁷⁶⁹. Les indivisaires peuvent cependant s'entendre pour confier le règlement de leurs désaccords à un tiers.

b. L'intérêt de la date d'évaluation

Les biens indivis s'estiment d'après leur état et leur valeur au moment du partage⁷⁷⁰ ou le plus près possible de sa date. Cette règle vise tant les biens corporels qu'incorporels⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ C.c.Q., art. 1037 al. 2.

⁷⁶⁸ M. ABDESSELEM, *op. cit.*, note 28, no 64, p. 106.

⁷⁶⁹ C.c.Q., art. 863.

⁷⁷⁰ C.c.Q., art. 861. *Droit de la famille-2491*, [1996] R.D.F. 632 (C.S.).

⁷⁷¹ C.c.Q., art. 899.

Ainsi, par exemple, l'estimation d'un immeuble tout comme le calcul des dettes et des créances, s'effectue au jour du partage ou une date qui s'en rapproche le plus possible compte tenu de la difficulté et du degré de complexité de l'évaluation de certains biens. Ceci étant, comme la date du partage est, le plus souvent, le point de départ de l'exclusivité reconnue à la propriété, il est logique de retenir le jour où le partage est mis en oeuvre pour l'évaluation des biens qui en font l'objet. En effet, une autre date entraînerait une incertitude quant à l'exactitude du contenu de la masse ou de la valeur du bien à partager, notamment en présence de biens qui produisent des fruits et des revenus de façon différente.

B. Le recours aux règles comptables

L'établissement de la valeur de l'objet qui sera soumis au partage, et ce, peu importe l'origine de l'indivision, nécessite le recours aux règles comptables habituelles. Ainsi, un actif (a) et un passif (b) doivent être établis afin d'obtenir un avoir net qui lui, sera soumis au partage.

a. L'actif

Le calcul de l'actif à partager prend en compte les facteurs qui existent en raison de la présence d'une modalité de la propriété (1.). Certains autres éléments devront toutefois être pris en compte en matière successorale en raison du but que poursuit le partage en la matière (2.).

1. les règles communes à toutes les indivisions

La première opération visant à établir l'actif ou l'objet qui sera soumis au partage consiste à déterminer, le plus précisément possible, la valeur du ou des biens au moment du partage. Cette valeur prend notamment en compte la valeur des impenses⁷⁷² et la valeur de ce qui s'unit ou s'incorpore aux biens indivis⁷⁷³. Les fruits et revenus non

⁷⁷² C.c.Q., art. 1020.

⁷⁷³ C.c.Q., art. 1017.

réclamés ou distribués⁷⁷⁴, les indemnités pour usage et jouissance exclusive⁷⁷⁵ et les indemnités versées par les indivisaires qui ont diminué, par leurs faits, la valeur du ou des biens indivis⁷⁷⁶ sont également calculés et ajoutés à la valeur de ce qui sera soumis au partage.

2. les règles particulières aux indivisions successorales

Parce qu'il s'agit de transmettre un patrimoine à des héritiers, l'actif d'une indivision successorale comprend des éléments qui lui sont particuliers⁷⁷⁷. L'opération de liquidation qui existe en la matière complique son processus d'établissement en raison des différentes options dont bénéficient les successibles⁷⁷⁸. Selon ces options, l'actif comprendra, ou non, la créance résultant de la liquidation du patrimoine familial et la créance du régime matrimonial.

En outre, afin de préserver l'équilibre entre les intérêts des indivisaires lors du règlement de la succession, un mécanisme de rapports existe. Ce mécanisme permet de remédier aux déséquilibres⁷⁷⁹ engendrés par les dons, les legs et les prêts en faveur d'un seul héritier. Le Code prévoit deux sortes de rapport: le rapport des dons et legs, et le rapport des dettes. L'obligation au rapport varie selon que ce soit un don ou un legs qui est en jeu ou selon que ce soit une dette.

⁷⁷⁴ C.c.Q., art. 1018.

⁷⁷⁵ C.c.Q., art. 1016 al.2.

⁷⁷⁶ C.c.Q., art. 1020 al. 2.

⁷⁷⁷ Pour une description très précise de ce que doit comprendre l'actif d'une succession, voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 757, nos 177 à 240.

⁷⁷⁸ L'opération de liquidation nécessitera parfois l'établissement de deux actifs nets: l'établissement d'un actif préliminaire net et la modification de cet actif préliminaire en raison des options possibles quant au patrimoine familial et au régime matrimonial et en raison des dettes alimentaires. Une fois toutes ces options et droits exercés, l'actif net est alors connu. Voir pour la procédure à suivre, J. BEAULNE, *op. cit.*, note 757.

⁷⁷⁹ G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 774, p. 895.

Le Code ne crée pas d'obligation au rapport pour les dons et les legs⁷⁸⁰. Il modifie en cela le principe qui prévalait antérieurement en la matière afin de mieux préserver la volonté de la personne qui dispose ainsi de ses biens⁷⁸¹. Les règles des articles 867 à 878 incl. C.c.Q. ne concernent donc que les dons et les legs faits à charge expresse de rapport. Si une telle stipulation existe, seule la renonciation à la succession par le successible ou une force majeure⁷⁸² permet d'y échapper⁷⁸³. Lorsqu'il doit être fait, le rapport des dons et des legs prévu par les articles 867 et suiv. C.c.Q. s'opère, en principe⁷⁸⁴, en moins prenant⁷⁸⁵. Rien n'empêche cependant les indivisaires qui y sont tenus de l'exécuter en nature. Quoi qu'il en soit, le rapport en moins prenant relève de la conciliation des intérêts de chacun sur l'objet à partager⁷⁸⁶ alors que le rapport en nature augmente, lui, l'actif à partager.

Contrairement au régime prévu pour les dons et les legs, les dettes sont en principe rapportables⁷⁸⁷. Seule une stipulation de remise de dette par le défunt, pour prendre effet à l'ouverture de la succession, permet de l'éviter⁷⁸⁸. L'héritier venant au partage doit donc faire rapport à la masse de ses dettes envers le défunt et des sommes dues à ses copartageants en raison de l'indivision; qu'elles soient échues ou non, au moment du partage⁷⁸⁹. La compensation peut cependant alléger dans certains cas les obligations de l'héritier débiteur. Ce dernier demeure toutefois tenu des sommes qui excèdent sa part

⁷⁸⁰ C.c.Q., art. 867.

⁷⁸¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaires sous l'article 867, p. 509.

⁷⁸² C.c.Q., art. 876. Si une indemnité est versée, elle doit être rapportée.

⁷⁸³ C.c.Q., art. 868 al.1.

⁷⁸⁴ Pour des exceptions: voir C.c.Q., art. 870 al.2 et 877.

⁷⁸⁵ C.c.Q., art. 870 al. 1.

⁷⁸⁶ Voir *infra*, section 2.

⁷⁸⁷ C.c.Q., art. 879 et suiv.

⁷⁸⁸ C.c.Q., art. 879 al. 2.

⁷⁸⁹ C.c.Q., art. 879 al.1 et 2.

héréditaire⁷⁹⁰. Bien que mentionné avec l'établissement de l'actif, ce dernier rapport s'exécute plutôt lors de la conciliation des intérêts de chacun sur l'objet à partager car le rapport en nature est inconcevable⁷⁹¹. Il convient de mentionner, finalement, que le rapport des dettes est dans tous les cas opposable aux créanciers personnels de l'héritier tenu au rapport⁷⁹². S'il en était autrement, les cohéritiers pourraient ne jamais profiter de cette somme, ce qui briserait l'équilibre entre leurs intérêts respectifs.

b. Le passif

Peu importe l'origine de l'indivision, une fois l'actif établi, il faut régler le passif. Les dettes à payer proviennent généralement des mêmes sources (1.). Encore une fois, parce qu'il s'agit de transmettre un patrimoine à des héritiers, les indivisions successorales ont des règles spécifiques qui ne s'appliquent qu'à elles (2.).

1. les règles communes à toutes les indivisions

En raison des termes utilisés aux articles 829 C.c.Q. et 1019 C.c.Q., les indivisaires sont responsables conjointement du passif de l'indivision. Cet article reprend la règle de l'article 1519 C.c.Q. en l'adaptant à la situation particulière de la copropriété. La quote-part qui fait l'objet d'une publicité en présence d'une convention d'indivision⁷⁹³, constitue, quant à elle, la mesure de leurs obligations⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ C.c.Q., art. 880 et 881.

⁷⁹¹ C.c.Q., art. 882. G. BRIERE, *Traité de droit civil, «Les successions»*, op. cit., note 438, no 808, p. 927; J. BEAULNE, op. cit., note 757, no 673 (note 712).

⁷⁹² C.c.Q., art. 882 al. 2.

⁷⁹³ Les indivisaires peuvent, par convention d'indivision, modifier les proportions dans lesquelles ils seront tenus à ces charges. Ces stipulations, contrairement à celles émanant d'un testateur (art. 833), sont opposables aux créanciers si la convention d'indivision a été publiée (art. 1014 du C.c.Q.).

⁷⁹⁴ En matière successorale, les héritiers ne sont tenus que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent (C.c.Q., art. 625 et 823). Il s'agit d'un des effets de l'existence d'un patrimoine d'affectation.

Si par ailleurs une créance est issue de l'administration, les créanciers sont payés par prélèvement sur l'actif, avant le partage⁷⁹⁵. Les créanciers de l'indivision supplantent donc les créanciers personnels des copartageants quant aux biens indivis. Cette mesure qui permet de croire qu'il existe une division des patrimoines⁷⁹⁶ en matière de copropriété vise à faciliter l'obtention de crédits qui serviront au bien indivis⁷⁹⁷. La priorité de l'article 1035 al.1 C.c.Q. ne concerne toutefois que les créances prévues par la loi⁷⁹⁸, celles engagées à la suite d'une décision à la majorité ou à l'unanimité des indivisaires selon le cas⁷⁹⁹ et celles prévues dans une convention d'indivision. Les taxes municipales et scolaires, le paiement des primes d'assurances, les frais et honoraires relatifs à différents contrats de service, les créances résultant des contributions aux différents fonds, etc. en sont des exemples.

Au passif figurent parfois, également, les indemnités pour les impenses accomplies par un indivisaire. Bien qu'elles ne soient l'oeuvre que d'un seul indivisaire, les impenses profitent à tous, en vertu du principe de l'accession⁸⁰⁰. À ce titre, elles ont été comptabilisées dans le calcul de l'actif. Mais pour palier aux injustices, le Code prévoit un système d'indemnisation pour certaines d'entre elles. Ces indemnisations seront incluses dans le passif, mais pas nécessairement de façon automatique. En effet, selon l'article 1020 C.c.Q., à moins d'une stipulation restreignant le délai pour en demander le remboursement, les indivisaires sont toujours redevables du montant qui a été engagé à titre d'impenses nécessaires, que ces impenses existent encore ou non. Comme le remboursement est exigible dès la réalisation des impenses, leur montant ne se trouvera au passif que s'il n'a pas encore été versé. Pour les impenses autorisées, le Code ne

⁷⁹⁵ C.c.Q., art. 1035 al.1. Cet article joue aussi en matière successorale. L'article 642 mentionne en effet que les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire n'emportent pas, à eux seuls, acceptation de la succession. Il fallait donc prévoir leur remboursement sinon les indivisaires ne les accompliraient pas.

⁷⁹⁶ C.c.Q., art. 2 al. 2.

⁷⁹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaires sous l'article 1035, p. 609.

⁷⁹⁸ C.c.Q., art. 1019.

⁷⁹⁹ C.c.Q., art. 1026 al. 1 et 2.

⁸⁰⁰ C.c.Q., art. 1017.

prévoit que le remboursement de la plus-value. Cette plus-value s'estime au moment du partage. Leur montant ne figurera donc au passif que si elles existent encore au moment du partage. L'autorisation en matière d'impenses revêt en tout état de cause une grande importance. En effet, si des impenses non autorisées diminuent la valeur du bien indivis, seul l'indivisaire responsable subit la perte. Il doit alors verser une indemnité aux autres indivisaires qui figurera dans l'actif. Au contraire, si les impenses ont été autorisées, mais aux frais de son auteur et sans limitation de responsabilité de la part des autres indivisaires, l'ensemble de ces derniers subissent les pertes. Ces pertes figureront alors au passif.

2. Les règles particulières aux indivisions successorales

En plus des dettes ci-haut mentionnées, figurent au passif d'une succession les obligations et les dettes du défunt qui ne s'éteignent pas par son décès et celles qui résultent de la succession elle-même. Seront donc éventuellement comptabilisés au passif d'une succession, la dette alimentaire, la dette résultant du patrimoine familial, la dette résultant de la liquidation du régime matrimonial, les frais funéraires, la prestation compensatoire s'il y a lieu, les impôts et les taxes, les loyers dus par le défunt, les rentes viagères, les legs particuliers, les frais de liquidation etc.⁸⁰¹

L'obligation de payer ces dettes incombe à tous les héritiers en proportion de leur quote-part⁸⁰² telle que déterminée par les règles de dévolution légale ou par le testament⁸⁰³. Dans le but de protéger les indivisaires, le Code prévoit encore, à moins d'une indication contraire du testateur ou de la loi⁸⁰⁴ que les héritiers ne seront tenus des dettes

⁸⁰¹ C.c.Q., art. 776, 781, 808 et suiv. Pour une description de ce que doit comprendre le passif d'une succession et le déroulement de son paiement, voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 757, nos 240 à 261.

⁸⁰² C.c.Q., art. 851.

⁸⁰³ Le testateur peut changer les proportions de la contribution aux dettes mais ces modifications sont inopposables aux créanciers. C.c.Q., art. 833 al. 1 et 2.

⁸⁰⁴ Pour une exception, voir entre autres : C.c.Q., art. 834.

restées impayées par le liquidateur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent⁸⁰⁵.

SECTION 2- LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS DE CHACUN SUR L'OBJET À PARTAGER

Une fois l'objet soumis au partage délimité, il faut encore déterminer et quantifier les droits de chacun sur celui-ci (§1). Une fois cela fait, il faut ensuite morceler le bien (§2). Ces deux opérations servent à préparer le «terrain» pour la propriété exclusive qui s'exercera sur les biens à la suite du partage.

§1. DÉTERMINATION DES PROPORTIONS POUR LE PARTAGE

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le Code contient une présomption d'égalité des quotes-parts⁸⁰⁶. Cette présomption vaut pour déterminer les proportions de chacun lors d'un partage. Le Code prévoit en outre que les indivisaires doivent contribuer aux frais d'administration et autres charges communes en proportion de leurs quotes-parts⁸⁰⁷. Qui plus est, les articles 851, 1020 et 1035 C.c.Q. laissent entendre qu'en cas de partage, les indivisaires sont d'abord remboursés de leurs apports et de leurs contributions. Tout ceci fait en sorte qu'il peut arriver, en l'absence de convention d'indivision ou d'un autre document pouvant établir les quotes-parts, que le partage se réalise autrement qu'en proportions égales. L'arrêt *Droit de la famille-164*⁸⁰⁸, bien que rendu sous le *Code civil du Bas-Canada*, en est une illustration.

⁸⁰⁵ C.c.Q., art. 823. Il en va ainsi, également, lorsqu'il n'existe qu'un seul héritier. La présence d'un tel article confirme la thèse qui veut que le patrimoine successoral soit un patrimoine d'affectation mais avec titulaires.

⁸⁰⁶ Cette présomption est simple. Elle peut donc être renversée (C.c.Q., art. 2847).

⁸⁰⁷ C.c.Q., art. 1019.

⁸⁰⁸ [1988] R.D.F. 226 (C.A.); J.E. 84-841 (C.S.).

Les faits en l'espèce se présentent comme suit. Les parties en instance de séparation de corps sont mariées sous le régime de la séparation de biens selon les termes d'un contrat reçu le 4 octobre 1950. Au cours de leur mariage, elles sont devenues conjointement propriétaires, à la suite de plusieurs transactions, d'un immeuble situé à Sainte-Rosalie évalué, selon un expert, à \$225 000. La propriété de cet immeuble provient d'une série de transactions dont la première remonte à 1971. En juin 1971, une entreprise, dont le défendeur était le principal actionnaire, vend à la demanderesse pour un prix de \$19 000 un immeuble situé sur la rue Saint-Michel à Saint-Hyacinthe. La demanderesse, à cette époque n'a contribué à l'achat du bien que pour \$1 000, somme avancée par le défendeur. Le 2 juin 1975, le défendeur rachète de la demanderesse la moitié de cet immeuble pour une somme de \$12 500. Le même jour, les parties échangèrent la propriété de la rue Saint-Michel contre une maison et une terre situées à Sainte-Rosalie. À la suite de d'autres transactions, les conjoints acquièrent les autres parcelles qui vinrent s'ajouter à l'immeuble dont le partage est demandé⁸⁰⁹.

En première instance, la demanderesse demandait au tribunal de dissoudre la société ayant existé entre elle et son époux et de la déclarer propriétaire indivis de l'immeuble pour en ordonner par la suite le partage. En raison de son incapacité à faire la preuve des éléments nécessaires à la société, la Cour supérieure conclut qu'elle n'existait pas. L'indivision régnait donc entre les parties depuis le 2 juin 1975⁸¹⁰. Le jugement mentionne encore que les parties s'entendaient pour un partage égal du produit de la vente mais étaient en désaccord sur la question de l'endettement de la demanderesse vis-à-vis du défendeur quant à l'apport de chacun à l'acquisition, à l'amélioration et à l'entretien de l'immeuble⁸¹¹. La demanderesse prétendait que le seul partage possible devait se faire à parts égales sans tenir compte des contributions des parties lors de l'acquisition de l'immeuble, des améliorations qui y ont été apportées et de son entretien⁸¹². Le tribunal de première instance a décidé, au contraire, que les déboursés

⁸⁰⁹ J.E. 84-841 (C.S.), pp. 2 et 3.

⁸¹⁰ *Id.*, p.4.

⁸¹¹ *Id.*, p. 5.

⁸¹² *Id.*, p. 6.

effectués par les parties à compter de la naissance de l'indivision devaient être pris en compte au moment du partage⁸¹³ et que celui-ci devait être fait en proportion de leur investissement net⁸¹⁴.

En Cour d'appel⁸¹⁵, le juge conclut plutôt à la présence des éléments nécessaires à la formation d'une société⁸¹⁶. Il arrive cependant au même résultat qu'en Cour supérieure pour la détermination des proportions dans lesquelles le partage doit être réalisé. Selon la Cour d'appel, le partage doit s'opérer en proportion de l'investissement net de chacune des parties⁸¹⁷. Le juge de la Cour d'appel souligne également que s'il avait fallu conclure à une simple indivision entre les parties, il aurait été d'accord avec le résultat auquel est arrivé le premier juge⁸¹⁸. Il modifie néanmoins les montants utilisés par le juge de première instance pour ses calculs⁸¹⁹.

Dans son commentaire de la décision en Cour supérieure, Jean-Pierre Senécal tire l'enseignement suivant:

«Lorsque l'intention des parties est que l'excédent des apports et contributions des propriétaires du bien indivis soit partagé à parts égales, il faut donc le prévoir expressément. Sinon, la règle du partage en proportion des apports et contributions de chacun des copropriétaires prévaudra vraisemblablement.

Par ailleurs, si l'intention des partenaires est qu'à la fin de l'indivision il y ait partage moitié-moitié sans reprise préalable ou remboursement des

⁸¹³ *Id.*, p. 7.

⁸¹⁴ *Id.*, pp. 8 et 9.

⁸¹⁵ *Droit de la Famille-164*, [1988] R.D.F. 226 (C.A.).

⁸¹⁶ *Id.*, p. 228.

⁸¹⁷ *Id.*, p. 330.

⁸¹⁸ *Id.*, p. 228.

⁸¹⁹ *Id.*, p. 330.

apports et contributions de chacun, il faut également le prévoir expressément.»⁸²⁰

Dans son interprétation de l'arrêt de la Cour d'appel, cet auteur arrive cependant à un résultat différent parce que le juge conclut à la présence d'une société. Selon lui, si la valeur du bien est inférieure au total des apports et des contributions, les associés seront remboursés en proportion de ce qui a été fourni par chacun. Si, au contraire, la valeur des biens à partager est supérieure aux apports et aux contributions de chacune des parties, il y a partage du résidu entre les associés en proportion des parts viriles des biens de la société en vertu de l'article 1848 C.c.B.C.⁸²¹

En l'absence de convention claire sur les proportions et le déroulement du partage, les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* permettent de conclure que l'interprétation de la Cour d'appel serait retenue aujourd'hui, même en présence d'une indivision. Les articles 851, 1020 et 1035 C.c.Q. sont au même effet que la présomption de l'article 1848 C.c.B.C. qui a été invoquée dans l'arrêt *Droit de la famille-164*. Ainsi, s'il reste des biens après le paiement des apports et des contributions⁸²², les indivisaires se les partagent également en cas de silence des titres⁸²³. L'article 1015 al. 1 C.c.Q. qui prévoit cette présomption d'égalité des quotes-parts n'est cependant qu'une présomption simple⁸²⁴. Une convention d'indivision, l'acquisition d'un immeuble dans des proportions différentes ainsi qu'un comportement subséquent démontrant que les parties

⁸²⁰ J.-P. SENÉCAL, *La copropriété indivise entre conjoints*, (1989) 3 *C.P. du N.* 83, nos 79-80, p. 110. Le laconisme des termes utilisés par le juge de première instance a peut-être permis cette interprétation. Il convient toutefois de se demander si elle n'a pas été poussée trop loin. Comme il ne restait pas d'actif à partager, seuls les contributions et les apports ont fait l'objet de cette décision. Cette décision ne tranche pas clairement le débat s'il subsiste un actif.

⁸²¹ J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 820, nos 83 à 86, pp. 110 et 111.

⁸²² Lorsqu'il est impossible de déterminer les proportions dans lesquelles les indivisaires ont contribué au bien, ils sont censés y avoir contribué en proportion de leur quote-part (C.c.Q., art. 1019). La conservation des pièces justificatives prend ici une importance capitale.

⁸²³ *Société de gestion Claude Clément inc. c. Placements immobiliers Amiral inc.* 98 DCQI 164 [Carswell] (C.A.); *Rodier c. Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.).

⁸²⁴ C.c.Q., art. 2847 al. 2. Il existait déjà de la jurisprudence au même effet sous le *Code civil du Bas-Canada* : *Lalonde c. Lalonde*, [1991] R.D.I. 54 (C.S.).

ne contribuent pas de façon égale au bien peuvent la renverser⁸²⁵. En revanche, en cas d'insuffisance d'actif, les termes des articles 851, 1020 et 1035 C.c.Q. font en sorte que les indivisaires soient payés en proportion de leurs apports et de leurs contributions. Les dépenses d'administration et les dépenses d'intérêts communs passent donc avant le droit des indivisaires à une portion du bien lors du partage.

§2. LE PRÉMORCELLEMENT DU BIEN

Avant de procéder au partage comme tel, il faut encore décider de la façon dont seront divisés les biens indivis. Cette opération, souvent appelée composition des lots, est l'étape qui précède immédiatement la distribution des biens sur lesquels s'exercera désormais la propriété exclusive. Le partage, en effet, «consiste essentiellement à répartir les biens de façon juste et équitable pour chacun des héritiers, en tenant compte de leur situation respective et des causes de préférence.»⁸²⁶ Ce commentaire, formulé à l'occasion de la présentation des modalités du partage des indivisions successorales, ne s'applique toutefois qu'imparfaitement aux autres indivisions. Dans ces indivisions, la situation respective des indivisaires n'est que partiellement considérée et il n'existe pas de causes de préférence prévue par la loi. La composition des lots est aussi, dans ces cas, souvent inexistante puisqu'il ne s'agit pas, la plupart du temps, de partager une universalité de biens. En ces matières, les règles du partage successoral doivent donc être suivies, mais en y apportant les adaptations nécessaires comme le prévoit l'article 1037 al.2 C.c.Q. (A). Le mécanisme de l'attribution préférentielle est par ailleurs une institution propre aux indivisions successorales. Dans les autres indivisions, il n'existe pas, à moins qu'il émane de la convention des parties (B).

⁸²⁵ Voir par exemple, *Droit de la famille-1330*, [1991] R.D.I. 301 (C.A.); *Rodier c. Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.).

⁸²⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, Les Publications du Québec, Québec, 1993, p. 500.

A. Le processus suivi

La composition des lots consiste à diviser l'objet du droit. Cette étape ne met pas fin à l'indivision, elle ne constitue qu'une opération préalable au partage. Elle se réalise par les indivisaires à l'amiable ou par un expert désigné par le tribunal⁸²⁷.

Le travail de composition des lots prend des proportions différentes selon l'objet à partager. Cette étape est en effet normalement réservée au partage d'universalités de biens, comme un patrimoine, ou un ensemble de biens semblables. Ceci n'empêche toutefois pas qu'un bien unique puisse en être l'objet⁸²⁸. Il est possible, par exemple, de diviser un immeuble, à première vue indivisible, en établissant de la copropriété dite *divise*⁸²⁹.

En présence de quotes-parts égales, le morcellement préalable de l'objet du droit aboutit à autant de lots que de copartageants⁸³⁰. Par exemple, en présence de six indivisaires possédant des quotes-parts égales, il sera établi six lots. En revanche, en cas d'inégalité, il sera établi autant de lots qu'il est nécessaire pour procéder au tirage au sort de façon à ce que chacun des indivisaires reçoive des biens en proportion de sa quote-part⁸³¹. Si par exemple l'un des six indivisaires mentionnés plus haut détient une quote-part correspondant aux deux tiers de l'objet, il sera formé quinze lots. Cet indivisaire en recevra dix alors que les autres en recevront chacun un. Lorsque la composition des lots revêt un tel degré de complexité, la vente des biens est souvent préférable, en particulier lorsque l'objet ne se morcelle que difficilement.

L'égalité entre les lots s'opère, en principe, en nature. De plus, chaque lot doit, autant que possible, être composé de meubles ou d'immeubles, et de droits ou de créances de

⁸²⁷ C.c.Q., art. 853.

⁸²⁸ Un lot est l'«Ensemble des biens attribués en partage à un copartageant, constituant sa part (au sens concret) après division de la masse ou du bien indivis.» G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o lot.

⁸²⁹ C.c.Q., art. 1031.

⁸³⁰ C.c.Q., art. 850 al. 1.

⁸³¹ C.c.Q., art. 850 al. 2.

valeur équivalente⁸³². La présence d'immeubles et/ou d'entreprises dans une succession peut toutefois compromettre ce principe. C'est pourquoi, l'article 852 al. 1 C.c.Q. prévoit que dans la composition des lots, «*on évite de morceler les immeubles et de diviser les entreprises*». Cet article vise également à maintenir la valeur et la rentabilité de ces biens en évitant de porter atteinte à leur unité. L'article 852 al.3 C.c.Q. prévoit encore que l'inégalité en valeur des lots se compense par une soulte. Ce dernier alinéa laisse faussement croire que le Code renverse la règle antérieure de l'égalité en nature pour ne conserver que celle de l'égalité en valeur mais il ne s'agit, en réalité, que d'une atténuation de principe⁸³³. Le Code reconduit en effet le principe de l'égalité en nature dans la composition des lots mais reconnaît qu'il ne peut valoir, et n'est pas souhaitable, dans tous les cas, comme celui des immeubles et des entreprises.

Le travail d'établissement des lots nécessite, par ailleurs, la prise en considération de plusieurs facteurs dont certains présentent un caractère obligatoire alors que d'autres ne sont que facultatifs. L'ensemble de ceux-ci vise à préserver la situation particulière d'un indivisaire et prendre en compte les causes de préférence⁸³⁴. Dans la composition des lots, l'article 851 al.1 du C.c.Q. prévoit la prise en compte obligatoire:

«(...) des dispositions testamentaires, notamment celles mettant à la charge de certains héritiers le paiement de dettes ou de legs, ainsi que des recours qu'ont entre eux les héritiers pour ce qu'ils ont payé en excédent de leur part; il doit aussi être tenu compte des droits du conjoint survivant, des demandes d'attribution par voie de préférence, des oppositions et, le cas échéant, des provisions de fonds pour exécuter les jugements éventuels.»⁸³⁵

⁸³² C.c.Q., art. 852 al.2. Cette disposition s'appliquera le plus souvent au cas où un patrimoine est partagé.

⁸³³ Dans le même sens, G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 842, pp. 964-966.

⁸³⁴ Le partage d'une indivision non successorale ne vise pas à transmettre un patrimoine à des héritiers et, à cette fin, maintenir l'équilibre des intérêts des indivisaires qui aurait pu être rompu pendant la période d'indivision. Pour cette raison, il n'y a pas, en principe, de cause de préférence ou d'attribution préférentielle en la matière à moins d'une stipulation expresse des indivisaires en ce sens. La codétention d'un bien suppose une certaine «égalité» entre les indivisaires qui sont entrés, le plus souvent, volontairement en indivision.

⁸³⁵ L'adaptation de l'article 851 C.c.Q. aux autres indivisions comme le prévoit l'article 1037 al.2 signifie

L'article 851 al.2 du C.c.Q. rend facultative, pour sa part, la prise en considération des incidences fiscales de l'attribution, des intentions manifestées par certains héritiers de prendre en charge certaines dettes ou encore, la commodité du mode d'attribution.

B. Les attributions préférentielles

Le système de l'attribution par voie de préférence concerne généralement les successions. Ce privilège appartient, en principe, à tous les héritiers et peut viser n'importe quel bien⁸³⁶. Le Code établit toutefois une hiérarchie entre les personnes susceptibles de s'en prévaloir pour la résidence familiale et les meubles du ménage ainsi que l'entreprise à caractère familial. La possibilité d'une demande d'attribution préférentielle y est par ailleurs souvent l'aboutissement d'un sursis au partage visant à rassembler les montants nécessaires au paiement d'une soulte⁸³⁷. Ce dernier mécanisme et l'attribution préférentielle servent à protéger leurs droits à l'égard de ces biens qui présentent pour eux une signification particulière.

Une demande d'attribution préférentielle influence le travail de composition des lots. La personne qui opère le morcellement préalable ne peut ignorer les demandes en ce sens⁸³⁸. En cas de conflits, le conjoint peut, de préférence à tout autre héritier, exiger l'attribution de la résidence familiale ou les droits qui lui en confère l'usage et les meubles qui servent à l'usage du ménage⁸³⁹. L'attribution est, dans ce cas, de droit⁸⁴⁰.

que, pour la composition des lots des indivisions autres que successorales, il doit être tenu compte des conventions entre les parties, des dettes à payer qui sont assumées par un indivisaire, des recours que les indivisaires ont entre eux pour ce qu'ils ont payé en excédent de leur quote-part et des provisions pour exécuter les jugements éventuels.

⁸³⁶ C'est ce qui ressort des termes de l'article 859 C.c.Q. et des Commentaires du Ministre sous cet article. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, Commentaires sous l'article 859, p.505.

⁸³⁷ C.c.Q., art. 839, 840 et 856 al. 2.

⁸³⁸ C.c.Q., art. 851 al.1.

⁸³⁹ C.c.Q., art. 856.

⁸⁴⁰ Comme cette règle vise à maintenir le caractère familial de ces biens et de protéger certains héritiers, (voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10,

Sous cette réserve, l'héritier qui résidait dans l'immeuble qui servait de résidence au défunt peut, lui aussi, avoir la préférence sur les autres lors d'une demande d'attribution préférentielle visant la résidence⁸⁴¹.

De même, l'héritier qui participait activement à l'exploitation d'une entreprise au temps du décès, peut, malgré l'opposition ou la demande d'attribution par voie de préférence d'un autre copartageant, se voir attribuer par préférence, cette entreprise ou les parts sociales, actions ou autres valeurs mobilières liées à celle-ci⁸⁴². Pour pouvoir bénéficier de l'attribution préférentielle, l'héritier doit cependant participer activement à l'exploitation de l'entreprise⁸⁴³. En raison du libellé de cet article une détention de parts même majoritaire ne serait pas suffisante. Il convient de mentionner par ailleurs que l'article 858 C.c.Q., vu son caractère général, vise autant les entreprises commerciales que professionnelles ou industrielles⁸⁴⁴.

Autrement, si plusieurs héritiers sollicitent une attribution par voie de préférence ou qu'il existe un différend sur une demande d'attribution, le sort tranchera la question. Le tribunal n'interviendra que s'il s'agit de la résidence familiale, de l'entreprise ou des valeurs mobilières liées à celle-ci. Il tiendra compte alors des intérêts en présence, des motifs de préférence ou du degré de participation de chacun à l'exploitation de l'entreprise ou à l'entretien de la résidence⁸⁴⁵. Le tribunal tranchera également lorsque la contestation portera sur la détermination ou le paiement d'une soulte. Il pourra, au besoin, fixer les modalités de garantie et de paiement appropriées aux circonstances, désigner des experts pour l'évaluation des biens, ordonner la vente des biens qui ne

Commentaires sous l'article 856, p. 504), il serait difficile de l'invoquer en dehors du cas d'une succession.

⁸⁴¹ C.c.Q., art. 857.

⁸⁴² C.c.Q., art. 858.

⁸⁴³ Pour de plus amples discussions, voir *supra*, partie I, titre II, chapitre I, section 2.

⁸⁴⁴ C.c.Q., art. 1525 al.3.

⁸⁴⁵ C.c.Q., art. 859.

peuvent être commodément partagés ou attribués et même ordonner un sursis au partage⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ C.c.Q., art. 860 et 863.

CHAPITRE 2- LE PARTAGE EN SOI

Le partage *in se* consiste à distribuer les biens préalablement morcelés ou divisés en fonction des intérêts de chacun tels que préétablis. Ce faisant, le partage circonscrit l'objet de la propriété soumise à une exclusivité d'exercice. Ce dernier chapitre vise à présenter succinctement le partage sous un angle technique. La première section traitera de la réalisation du partage alors que la seconde analysera brièvement les incidents consécutifs au partage.

SECTION 1- LA RÉALISATION DU PARTAGE

La réalisation technique du partage peut s'opérer de différentes manières (§1). Quelle que soit la façon dont le partage surviendra, l'acte le constatant doit être analysé quant à son contenu (§2).

§1. LES DIFFÉRENTS MODES DE PARTAGE

Le partage peut être opéré de plusieurs façons (A). Selon l'angle sous lequel l'étude de la réalisation du partage s'opère, la classification des différentes formes qu'il peut présenter diffère. Il existe en effet plusieurs critères susceptibles d'influencer le choix d'un mode de partage. Certains d'entre eux peuvent même se cumuler. La conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise en est un exemple (B).

A. Les critères influençant le choix du mode de partage

Les critères justifiant le choix d'une forme de partage sont nombreux et diversifiés. Dans la perspective ici de l'étude du partage qui circonscrit l'objet sur lequel s'exercera la propriété soumise à l'exclusivité, le critère de la nature du bien se démarque des autres (b).

a. La nature de l'objet

La nature de l'objet indivis dicte souvent la forme du partage. En effet, en présence d'un bien facilement divisible, les indivisaires opteront généralement pour un partage en nature (1). Dans les autres cas, ils opteront pour la vente ou le partage avec soulte (2).

1. le partage en nature

Le partage en nature fractionne l'objet du droit en proportion des intérêts des indivisaires dans le titre. Cette division ou ce morcellement caractérise d'ailleurs le partage⁸⁴⁷. Le Code, lui-même, adopte cette interprétation⁸⁴⁸. Pour le législateur, le partage en nature représente la voie habituelle pour mettre un terme à l'indivision car il permet aux copartageants de conserver une portion du bien. En maints endroits, il laisse entendre que le partage implique ce fractionnement de l'objet autrefois indivis. Les opérations de composition des lots et les attributions préférentielles en sont des exemples⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ Voir *supra*, partie 1, chapitre 2, section 2, para 1A. *Fiset c. Fiset*, (1916) 50 C.S. 114; F. LAURENT, *op. cit.*, note 158, p. 241; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 117, p. 186; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 161, 246. Certains auteurs le laissent sous-entendre seulement: H. DE PAGE et R. DEKKERS, t. 5, *op. cit.*, note 21, no 1143, p. 999; G. QUÉREL, *op. cit.*, note 588, p. 8; G. CORNU, *op. cit.*, note 4, v^o partage; M. PLANIOL, «La cession de droits de droits successifs peut-elle produire l'effet déclaratif du partage?», *loc. cit.*, note 627, 588-590.

⁸⁴⁸ *Journal des débats*, SC-I, 26 juin 1985, p. 632. G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 828, p. 947.

⁸⁴⁹ C.c.Q., art. 849 et suiv.

2. les alternatives au partage en nature

Bien qu'il représente la voie habituelle pour mettre un terme à l'indivision selon le Code, le partage en nature n'est pas toujours possible. L'objet indivis doit en effet pouvoir être morcelé de façon à désintéresser tous les indivisaires. Or, il est souvent difficile de diviser le bien de façon à ce que chacun reçoive une portion du bien correspondant à sa quote-part. Il peut arriver, même souvent, qu'un indivisaire reçoive une part de l'objet supérieure à celle à laquelle il avait droit en vertu des intérêts qu'il détenait. Cette attribution d'une part plus grande ne signifie pas nécessairement que les autres indivisaires renoncent à recevoir la mesure de leur quote-part⁸⁵⁰. Comme les autres biens ou le reste du bien ne suffit plus ici à désintéresser les autres indivisaires, il faut rétablir l'équilibre entre les intérêts de chacun. C'est le rôle de la soulte. La soulte sert à compenser les inégalités entre ce à quoi les indivisaires pouvaient prétendre en vertu de leurs intérêts dans le titre et ce qu'ils reçoivent suite au partage en nature. L'article 856 C.c.Q., illustre ce phénomène:

«Le conjoint survivant peut, par préférence à tout autre héritier, exiger que l'on place dans son lot la résidence familiale ou les droits qui lui en confèrent l'usage et les meubles qui servent à l'usage du ménage.

Si la valeur des biens excède la part due au conjoint, celui-ci les conserve à charge de soulte.»

Le partage avec soulte reste un partage en nature mais le principe en est altéré quelque peu. Un montant ou un bien d'échange vient s'ajouter aux biens indivis pour l'opération de partage.

Enfin, si le bien ne se divise pas ou se morcelle difficilement, ou encore, s'ils en décident ainsi, les indivisaires peuvent vendre tout le bien. Pour valoir partage cependant, cette vente doit avoir lieu en faveur d'un indivisaire⁸⁵¹. L'article 885 C.c.Q. qui prévoit cette façon de mettre un terme à l'indivision contient un élément de fiction. La vente «vaut partage». La nature de l'acte, la vente, n'est pas pour autant

⁸⁵⁰ M. DAGOT, *op. cit.*, note 25, no 144, p. 77.

⁸⁵¹ C.c.Q., art. 885.

transformée. Si la vente met un terme à l'indivision, l'article 885 C.c.Q. lui accorde plutôt les effets d'un partage⁸⁵², effets qui diffèrent, il convient de le rappeler, selon l'origine de l'indivision.

b. Les autres critères

En plus de la nature de l'objet soumis au partage, d'autres critères peuvent influencer le choix d'un mode de partage. Ces critères sont la portée que les indivisaires ou la force des choses lui impose (1) ou encore sur le degré d'entente entre les copartageants au moment de sa réalisation (2).

1. la portée du partage

Selon la volonté des indivisaires ou selon les circonstances, le partage peut être total ou partiel (i) ou encore définitif ou provisionnel (ii).

i. le partage total ou partiel

Le partage total met un terme à l'indivision de l'ensemble des biens. Il doit être l'oeuvre de tous les indivisaires⁸⁵³ car il porte atteinte à leur droit puisqu'il vise la totalité de son objet.

Le partage partiel met fin, quant à lui, à l'indivision d'une partie seulement des biens. Parce que les biens sont appelés à être morcelés, l'accord de tous est, ici aussi, requis. Le partage partiel est mentionné, notamment, aux articles 849 et 884 al.2 C.c.Q. Il peut résulter de la volonté des indivisaires ou encore des circonstances. C'est ce qui ressort des termes de l'article 849 C.c.Q.:

«Le partage peut comprendre tous les biens indivis ou une partie seulement de ces biens.»

⁸⁵² Dans le même sens André COSSETTE, «Le privilège du copartageant», [1961] 64 R. du N. 133, 143.

⁸⁵³ L'article 1026 al.2 C.c.Q. prévoit d'ailleurs expressément cet accord de tous. Dans le même sens : *Maher c. Archambault*, (1917-1918) 56 R.C.S. 488; *Bilodeau c. Bilodeau*, [1964] R.P. 201 (C.S.); A. GALLET, *op. cit.*, note 587, pp. 35 et 36; G. QUÉREL, *op. cit.*, note 588, p. 74.

Le partage d'un immeuble est réputé effectué, même s'il laisse subsister des parties communes impartageables ou destinées à rester dans l'indivision.»

Ceci étant, qu'il soit total ou qu'il soit partiel, dès qu'un acte est qualifié de partage, des effets lui sont rattachés car il délimite l'objet d'une propriété qui sera exclusive. Ainsi, le partage, même partiel, produit un effet déclaratif en matière successorale⁸⁵⁴ alors qu'il produit un effet attributif en matière non successorale.

ii. le partage définitif ou provisionnel

Le partage définitif ne s'utilise qu'en matière de copropriété car il fractionne l'objet du droit pour permettre l'exclusivité d'exercice de la propriété. Comme ce fractionnement est impossible si un droit autre que la propriété est exercé, seul le partage provisionnel y est permis. L'article 847 C.c.Q. pose d'ailleurs le principe du partage provisionnel en matière de démembrements de la propriété:

«Celui qui n'a droit qu'à la jouissance d'une part des biens indivis ne peut participer qu'à un partage provisionnel.»⁸⁵⁵

Bien que le partage définitif soit ouvert aux copropriétaires, rien ne les empêche de ne procéder qu'à un partage provisionnel. Le partage provisionnel intervient le plus souvent en début d'indivision et n'accorde ou ne retire aucun des attributs du droit de propriété. Il aménage seulement leur exercice⁸⁵⁶. Cette forme de partage ne met donc pas un terme à l'indivision⁸⁵⁷. Chacun des indivisaires conserve, par conséquent, le

⁸⁵⁴ C.c.Q., art. 884 al.2.

⁸⁵⁵ C.c.Q., art. 847.

⁸⁵⁶ Le partage provisionnel évite, pour les fruits et les revenus par exemple, les opérations de comptes et les restitutions au moment du partage définitif. *Grey c. Quebec Bank*, (1879) C. Rev. 92; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 161, p. 244.

⁸⁵⁷ ANONYME, «De l'état d'indivision - droit de sortir de l'indivision - convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», *loc. cit.*, note 216, 205; F. DELHAY, *op. cit.*, note 36, no 160, p. 242.

droit de provoquer le partage définitif⁸⁵⁸ à moins que ce dernier ait été en même temps reporté.

Ainsi, qu'il soit imposé par le droit exercé ou librement convenu, le partage provisionnel ne fractionne le bien que sur le plan de sa jouissance. Comme les prérogatives reliées à la jouissance n'impliquent pas une remise en question de l'équilibre entre les intérêts des indivisaires et comme ses résultats sont appelés à disparaître, le partage provisionnel ne produit pas les effets d'un partage définitif⁸⁵⁹.

2. la présence ou non d'un accord de volonté

Lorsque les copartageants s'entendent, le partage se déroule à l'amiable. Dans le cas contraire, l'article 838 al.2 C.c.Q. renvoie à l'article 854 al.1 C.c.Q. qui prévoit que:

«À défaut d'accord entre les indivisaires quant à la composition des lots, ceux-ci sont faits par un expert désigné par le tribunal; si le désaccord porte sur leur attribution, les lots sont tirés au sort.»

Il convient de mentionner que le Code étend le domaine d'application du partage amiable en le permettant même en présence de mineurs ou de majeurs protégés. Le partage volontaire en justice a donc disparu⁸⁶⁰. Ainsi, selon le Code, il n'existe plus que deux façons de procéder au partage: soit le partage amiable et le partage en justice. Ce dernier n'intervient qu'en cas de désaccord entre les indivisaires⁸⁶¹. Lorsqu'il est utilisé, il ne remplace, en somme, que leur volonté.

⁸⁵⁸ P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 490; AUBRY et RAU, t.10, *op. cit.*, note 593, no 623, p. 159; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.3, 10e éd., par L.J. de la Morandière, Paris, Dalloz, 1950, no 1148, p. 591.

⁸⁵⁹ Dans le même sens: G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 259, no 771, p. 891; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, note 858, no 1148, p. 591. C'est pourquoi, à la différence du partage définitif, le partage provisionnel n'exige pas de certificats fiscaux. J. BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 757, no 659, p. 168.

⁸⁶⁰ *Journal des débats*, S.C.-I, 21 juin 1985, p. 612.

⁸⁶¹ C.c.Q., art. 838, 854.

Sur un plan technique, la demande de partage en justice est introduite par un bref d'assignation⁸⁶². Elle est portée devant le tribunal où se trouve en tout ou en partie le bien⁸⁶³. S'il accueille la demande, le tribunal ordonne soit le partage en nature, si les biens peuvent être commodément partagés ou attribués, soit la vente selon les dispositions relatives à la vente du bien d'autrui⁸⁶⁴ insérées dans le *Code de procédure civile*. Le tribunal peut aussi, si cela est nécessaire ou utile, désigner un praticien pour achever la liquidation de la succession ou faire une proposition⁸⁶⁵.

Le jugement qui ordonne un partage en nature nomme un praticien pour procéder à la composition des lots et faire rapport. Pour la composition des lots, la personne nommée suit les règles prévues aux articles 849 et suiv. C.c.Q. Comme elle doit aussi produire un rapport, elle tient compte également des règles prévues aux articles 414 à 425 du *Code de procédure civile*. Ces articles disposent notamment que le rapport fait état de ses opérations et de ses conclusions. Ils prévoient également que la personne nommée doit y joindre la preuve de son assermentation ainsi que les documents et témoignages qu'elle a recueillis⁸⁶⁶.

Une fois le rapport complété, le praticien, doit demander l'homologation de son document. Cette demande peut être contestée par tout intéressé⁸⁶⁷. Lorsque le tribunal homologue le rapport, il ordonne aussi au greffier ou à toute autre personne qu'il

⁸⁶² Seules les demandes en partage et celles en nullité de partage sont introduites par bref d'assignation. Les autres demandes relatives au partage d'une succession ou d'un autre bien indivis ainsi que celles relatives à l'administration d'un bien indivis sont introduites par requête. (C.p.c. 809 al. 1). *Doyon c. 2866-0884 Québec inc.*, [1996] R.D.I. 243 (C.S.).

⁸⁶³ C.p.c., art. 809 al.2.

⁸⁶⁴ C.p.c., art. 810 al.1.

⁸⁶⁵ C.p.c., art. 810 al. 2.

⁸⁶⁶ C.p.c., art. 421.

⁸⁶⁷ C.p.c., art. 811 al. 1.

désigne de procéder au tirage des lots⁸⁶⁸. Cette opération est finalement consignée dans un procès-verbal qui est produit au dossier⁸⁶⁹.

Si un partage en nature est impossible, le tribunal ordonne la vente des biens⁸⁷⁰. Pour valoir partage, un indivisaire doit se porter acquéreur⁸⁷¹. Cette vente obéit aux prescriptions du *Code de procédure civile* relatives à la vente du bien d'autrui⁸⁷². En vertu de ces dispositions, la vente se déroule, soit de gré à gré, soit par appel d'offres ou encore aux enchères. Le terme «licitation» est disparu du vocabulaire employé.

La vente de gré à gré s'opère selon les conditions et les modalités fixées dans le jugement⁸⁷³. La vente par appel d'offres obéit, quant à elle, aux prescriptions du jugement qui indiquent si elle se fait par la voie des journaux ou sur invitations. L'appel d'offres doit contenir les renseignements suffisants permettant à toute personne intéressée de présenter, en temps et lieu, une soumission. Celui qui procède à la vente doit accepter la soumission la moins élevée, à moins que des conditions dont elle est assortie ne la rendent moins avantageuse ou que le prix offert soit inférieur à celui de la mise à prix⁸⁷⁴. La dernière, la vente aux enchères, ne peut avoir lieu qu'après la publication d'un avis mentionnant les charges et les conditions de vente déterminées par le jugement. Elle obéit, à moins d'une décision du juge ou du greffier à l'effet contraire, aux articles 1757 à 1766 C.c.Q.⁸⁷⁵

Il convient de mentionner en terminant que lorsqu'il autorise la vente, le juge ou le greffier en détermine le mode, en précise les conditions et fixe, s'il le juge opportun, la

⁸⁶⁸ C.p.c., art. 811 al. 2.

⁸⁶⁹ C.p.c., art. 811 al. 3.

⁸⁷⁰ *Droit de la famille-2491*, [1996] R.D.F. 632 (C.S.).

⁸⁷¹ C.c.Q., art. 885.

⁸⁷² C.p.c., art. 897 et suiv.

⁸⁷³ C.p.c., art. 901.

⁸⁷⁴ C.p.c., art. 899 al. 1 et 2.

⁸⁷⁵ C.p.c., art. 900.

mise à prix⁸⁷⁶. Il désigne aussi la personne qui y procédera et prescrit les modalités de sa rémunération⁸⁷⁷.

B. La conversion en copropriété divise

La conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise représente un exemple du cumul de plusieurs modes de partage. Il s'agit en l'espèce d'un partage partiel et définitif, en nature, qui se déroule de façon amiable. En d'autres mots, la conversion d'une copropriété dite par indivision en copropriété dite divise, à l'instar de tout partage, circonscrit l'objet d'une propriété soumise à une exclusivité d'exercice. La conversion emporte donc partage (a). Contrairement aux partages habituels cependant, la conversion nécessite l'accomplissement de certaines formalités, formalités qui font en sorte que des tiers s'immiscent dans le processus de partage (b).

a. Le partage opéré par voie de conversion

Hormis l'article 1031 C.c.Q., rares sont les articles qui mentionnent la conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise. L'article 849 al.2 C.c.Q., qui s'applique à tous les cas d'indivision⁸⁷⁸, en représente une exception notable:

«Le partage d'un immeuble est réputé effectué, même s'il laisse subsister des parties communes impartageables ou destinées à rester dans l'indivision.»

Ce texte décrit en quoi consiste la conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise. La conversion, d'une part, opère partage en ce qu'elle conduit à la propriété exclusive (1), et d'autre part, elle maintient l'indivision quant à certains biens ou certaines parties de biens (2).

⁸⁷⁶ La mise à prix s'effectue ordinairement à la valeur marchande du bien ou de son évaluation. Elle peut cependant être réduite si les circonstances ou la situation du marché le justifient. S'il s'agit de valeurs mobilières non cotées et négociées à une bourse reconnue, la mise à prix doit correspondre à l'évaluation faite par un expert-comptable indépendant (C.p.c., art. 903).

⁸⁷⁷ C.p.c., art. 902.

⁸⁷⁸ C.c.Q., art. 1037 al.2.

1. les parties privatives résultant du partage

Le propriétaire d'une partie privative résultant d'une conversion en copropriété divise, détenait déjà en commun, avant le processus de conversion, la propriété de cette partie de l'immeuble. Le partage confèrera l'exclusivité d'exercice à son droit⁸⁷⁹. Cette opération s'insère dans le cadre de la déclaration de copropriété. Une fois faites les stipulations d'usage relatives à la copropriété divise, les indivisaires, qui comparaissent tous, procèdent ensuite à un partage partiel en nature duquel résultent les parties privatives. À l'égard de ces parties privatives, l'acte met un terme à la copropriété pour ne laisser subsister que des propriétés individuelles et exclusives.

La propriété reconnue en l'espèce possède tous les attributs et tous les caractères qui lui sont généralement reconnus. Ainsi, ce n'est pas en tant que titulaire d'une partie privative qu'une personne habitant un immeuble détenu en copropriété divise reçoit le statut de copropriétaire. Le statut de copropriétaire suppose la cotitularité d'un même droit sur un même objet non morcelé⁸⁸⁰. Or, les parties privatives ne correspondent pas à cette définition. Ce n'est pas davantage en tant que titulaire d'une fraction qu'un copropriétaire mérite son statut de copropriétaire. En effet, cette dernière n'est pas un objet de droit. La notion de fraction traduit seulement l'étroite association entre les parties privatives et les parties communes en ce qui concerne le copropriétaire⁸⁸¹.

2. les parties communes laissées dans l'indivision

Les parties de l'immeuble non soumises au partage dans la déclaration de copropriété restent en indivision et prennent la dénomination de «parties communes». L'article 1043 C.c.Q.⁸⁸² mentionne que ces dernières sont la propriété de tous les copropriétaires. La propriété exercée concurremment par les indivisaires n'a jamais cessé à leur

⁸⁷⁹ Raymond GRENIER, Denis LACROIX, «Alternatives à la copropriété par déclaration», (1983) 86 *R. du N.* 132, 154-155.

⁸⁸⁰ C.c.Q., art. 1010 al.1 et 2.

⁸⁸¹ Voir *supra*, chapitre préliminaire, section 2, para. 2B.

⁸⁸² La première phrase de l'article 1046 C.c.Q. reprend cette idée.

égard⁸⁸³. La conversion ne modifie donc pas l'état de ces parties du bien. Le partage partiel en nature ne les concerne donc pas sur le plan de la structure et de la modalité d'exercice du droit.

La conversion met en place ou reconnaît, en revanche, l'affectation à un but durable des parties communes. Partant, le droit d'en demander le partage disparaît⁸⁸⁴. Les indivisaires perdent cette prérogative parce que les parties communes sont affectées, de façon durable, à l'utilisation des parties privatives. Cette affectation à un but durable est la base de l'organisation de la modalité de la propriété en l'espèce. C'est pourquoi le Code interdit de les dissocier:

«Chaque fraction constitue une entité distincte et peut faire l'objet d'une aliénation totale ou partielle; elle comprend, dans chaque cas, la quote-part des parties communes afférente à la fraction, ainsi que le droit d'usage des parties communes à usage restreint le cas échéant.»⁸⁸⁵

Ce texte ne donne pas pour autant un nouvel objet de droit aux indivisaires mais affirme plutôt l'unité des composantes de la fraction en raison de l'affectation à un but durable des parties communes aux parties privatives⁸⁸⁶. La situation en l'espèce, sur le plan du

⁸⁸³ La stipulation d'usage restreint ne remet pas en question cette copropriété des parties communes. Il s'agit en l'espèce d'un accord entre les indivisaires portant sur l'exercice des prérogatives du droit de propriété. Cette entente ne vise que l'exercice du droit, elle n'y porte pas atteinte. Elle s'apparente, en cela, aux conventions d'usage et de jouissance exclusive de l'article 1016 al.2 C.c.Q. En cas de silence de la déclaration de copropriété, les parties communes à usage restreint ne disparaissent pas en cas de mutation. Ces parties de l'immeuble, comme les autres parties communes, sont affectées à un but durable: soit la propriété des parties privatives. L'article 1047 C.c.Q. les mentionne d'ailleurs expressément. Elles suivent donc le sort des parties privatives. Dans certaines circonstances, néanmoins, la durée du privilège conféré dépendra de la volonté des parties. Une déclaration de copropriété peut en effet prévoir que l'usage restreint ne bénéficie qu'au propriétaire actuel de la partie privative. Dans ce cas, cet usage restreint disparaîtra lors de vente de la partie privative. Voir sur cette question: S. ALLARD, *La copropriété divisée*, dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit/ nouvelle série Biens - doctrine*, document 2, nos 71-75, pp. 22 et 23; C. GAGNON, «La détermination du caractère commun ou exclusif de certaines parties d'un immeuble en copropriété divisée», *op. cit.*, note 240, p. 177. Ces auteurs suggèrent de prévoir clairement dans la déclaration de copropriété la nature du droit conféré afin d'éviter les ambiguïtés.

⁸⁸⁴ C.c.Q., art. 1030.

⁸⁸⁵ C.c.Q., art. 1047. L'article 1048 C.c.Q. confirme encore cette opinion.

⁸⁸⁶ Voir *supra*, première partie, titre II, chapitre 1, section 2, para. 2B.

droit, ne diffère pas de celle où un aqueduc indivis traverse plusieurs terrains appartenant à des propriétaires différents. Le droit de chacun de ces propriétaires s'exerce de façon individuelle sur ceux-ci. En revanche, il existe une copropriété forcée sur l'aqueduc qui les empêche de demander le partage de l'aqueduc pour respecter les limites de leur propriété individuelle. En raison de cette affectation, la vente d'un terrain entraînera nécessairement celle des intérêts dans aqueduc⁸⁸⁷. Personne n'oserait affirmer cependant que l'ensemble (terrain et aqueduc) devient un nouvel objet de droit. La situation n'est pas différente pour les parties communes en matière de copropriété divise. Cette modalité n'entraîne pas une nouvelle modalité de la propriété quant aux parties communes. Ces dernières sont en indivision forcée entre les copropriétaires en raison de l'affectation et c'est tout.

b. Les formalités préalables à la conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise

Contrairement aux partages habituels, les formalités entourant le partage qu'entraîne une conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise sont nombreuses. La conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise doit, en premier lieu, respecter les règles du chapitre sur la copropriété par indivision (1). Elle doit aussi respecter les formalités dictées par des organismes publics (2).

1. les formalités découlant de la copropriété

Les articles 1012 et suiv. C.c.Q. démontrent que le Code ne considère plus la «copropriété par indivision» comme un état éphémère et non viable. Pourtant, malgré les facilités qu'il instaure lors du maintien de l'indivision par convention, le Code, par l'article 1031 C.c.Q., préfère encore la copropriété divise dans certains cas:

«Malgré toute convention contraire, les trois quarts des indivisaires, représentant 90 p. 100 des parts, peuvent mettre fin à la copropriété

⁸⁸⁷ Michon c. Bousquet, 19 R.L. 514 (B.R.); Jobin c. Brassard, (1934) 40 R. de J. 451 (C.S.)

indivise d'un immeuble principalement à usage d'habitation pour en établir la copropriété divise.»⁸⁸⁸

En raison des termes utilisés par cette disposition, les indivisaires ne peuvent convenir autrement. De plus, la majorité prévue déroge à celles établies par le régime légal de l'article 1026 al.2 C.c.Q. En effet, la conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise entraîne un partage qui nécessite normalement l'accord de tous les indivisaires. L'article 1031 C.c.Q. suit toutefois les majorités requises par les articles 1098 et 1108 C.c.Q. situés dans les dispositions du futur régime de la copropriété divise. En tout état de cause, le Code ne pousse pas les indivisaires à changer leur mode d'habitation en copropriété divise. L'article 1031 al. 2 du C.c.Q. dispose en effet:

«Les indivisaires peuvent satisfaire ceux qui s'opposent à l'établissement d'une copropriété dite divise et qui refusent de signer la déclaration de copropriété en leur attribuant leur part en numéraire; la part de chaque indivisaire est alors augmentée en proportion de son paiement.»

La préférence du Code pour la copropriété divise n'existe, par ailleurs, qu'en matière d'habitation. La conversion d'un immeuble indivis, à usage commercial par exemple, en copropriété divise n'est pas visée par l'article 1031 al.1 C.c.Q. Elle nécessite, par conséquent, l'accord de tous en vertu du régime général de l'article 1026 al.2 C.c.Q. Comme l'article 1031 al.1 C.c.Q. utilise l'expression «*immeuble principalement à usage d'habitation*», la majorité requise risque par ailleurs de poser des difficultés si l'immeuble possède un usage mixte dont celui d'habitation. Idéalement, l'unanimité pare à toutes les difficultés. Si elle ne peut être obtenue, il faut déterminer ce que signifie l'expression «*immeuble principalement à usage d'habitation*» employée par cet article. L'article 1031 al.1 C.c.Q. n'établit nullement que l'immeuble doive être exclusivement à usage d'habitation. Il prévoit plutôt un usage principal d'habitation. En l'absence de jurisprudence sur le sujet, il semble qu'un «*immeuble principalement à usage d'habitation*» est un immeuble dont plus de cinquante pour-cent (50%) de la surface sert à des fins d'habitation. Le critère de la surface occupée est préféré à celui de la valeur de la quote-part car le Code parle d'usage. Or l'usage contient un élément matériel que la notion de quote-part ne traduit pas nécessairement. La destination ne

⁸⁸⁸ C.c.Q., art.1031.

représente par ailleurs pas un critère probant car le Code n'oblige pas, en matière d'indivision, à prévoir des destinations précises⁸⁸⁹. Il n'existe pas ici, en principe, plusieurs modalités de la propriété, contrairement à la copropriété divise. C'est pourquoi, la destination prévue s'applique, habituellement, à l'ensemble de l'immeuble et non à chacune de ses parties. Dans ce contexte, le critère de la surface occupée semble donc le meilleur; d'autant plus qu'il favorise, à l'instar du Code lui-même, la conversion en copropriété divise en cas d'usage d'habitation.

La souplesse pour convertir un immeuble principalement à usage d'habitation en copropriété divise démontre que le Code considère et protège particulièrement la destination d'habitation. Il ne s'écarte pas en cela des grands objectifs que poursuivait la réforme du Code civil: harmoniser les règles de droit civil avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et fonder l'économie du Code sur des valeurs qui ont émergé dans la société et qu'il est souhaitable de voir se développer davantage⁸⁹⁰ dont le droit à un lieu d'habitation. L'article 1031 al.1 C.c.Q. s'inscrit dans cette perspective bien qu'il ne remette pas directement en cause un lieu d'habitation. Mais pour cette question, les *Commentaires du Ministre* démontrent clairement que la copropriété divise est un meilleur mode d'habitation que la copropriété par indivision. Selon eux, elle supprime les inconvénients que peut causer le maintien de l'indivision pour une longue période⁸⁹¹. Pourtant, l'indivision conventionnellement organisée est parfois souhaitable dans certains cas car elle est moins onéreuse et moins compliquée que la copropriété divise. En effet, la publication d'une déclaration de copropriété divise entraîne souvent une augmentation de la valeur foncière globale de l'immeuble et la mise en place d'une organisation plus complexe que celle de l'indivision.

2. les formalités dictées par des organismes publics

La conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise nécessite également, dans certains cas, l'obtention d'autorisations administratives. Ces autorisations, lorsqu'elles

⁸⁸⁹ Comp. C.c.Q., art. 1053 al.1.

⁸⁹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, p. VI.

⁸⁹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, commentaires sous l'article 1031, p. 606.

sont requises, émanent de la municipalité (i) et/ou de la *Régie du logement* (ii). Dans les deux cas, elles rendent plus complexe le processus de partage.

i. autorisation municipale

La conversion d'un immeuble indivis en copropriété divise est, en principe, toujours permise. Une municipalité peut toutefois restreindre ou soumettre cette opération à certaines conditions par règlement⁸⁹². La connaissance de la réglementation appropriée et des formalités requises est alors primordiale.

Sur le territoire de la Communauté urbaine de Montréal (C.U.M), il existe une interdiction de convertir. Le Conseil de la municipalité où est situé l'immeuble peut cependant déterminer, par règlement, des secteurs ou des catégories d'immeubles pouvant faire l'objet d'une dérogation⁸⁹³. Ainsi, avant d'abandonner un projet de conversion, il convient de s'informer si de tels règlements existent.

Tant sur le territoire de la Communauté urbaine de Montréal (C.U.M) qu'à l'extérieur, aucune autorisation municipale n'est requise si tous les logements de l'immeuble visé sont occupés par les indivisaires. Ceux-ci doivent s'adresser alors directement à la *Régie du logement* pour obtenir l'autorisation de convertir. Il en va ainsi, également, pour les municipalités qui n'ont pas adopté de règlement pour la conversion d'immeubles locatifs au 1er juillet 1988. Dans ces cas, la *Régie du Logement* est directement saisie des demandes d'autorisation.

⁸⁹² *Loi sur la Régie du Logement*, L.R.Q., 1977, c. R-8.1, art. 54.13..

⁸⁹³ *Id.*, art. 51 et 54.12. La Ville de Montréal, entre autres, a adopté un tel règlement (no 93-87), le 14 juin 1993.

ii. autorisation de la Régie du logement⁸⁹⁴

Les indivisaires doivent obligatoirement suivre les formalités prévues par la *Loi sur la Régie du logement* si l'immeuble comporte, ou a comporté au cours des 10 années antérieures, un logement⁸⁹⁵. Si l'immeuble remplit cette condition, avant de procéder à la conversion, il faut aviser par écrit chaque locataire de l'intention de convertir l'immeuble en copropriété divisée⁸⁹⁶. L'avis d'intention dont une copie est transmise à la Régie est le point de départ du processus⁸⁹⁷. La transmission de cet avis entraîne plusieurs conséquences notamment en matière de travaux, en matière de reprise de possession, de visite des lieux etc. ⁸⁹⁸ Par exemple, à compter du moment de la transmission de l'avis d'intention, la reprise de possession de l'immeuble est interdite⁸⁹⁹. De plus, tous les travaux doivent être autorisés par la Régie à l'exception des travaux d'entretien, des réparations urgentes et nécessaires ainsi que des travaux effectués dans un logement occupé par un copropriétaire⁹⁰⁰.

Les indivisaires disposent de six mois selon l'échéance la plus tardive, soit à compter de l'avis d'intention, soit à compter de la résolution du conseil de la municipalité accordant une dérogation ou une autorisation, ou encore, soit à compter de la date du certificat de la municipalité attestant que le projet de conversion est conforme au règlement

⁸⁹⁴ Voir sur le sujet: GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Acquérir un immeuble à logement*, Régie du Logement, 1995; *La conversion en copropriété divisée ... et les locataires*, Régie du Logement, 1993; Nicole ARCHAMBAULT et Jean-Yves CRETE, «Conversion d'un immeuble locatif en copropriété divisée: droits et obligations des propriétaires et des locataires», (1988) 4 *C.P. du N.* 277.

⁸⁹⁵ *Loi sur la Régie du Logement*, précitée, note 892, art. 51.

⁸⁹⁶ L'avis d'intention devrait précéder une demande de dérogation lorsque la conversion est en principe interdite. N. ARCHAMBAULT et J.-Y. CRETE, *loc. cit.*, note 894, p. 303.

⁸⁹⁷ *Loi sur la Régie du Logement*, précitée, note 892, art. 52; N. ARCHAMBAULT et J.-Y. CRETE, *loc. cit.*, note 894, p. 303.

⁸⁹⁸ *Loi sur la Régie du Logement*, précitée, note 892, art. 53 et suiv.

⁸⁹⁹ C'est pourquoi, N. ARCHAMBAULT et J.-Y. CRETE, *loc. cit.*, note 894, p. 303, suggèrent d'exercer la reprise de possession avant l'expédition de l'avis d'intention.

⁹⁰⁰ *Loi sur la Régie du Logement*, précitée, note 892, art. 53 et 54.5.

municipal, pour produire à la Régie la demande d'autorisation de convertir⁹⁰¹. La décision rendue par cette dernière doit être écrite et motivée⁹⁰². Elle doit, de plus, être produite en annexe de la déclaration de copropriété qui devra être publiée, en principe, dans l'année qui suit⁹⁰³. Son absence, fait en sorte que tout intéressé, y compris la Régie, puisse en faire annuler la publication ainsi que celle de toute convention subséquente⁹⁰⁴. Il convient de souligner en terminant que le locataire bénéficie d'un droit de préemption lors de la première vente⁹⁰⁵.

§2. L'ACTE DE PARTAGE

La convention de partage ne se présente pas différemment des autres conventions. Cet acte obéit aux règles générales en la matière. De plus, l'acte de partage ne vise qu'à constater et à consigner les étapes antérieurement décrites. Ainsi, contrairement à la section précédente, cette seconde section sera brève. Dans ce contexte, une description technique (A) ainsi que l'exposé des règles concernant la publicité d'un acte de partage (B) suffisent.

A. Description au plan technique

L'étude de l'acte de partage se présente comme un accessoire des développements précédents. Les conditions générales pour y prendre part, ses effets etc. ont déjà fait l'objet d'importantes considérations. Ne seront donc exposées ici que quelques remarques ayant trait à sa forme (a) et à son contenu (b).

⁹⁰¹ *Id.*, art. 54.1.

⁹⁰² *Id.*, art. 79.

⁹⁰³ *Id.*, art 54.4.

⁹⁰⁴ *Id.*, art 54.9.

⁹⁰⁵ *Id.*, art. 54.7.

a. La forme

Le Code ne pose aucune exigence quant à la forme que doit prendre une convention de partage. Cette entente pourra donc être notariée ou encore être consignée dans un acte sous seing privé⁹⁰⁶. Sous réserve des questions de preuve, un écrit n'est pas même obligatoire en la matière⁹⁰⁷.

Il importe, par ailleurs, de rappeler que la qualification donnée à l'acte importe peu. Un acte intitulé vente, échange, convention, transaction, etc., produira les effets du partage s'il fait cesser l'indivision entre les copartageants⁹⁰⁸.

b. Le contenu

Le contenu de l'acte de partage est laissé à la discrétion des parties. Comme cet acte doit servir de preuve, il est souhaitable qu'il porte la signature de tous les copropriétaires, d'autant plus que le partage produit un impact sur l'objet de leur droit. Cet acte devrait également contenir les éléments d'informations permettant de mieux reconnaître les droits de chacun. Pour satisfaire cette dernière exigence, le rédacteur d'une convention de partage devrait mentionner, en début d'acte, l'origine de l'indivision. Selon l'article 1012 C.c.Q. cette dernière résulte d'un contrat, d'une succession, d'un jugement ou de la loi. L'exposé de l'origine de l'indivision permet, également, de déterminer si l'exclusivité reconnue à la propriété remonte ou non à l'événement qu'il a fait naître l'indivision⁹⁰⁹.

La description des biens soumis au partage suit habituellement. Elle comprend non seulement les biens qui existent depuis l'ouverture du régime mais aussi tous ceux qui

⁹⁰⁶ M.-A. LAMONTAGNE, «Liquidation et partage de successions», *op. cit.*, note 757, no 160, p. 422; G. BRIERE, *op. cit.*, note 438, no 823, p. 942; J. BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 757, no 683, p. 174.

⁹⁰⁷ Un écrit est cependant obligatoire pour la conversion. La conversion prend place dans le cadre d'une déclaration de copropriété divisée qui, elle, doit être publiée pour exister. C.c.Q., art. 1038 et 1039.

⁹⁰⁸ C.c.Q., art. 885.

⁹⁰⁹ Voir *supra*, partie II, titre I, chapitre 1.

s'y sont ajoutés par la suite. Une description conforme aux articles 3032 et suiv. C.c.Q. est généralement utile lorsque les biens indivis sont des immeubles. Elle facilite alors la publicité.

Afin d'expliquer les résultats auquel il arrive, l'acte de partage relate les quotes-parts des indivisaires et les proportions qu'il respecte. La quote-part représente la mesure du droit des indivisaires⁹¹⁰. En principe, le partage s'opère dans cette proportion. En cas de silence des titres, il faut l'établir. À cet effet, le Code prévoit une présomption d'égalité⁹¹¹. Cette présomption peut cependant être renversée⁹¹². Il convient de rappeler à cet égard que les contributions des indivisaires au bien peuvent influencer, dans certains cas, les proportions dans lesquelles s'effectue le partage⁹¹³.

Toujours dans le but d'expliquer les résultats auquel ils arrivent, les copartageants devraient mentionner les facteurs qui les ont guidés dans la formation et la composition des lots. Plus particulièrement, ils devraient relater les éléments obligatoires et facultatifs de l'article 851 C.c.Q. La mention, le cas échéant, des rapports ainsi que leur calcul et la façon dont ils ont été accomplis est également pertinente. À cette étape-ci, il est important de préciser l'évaluation des biens ainsi que la date arrêtée pour celle-ci. Il convient de rappeler que cette dernière devrait se situer le plus près possible de la date du partage afin d'éviter les injustices. Une fois cela fait, la description de la composition des lots suit. Certains lots pourront comprendre une ou plusieurs dettes du défunt pour compenser les inégalités⁹¹⁴, ils pourront aussi comprendre, le cas échéant, les rapports et les biens ayant fait l'objet d'une attribution préférentielle.

Le mode d'attribution des lots est également un élément à inclure dans la convention de partage. Cette dernière exposera le moyen utilisé, attribution à l'amiable ou tirage au

⁹¹⁰ Par exemple, C.c.Q., art. 1017 et 1019.

⁹¹¹ C.c.Q., art. 1015 al.1.

⁹¹² C.c.Q., art. 2847 al. 2.

⁹¹³ Voir *supra*, chapitre 1, section 2, para 1.

⁹¹⁴ Une provision est souhaitable pour parer aux imprévus. J. BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec, op. cit.*, note 757, no 687, p. 175.

sort, son résultat ainsi que le sort réservé aux titres de propriété. L'acte de partage n'a pas à prévoir de cessions de droits lorsqu'il se déroule en nature et en proportion des quotes-parts détenues. S'il est réalisé autrement, il devra, au contraire, faire mention que les indivisaires ont procédé entre eux à toutes les cessions requises pour reconnaître l'exclusivité à la propriété de l'attributaire.

Dans le but de renforcer ou, au contraire, d'alléger la protection de l'équilibre entre les intérêts des indivisaires, les copartageants peuvent, dans la convention de partage, renoncer, aménager ou maintenir la portée de la garantie des copartageants prévue aux articles 889 et suiv. C.c.Q. De plus, comme il n'existe plus de privilège de copartageant, il est souhaitable de stipuler une hypothèque pour garantir le paiement d'une soulte ou encore l'exécution d'une charge résultant du partage. La convention de partage devrait également signaler la présence des créanciers au partage et leur intervention, le cas échéant⁹¹⁵. Cette dernière peut permettre de conclure à leur consentement au partage. Si le partage a lieu avant l'échéance d'une convention d'indivision, il leur est alors opposable⁹¹⁶.

Viennent en dernier lieu, les mentions requises notamment par la *Loi concernant les mutations immobilières*⁹¹⁷. Il convient de rappeler à cet égard, que le partage d'une indivision successorale ou autre que successorale ne constitue pas un transfert⁹¹⁸ lorsqu'il se réalise en nature en proportion des quotes-parts de chacun. Chaque indivisaire était propriétaire du bien avant le partage. Cet acte ne confirme qu'un droit antérieur et ne met fin qu'à sa cotitularité. Si au contraire l'acte de partage met fin à une indivision autre que successorale, et ce, dans des proportions différentes des quotes-parts détenues, certains indivisaires auront des droits à payer⁹¹⁹. Un indivisaire qui retire par le partage plus que sa quote-part, acquiert l'excédent. Il y a donc transfert. La

⁹¹⁵ C.c.Q., art. 864.

⁹¹⁶ C.c.Q., art. 1021.

⁹¹⁷ L.R.Q., 1977, c. D-15.1.

⁹¹⁸ *Sasseville c. Dolbeau*, J.E. 97-1594 (C.Q.).

⁹¹⁹ voir *supra*, titre I, chap. 2, section 1, para 2B.

convention de partage devra en faire état et contenir les mentions requises ainsi que les montants à payer.

B. La publicité

L'acte de partage obéit au principe de l'effet relatif des contrats⁹²⁰. Pour être opposable aux tiers, il doit être publié. Le Code le prévoit expressément pour les créances (a). Il ne contient toutefois pas de dispositions semblables pour l'attribution d'un immeuble ou d'un autre bien. Cette formalité est cependant essentielle pour l'opposabilité des résultats du partage (b).

a. Les créances

Après avoir prévu que l'effet déclaratif s'appliquait aux créances contre les tiers, à la cession de ces créances pendant l'indivision et à leur saisie-arrêt pratiquée par les créanciers d'un cohéritier, l'article 888 poursuit dans son deuxième alinéa:

«L'attribution des créances est assujettie, quant à son opposabilité aux débiteurs, aux règles du livre Des obligations relatives à la cession de créance.»

L'article 888 al.2 C.c.Q. renvoie aux articles 1637 à 1650 C.c.Q. En vertu de ceux-ci par exemple, l'attribution d'une créance sera opposable au débiteur et aux tiers dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait de l'acte de partage ou une autre preuve du partage qui lui soit opposable⁹²¹. Si l'attribution vise une universalité de créances, actuelles ou futures, l'attribution devra, en plus, faire l'objet d'une inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers⁹²².

L'accomplissement des formalités prévues aux articles 1637 à 1650 C.c.Q. est, en tout état de cause, indispensable lorsque le partage touche des créances. En effet, l'absence

⁹²⁰ C.c.Q., art. 1440.

⁹²¹ C.c.Q., art. 1641 al.1.

⁹²² C.c.Q., art. 1642.

d'accomplissement des formalités requises peut compromettre gravement le droit d'un attributaire. Les formalités prévues aux articles 1637 à 1650 C.c.Q. devraient, par conséquent, être accomplies le plus tôt possible après le partage puisque le débiteur peut opposer à l'attributaire les paiements faits à d'autres avant que le partage ne lui soit rendu opposable⁹²³.

b. Les autres biens

Contrairement à la question des créances, la publicité et l'opposabilité d'un partage ne fait l'objet d'aucune disposition particulière au Code. Les règles concernant la publicité d'un partage sont les règles générales en matière de publicité, notamment l'article 2938 al.1 C.c.Q. disposant que:

«Sont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier.»

Le partage est donc soumis à la publicité puisqu'il modifie le droit détenu en lui redonnant le caractère exclusif qui ne pouvait exister en raison de la copropriété. En outre, si la publicité d'une convention d'indivision est admise, la publicité de l'acte qui lui met un terme devrait également être permise. Ceci étant, selon le bien visé, la publication du partage s'effectuera au registre foncier ou registre des droits personnels et réels mobiliers.

⁹²³ C.c.Q., art. 1643.

SECTION 2- LES INCIDENTS CONSÉCUTIFS AU PARTAGE

L'équilibre entre les intérêts de chacun des indivisaires est l'âme du partage⁹²⁴. Une fois le partage accompli, il peut toutefois arriver que cet équilibre soit rompu. Afin d'y remédier, le Code prévoit deux sortes de recours: le recours en garantie des copartageants (§1) et le recours en nullité du partage (§2).

§ 1. LE RECOURS EN GARANTIE

Le recours en garantie des copartageants vise à rétablir l'équilibre entre les intérêts des indivisaires rompu à la suite du partage (A). Ce recours se distingue, par ailleurs, du recours en garantie en matière de vente (B).

A. Analyse de la garantie des copartageants

La garantie des copartageants fait l'objet de quelques articles dans le *Code civil du Québec* (a). Ces articles n'étant pas impératifs, les indivisaires peuvent aménager autrement la garantie qu'ils se doivent en fonction de leurs besoins (b).

a. La garantie légale

Les copartageants se doivent mutuellement une garantie pour les troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage⁹²⁵. Cette dernière corrige les injustices découvertes après le partage⁹²⁶. Il résulte par ailleurs du droit antérieur et des

⁹²⁴ Contrairement à ce qui est souvent affirmé, c'est l'équilibre entre les intérêts des indivisaires qui est l'âme du partage et non pas l'égalité. En effet, il arrive que les quotes-parts ne soient pas égales. Le testateur, le tribunal, la loi (par exemple, les règles de dévolution légale) ou les indivisaires eux-mêmes, peuvent prévoir des proportions différentes.

⁹²⁵ C.c.Q., art. 889.

⁹²⁶ G. BRIÈRE. *op. cit.*, note 259, no 877, p. 1008.

Commentaires du Ministre que les évictions et les troubles doivent être d'ordre juridique.

«(...) L'éviction a lieu lorsque l'héritier est privé d'un bien qui lui a été attribué par le partage, parce que la personne qui y a droit le reprend. Le trouble est la menace d'une éviction prochaine. Il s'agit d'un trouble de droit, non pas de fait.»⁹²⁷

L'article 889 C.c.Q., dans son deuxième alinéa, prévoit néanmoins une garantie contre les faits personnels des copartageants, mais restreinte à la question d'éviction. L'attributaire doit donc attendre d'être évincé pour l'invoquer. Il résulte toutefois des termes de cet article que cette garantie jouera, que le fait personnel reproché soit antérieur ou postérieur au partage⁹²⁸.

La garantie des copartageants ci-haut décrite joue pareillement en matière de créances. Elle garantit alors l'existence de la créance et, dans certains cas, la solvabilité du débiteur. En vertu de cette garantie, tous les copartageants sont tenus d'indemniser l'attributaire de la créance, ce dernier supportant sa part, si la créance n'existe pas ou si elle est éteinte⁹²⁹. Dans ce cas, l'équilibre entre les intérêts des indivisaires ne s'est jamais réalisé lors du partage. L'insolvabilité du débiteur d'une créance donne lieu, quant à elle, à la garantie de la même manière que l'éviction, mais que si elle est antérieure au partage⁹³⁰. L'attributaire supporte donc seul l'insolvabilité d'un débiteur survenue après le partage⁹³¹.

⁹²⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, commentaires sous l'article 889, p. 520.

⁹²⁸ Voir *Journal des débats*, S.-C.I., 26 juin 1985, p. 648; G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 879, p. 1009.

⁹²⁹ Ceci résulte de l'économie générale des dispositions sur les effets du partage; notamment des articles 888 al.2, 889 et 890 C.c.Q. Si l'insolvabilité d'un débiteur est garantie par ces dispositions, force est d'admettre qu'il en est de même pour l'existence de la créance.

⁹³⁰ C.c.Q., art. 890.

⁹³¹ Dans le même sens, G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 880, p. 1011.

Pour que la garantie des copartageants puisse jouer, il faut toutefois que l'éviction ne résulte pas de la faute de la victime⁹³². Ainsi, le copartageant qui laisse courir des délais de prescription acquisitive sans réagir ou néglige d'appeler en cause ses copartageants alors qu'ils pouvaient produire des moyens de défense, doit supporter la perte qu'il subit⁹³³. L'attributaire supporte également personnellement la perte si la cause d'éviction était apparente⁹³⁴.

En tout état de cause, lorsque la garantie joue, chacun des copartageants est obligé, en proportion de sa part, d'indemniser la victime de la perte que lui a causé l'éviction⁹³⁵. L'insolvabilité de l'un des copartageants se répartit proportionnellement, non seulement entre les copartageants solvables, mais aussi le garanti⁹³⁶. Le Code prévoit également que la perte est évaluée au jour du partage⁹³⁷, moment où aurait dû régner l'équilibre entre les intérêts des indivisaires.

Enfin, il faut souligner que l'équilibre rompu par le trouble ou l'éviction ne se rétablit pas au moyen d'un nouveau partage. Selon Germain Brière, l'indivisaire menacé ou victime de l'éviction ou du trouble ne dispose que de deux recours⁹³⁸. Un moyen dilatoire, avant la consommation de l'éviction, lui permettant d'appeler en cause ses copartageants⁹³⁹ et l'action en garantie ou en indemnité, si l'éviction a déjà eu lieu. Quoi qu'il en soit, un copartageant dispose de trois ans à compter de l'éviction ou de la découverte du trouble, ou depuis le partage, si elle a pour cause l'insolvabilité d'un

⁹³² C.c.Q., art. 891.

⁹³³ PLANIOL et RIPERT, t.4, *op. cit.*, note 178, no 679, pp. 775 et 776; G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 879, p. 1009; *Journal des débats*, S-C. I, 26 juin 1985, p. 649.

⁹³⁴ Dans le même sens G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 879, p. 1009.

⁹³⁵ C.c.Q., art. 892.

⁹³⁶ C.c.Q., art. 893.

⁹³⁷ C.c.Q., art. 892 al. 2.

⁹³⁸ G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 881, p. 1012.

⁹³⁹ C.p.c., art. 168.5 et 216 et suiv.

débiteur de la succession, pour exercer son action en garantie⁹⁴⁰. Le *Code civil du Québec* prévoit à cet égard un délai de garantie plus court que celui qui prévalait antérieurement afin de favoriser la stabilité du résultat du partage⁹⁴¹.

b. Les aménagements possibles aux dispositions légales

Les articles 889 à 894 C.c.Q. ne sont pas des dispositions impératives. Par conséquent, les copartageants peuvent organiser, par convention, les garanties qu'ils se doivent. L'article 9 C.c.Q. le permet dans la mesure où ces aménagements ne dérogent pas aux règles qui intéressent l'ordre public.

Dans ce contexte, les indivisaires peuvent valablement écarter la garantie légale contre les troubles et les évictions dans l'acte de partage. Ceci est parfois recommandé car cela simplifie les vérifications de titres des immeubles partagés⁹⁴². La stipulation de renonciation à la garantie ne sera valable toutefois que dans la mesure où elle ne revêt pas un caractère général⁹⁴³. L'opinion contraire pourrait être soutenue mais ne saurait être retenue en raison des multiples dangers qu'elle représente pour le principe de la préservation de l'équilibre entre les intérêts des indivisaires lors du partage. De plus, les termes utilisés par l'article 891 C.c.Q. ne réfèrent pas à l'éviction en général mais plutôt aux différentes causes d'éviction⁹⁴⁴. Cet article, au surplus, ne représente pas une disposition nouvelle, il constitue plutôt un prolongement du droit ancien⁹⁴⁵. Or, sous le *Code civil du Bas-Canada*, ces clauses n'étaient pas admises⁹⁴⁶.

⁹⁴⁰ C.c.Q., art. 894

⁹⁴¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du Ministre de la Justice*, t.1, *op. cit.*, note 10, commentaires sous l'article 894, p. 522; Comme aucun délai précis n'existait sous le *Code civil du Bas-Canada*, la prescription trentenaire s'appliquait. P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 638.

⁹⁴² J. BEAULNE, *La liquidation des successions sous le Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 757, no 690, p. 176.

⁹⁴³ G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 879, p. 1010.

⁹⁴⁴ Dans le même sens, *Id.*, p. 1010.

⁹⁴⁵ *Journal des débats*, S.-C.I, 26 juin 1985, p. 649.

⁹⁴⁶ P.-B. MIGNAULT, t.3, *op. cit.*, note 216, p. 627; A. COSSETTE, «Le privilège du copartageant»,

En tout état de cause, les indivisaires ne peuvent exclure la garantie contre leurs faits personnels dans l'acte de partage. Une telle clause permettrait à n'importe lequel d'entre eux de revenir sur le résultat du partage en nuisant à l'attributaire. Le libellé de l'article 889 al.2 C.c.Q. abonde dans ce sens puisque les copartageants demeurent toujours garants de leurs faits personnels tant avant qu'après le partage, ce qui n'est pas le cas pour les évictions et les troubles de droit.

Bien que les copartageants chercheront la plupart du temps à diminuer les garanties qu'ils se doivent respectivement, il est possible pour eux de les augmenter. C'est ainsi qu'un acte de partage peut valablement prévoir que les copartageants garantissent à l'attributaire la solvabilité d'un débiteur non seulement au moment du partage mais aussi après⁹⁴⁷. Ils peuvent tout autant prévoir, comme le privilège des copartageants n'existe plus, des hypothèques conventionnelles pour garantir l'exécution de leurs obligations et le paiement des soultes. En l'absence d'une telle sûreté, les copartageants ne possèdent que les recours personnels pour demander le rétablissement de l'équilibre entre leurs intérêts respectifs.

B. Distinction d'avec la garantie d'éviction en matière de vente

Bien qu'elle lui ressemble, et s'en inspire manifestement, la garantie des copartageants se distingue de la garantie existant en matière de vente⁹⁴⁸. Ces deux garanties ne poursuivent pas le même but. En matière de partage, la garantie des copartageants se rattache au principe de l'équilibre entre les intérêts des indivisaires qui doit régner tout au long de l'indivision et du processus de partage⁹⁴⁹. De plus, les copartageants ne sont pas, en principe, les ayants cause les uns des autres dans un partage. La garantie ne protège donc pas ici l'efficacité d'une mutation comme en matière de vente. Certains auteurs aboutissent toutefois à ce résultat erroné et associent ces deux garanties

loc. cit., note 852, 139-140.

⁹⁴⁷ Dans le même sens G. BRIERE, *Traité de droit civil «Les successions»*, *op. cit.*, note 259, no 880, p. 1011.

⁹⁴⁸ *Gauthier c. Custeau*, [1995] R.D.I. 544 (C.S.) (en appel).

⁹⁴⁹ Dans le même sens: R. MERLE, *op. cit.*, note 566, no 187, p. 259.

lorsqu'ils soutiennent que le partage opère un transfert⁹⁵⁰. L'impossibilité de ce résultat a été démontrée précédemment⁹⁵¹. La mise en place d'un régime de garantie spécifique aux partages au lieu d'un simple renvoi témoigne, en dernier lieu, de sa particularité.

§2. LE RECOURS EN NULLITÉ

L'annulation d'un partage peut être obtenue si des motifs en ce sens existent. C'est ce que prévoit l'article 895 al.1 C.c.Q. (A). Le Code dans le chapitre intitulé «de la nullité du partage» décourage toutefois cette sanction. En maints endroits, il maintient le partage, même s'il existe des motifs de nullité (B).

A. La sanction de la nullité

Selon l'article 895 al. 1 C.c.Q., le partage, même partiel, peut être annulé pour les mêmes causes que les contrats⁹⁵². Ainsi, l'erreur, la crainte ou la lésion⁹⁵³ sont des motifs d'annulation d'un partage⁹⁵⁴. L'irrégularité des procédures l'entourant représente également un facteur pouvant donner ouverture à une action en annulation d'un partage⁹⁵⁵. Il en va de même pour un défaut de capacité dans certaines circonstances⁹⁵⁶. La plupart du temps, la nullité en question sera une nullité relative dont la demande se prescrit par trois ans⁹⁵⁷. Si le tribunal l'accorde, l'indivision renaît de façon rétroactive au jour du partage. Elle est réputée n'avoir jamais cessé. Les

⁹⁵⁰ Le meilleur exemple est sans doute la thèse de G. QUÉREL, *op. cit.*, note 588, p. 54.

⁹⁵¹ Voir *supra*, titre I.

⁹⁵² C.c.Q., art. 1398-1415.

⁹⁵³ Pour décider s'il y a eu lésion, c'est encore la valeur des biens au moment du partage qu'il faut considérer (C.c.Q., art. 897).

⁹⁵⁴ C.c.Q., art. 1399.

⁹⁵⁵ Par exemple, le non respect de l'article 851 al.1 C.c.Q.; voir G. BRIERE, *op. cit.*, note 259, no 885, p. 1017; *Journal des débats*, S.-C.I., 26 juin 1985, p. 650.

⁹⁵⁶ C.c.Q., art. 1398. Voir sur cette question *supra*, partie I, titre I, chapitre 1, section 1, para. 2.

⁹⁵⁷ C.c.Q., art. 2925.

indivisaires doivent alors procéder à un nouveau partage. Il résulte toutefois des dispositions du Code en matière de nullité de partage que le législateur ne souhaite pas nécessairement arriver à ce résultat.

B. Le maintien du partage malgré un motif de nullité

La nullité d'un partage entraîne de graves conséquences et affecte notamment la sécurité des titres. Le Code, bien qu'il devait en prévoir l'éventualité, cherche le plus possible à l'éviter. À plusieurs reprises, il donne une seconde chance à un partage défectueux.

En effet, au lieu de recourir à la solution extrême de l'annulation, il permet aux copartageants de procéder à un partage supplémentaire ou rectificatif dans tous les cas où cela s'avère avantageux pour eux⁹⁵⁸. L'objectif poursuivi ne diffère pas de celui du recours en garantie des copartageants. Le partage supplémentaire ou rectificatif ne vise qu'à rétablir l'équilibre entre les intérêts des indivisaires, équilibre faussé par une erreur, un défaut de capacité etc. Contrairement à l'annulation pure et simple du partage, cette solution évite de remettre en cause les relations juridiques postérieures au partage.

Qui plus est, même lorsqu'un copartageant va de l'avant avec une action en nullité, il n'est pas certain qu'il en obtienne le résultat. En effet, l'article 898 C.c.Q. permet au défendeur d'une demande en nullité d'arrêter le cours des procédures et empêcher ainsi un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa part en numéraire ou en nature.

Jusqu'ici, il existe un choix entre la nullité et un partage supplémentaire ou rectificatif. Toutefois, en cas d'omission d'un bien dans un partage, ce choix disparaît. L'article 896 C.c.Q. écarte l'action en nullité pour ne conserver que la possibilité d'un supplément à l'acte de partage. Cette disposition ainsi que les articles 895 al.2 et 898 C.c.Q. démontrent bien que la nullité ne sera ordonnée qu'exceptionnellement.

⁹⁵⁸ C.c.Q., art. 895 al. 2.

L'exposé des sanctions au non respect de l'équilibre entre les intérêts des indivisaires lors d'un partage termine l'analyse du partage dans sa fonction de délimitation de l'objet d'une propriété soumise à une exclusivité d'exercice. Il est également l'aboutissement de la fonction première de tout partage: fixer les confins d'une propriété déjà acquise.

CONCLUSION

Le partage est un acte à facettes multiples autant au point de vue de sa nature qu'au point de vue de ces effets. Il oblige l'examen de l'ensemble de celles-ci pour être bien compris. L'étude du partage dans une perspective du droit des biens offrait les outils nécessaires pour y parvenir.

Peu importe l'origine de l'indivision, le droit de provoquer le partage est la règle. Ce droit appartient, en principe, aux copropriétaires et à eux seuls. Il tire son origine et sa raison d'être du droit exercé. En mettant en oeuvre le partage, les indivisaires exercent une prérogative attachée à leur qualité de propriétaire. Ils décident du rôle d'emploi de leur bien, savoir qu'il fera, pour l'avenir, l'objet d'une propriété pure, simple et exclusive; ce qui aura pour effet de mettre un terme à la modalité de copropriété. Ceci étant, rien ne les force à mettre en oeuvre le partage. La règle que «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» n'oblige pas à provoquer le partage. Elle facilite seulement un retour vers l'exclusivité d'exercice de la propriété.

Comme le partage est la règle, et que sa mise en oeuvre dépend de la seule volonté des indivisaires, la modalité de copropriété est forcément d'une durée indéterminée. Cette assertion n'est pas contredite par le fait que le droit de provoquer le partage puisse être reporté dans certaines circonstances. Cette opération de report offre une certaine

stabilité à la copropriété qui est autrement absente. Cette stabilité n'est cependant que temporaire car le droit de provoquer le partage pourra à nouveau être exercé au terme de la période prévue ou imposée. La durée de la modalité est et reste donc indéterminée puisque rien n'oblige les indivisaires à provoquer le partage au terme de la période de report.

Il résulte de ce qui précède que, mis en relation avec la copropriété, le partage apparaît d'abord et avant tout comme un facteur influant sur la durée de la modalité et lorsque cette modalité cesse, la propriété perdure néanmoins, mais sous forme d'une propriété exclusive exercée sur un objet redéfini. Le fait que le partage produise des effets différents selon l'origine de l'indivision ne modifie en rien ce principe. L'effet déclaratif que produit un partage en matière successorale corrobore, au contraire, que la propriété était exercée antérieurement. L'effet attributif que le partage produit lorsqu'il met fin à une indivision autre que successorale aurait pu poser des difficultés. Toutefois, en retrouvant la fonction première de tout partage, c'est à dire mettre fin à la modalité, il était impossible de soutenir que la propriété n'était pas déjà exercée. L'effet attributif que peut produire le partage ne pouvait donc pas être interprété hors de son contexte et signifier que le partage opère un transfert. Ceci étant, rien n'empêche, en l'absence de rétroactivité en la matière, que le partage attributif puisse parfois opérer un transfert. Ceci arrivera lorsque la mesure du droit de chacun ne sera pas respectée lors d'un partage.

L'étude des effets du partage démontre par ailleurs que ces derniers sont issus du droit coutumier, en particulier l'effet déclaratif du partage. Depuis ce temps, ils ont peu évolué, sauf en ce qui concerne le partage attributif du *Code civil du Québec*. Il en va autrement pour la copropriété. Cette dernière a toujours été influencée par le contexte social et historique dans lequel elle évoluait. Au siècle dernier, la copropriété était étudiée dans un contexte où il fallait libérer les terres des charges de toutes sortes qui les grevaient. Le droit romain offrait alors une solution acceptable puisque, dans la tradition juridique romaine, la propriété était envisagée en termes de pouvoirs absolus. Ces pouvoirs faisaient en sorte que le droit se confondait avec le bien sur lequel il portait. Pour se conformer à cette notion de la propriété, il fallait retrouver une propriété individuelle en matière de copropriété, propriété individuelle qui trouvait sa reconnaissance ultime lors d'un partage. Si la propriété envisagée uniquement en

termes de pouvoirs absolus et qu'associée à l'objet sur lequel elle portait se justifiait au siècle dernier, elle ne se justifie plus aujourd'hui. Le besoin d'exclure les autres de son domaine et les dangers des regroupements qu'elle visait à enrayer ne s'expliquent plus. Au contraire, les groupements de biens ou de personnes sont des sources de développement économique importantes aujourd'hui. L'évolution du droit et de la société devrait plutôt faire en sorte que le droit de propriété soit envisagé en fonction des prérogatives qu'il confère et non en fonction de l'objet sur lequel il porte ou en fonction de sa titularité. L'étude du rôle du partage lors de l'extinction de la modalité de copropriété ne pouvait que conduire à ce réexamen de la propriété. L'étude de la copropriété, les impacts du partage en la matière dénotent une nouvelle tendance du législateur du *Code civil du Québec* en matière de propriété. Si, au siècle dernier, la propriété était enfermée dans un rapport exclusif dénué le plus possible de contraintes sociales, il n'en n'est plus ainsi aujourd'hui. La propriété se dématérialise et se rapproche de plus en plus de la propriété qui existait sous le droit coutumier. À cette époque la propriété était considérée comme:

«(...) un droit, c'est-à-dire une relation sociale, une création de l'esprit juridique. La propriété, devenue un pouvoir délimité par le droit (usus, fructus, abusus) (...)»⁹⁵⁹

Il résulte donc de ce qui précède que les nouvelles tendances sociales du Code, devraient ramener une réévaluation de la notion du droit de propriété en droit québécois⁹⁶⁰. Il y a fort à parier qu'une simple référence au droit civil français ne sera plus suffisante pour expliquer la richesse et la spécificité du droit des biens québécois dans le futur.

⁹⁵⁹ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, note 103, p. no 228, p. 269.

⁹⁶⁰ Cet exercice a déjà été amorcé entre autres par: R. A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 602, 761; John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 602, 33.

BIBLIOGRAPHIE

I- LÉGISLATION

a. Québec

1. provincial

Code civil du Bas Canada

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Loi concernant les mutations immobilières, L.R.Q., c. D-15.1

Loi concernant les Régimes matrimoniaux, L.Q. 1969, c. 77

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39

Loi sur l'application de la Réforme du Code civil, L.Q. 1992, c. 57.

Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., c. R-8.1

2. fédéral

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), c. B-3

Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985) c. W-11

Loi sur la taxe d'accise, L.C. 1990, c. 45

Loi sur l'impôt sur le Revenu, L.R.C. (1985), c.1 (5e suppl.)

b. France

Code civil français.

Decret-loi du 17 juin 1938.

Loi no 61-1378 du 19 décembre 1961.

Loi no 62-902 du 4 août 1962.

Loi no 65-557 du 10 juillet 1965.

Loi no 76-1286 du 31 décembre 1976.

B. Autres

a. projets de lois

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des biens, Projet de loi 58, 4e session, 32e législature. (mort au feuilleton)

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, Projet de loi 20, 5e session, 32e législature. (mort au feuilleton)

Code civil du Québec, Projet de loi 125, 1ère session, 34e législature.

b. documents parlementaires

Journal des débats. Commission parlementaire. Sous-commission des institutions, 5e session, 32e législature, fasc. 15-20.

Journal des débats. Commission parlementaire. Sous-commission des institutions, 1ère session, 34e législature.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993. (2 vol.)

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil*, vol.1, Québec, Éditeur Officiel, 1977.

Rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, Québec, G.E. Desbarats, 1861 (Cinquième rapport, livre III- Les successions).

II. JURISPRUDENCE

Angers c. Ville de Boucherville, [1995] R.D.I. 1459 (C.Q.)

Banque Nationale c. Pettigrew, [1988] R.L.110 (C.A.)

Banque St-Jean c. Nolin, (1916) 51 C.S. 138

Barrette c. Denis, (1926) 41 C.S. 435

Benoît c. Benoît, (1916) 49 C.S. 269

- Bodard c. Lebel*, (1868) 14 R.L. 351 (B.R.)
- Bilodeau c. Bilodeau*, [1964] R.P. 201 (C.S.)
- Boisclair c. Boisclair*, [1975] C.S. 227
- Boucher c. Banque Nationale*, [1989] R.D.I. 499 (C.S.)
- Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68
- Boutin c. Boutin*, [1995] R.D.I. 175 (C.S.)
- Brunet c. Bruneau*, (1898) R. de J. 484 (C.S.)
- Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc.*, C.S. Québec, no 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, B.D.I. 97-107
- Canac-Marquis c. Côté*, [1995] R.D.I. 286 (C.Q.)
- Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210
- Cartier c. Boudreault*, (1911) 41 C.S. 127
- Choinière c. Coutu*, J.E. 95-2218 (C.S.)
- Compagnie d'assurances Combined d'Amérique c. Thiffault*, J.E. 92-1144 (C.Q.)
- Compagnie de téléphone du Lac St-Jean c. Compagnie de téléphone du Sagenay*, (1933) B.R. 314.
- Construction canadienne T.J. Québec inc. c. Bertrand*, [1994] R.D.I. 122 (C.S.)
- Corporation de la Cité de Trois-Rivières c. Reburn*, (1875) 1 R. de J. 339 (C.S.)
- Curateur public du Québec (Le) c. Barbeau*, [1985] C.P. 142
- Descoteaux c. Descoteaux*, (1908) 33 C.S. 269
- Desjardins c. Malenfant*, [1961] R.L. 560 (C.S.)
- Dostie c. Caisse populaire de Sherbrooke-est*, [1990] R.D.I. 840 (C.S.)
- Doyon c. 2866-0884 Québec inc.*, [1996] R.D.I. 243 (C.S.)
- Droit de la famille-164*, [1988] R.D.F. 226 (C.A.); J.E. 84-841 (C.S.)
- Droit de la famille-977*, [1991] R.D.I. 346 (C.A.)
- Droit de la famille-1330*, [1991] R.D.I. 310 (C.A.)
- Droit de la famille-1515*, J.E. 92-211 (C.A.)
- Droit de la famille-1547*, J.E. 92-472 (C.A.)
- Droit de la famille-1689*, [1992] R.D.F. 666 (C.S.)
- Droit de la famille-1208*, [1993] R.D.F. 32 (C.S.)
- Droit de la famille-1798*, [1993] R.D.F. 212 (C.S.)
- Droit de la famille-1809*, [1993] R.J.Q.1522 (C.S.)
- Droit de la famille-1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.)
- Droit de la famille-1982*, [1994] R.D.F. 350 (C.S.)
- Droit de la famille-1507*, [1995] R.D.F. 190 (C.A.)

- Droit de la famille-2423*, [1996] R.D.F. 394 (C.S.)
Droit de la famille-2491, [1996] R.D.F. 632 (C.S.)
Dubarle c. Valla, [1992] R.D.I. 230 (C.A.)
Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc., [1996] 1 R.C.S. 900
Dubreuil c. Dubreuil, (1928) 34 R. de J. 332 (C.S.)
Dufort c. Chicoine, (1887) M.L.R. 211 (C.S.)
Entreprise Laverli c. Publicité urbaine, (1981) 22 R.P.R. 293 (C.Q.)
Excavations Gilles Desbiens c. Prescott, J.E. 92-69 (C.S.)
Findlay c. Lusk, (1941) 79 C.S. 350
Fiset c. Fiset, (1916) 50 C.S. 114
Forget c. Boileau, J.E. 85-728 (C.P.)
Fortier c. Brisson, [1991] R.D.I. 324 (C.S.)
Gaber c. Lake, (1916) 18 R.P. 464 (C.S.)
Gagné c. D'Auteuil, [1995] R.D.I. 240 (C.S.)
Gagnon c. Anger, [1996] R.D.I. 507 (C.A.)
Gagnon c. Paquette, [1988] R.D.I. 202 (C.S.)
Gauvin c. Gauvin, (1932) 36 R.P. 162 (C.S.)
Gervais c. Gervais, [1963] R.P. 49 (C.S.)
Gourde c. Malpachee, J.E. 95-422 (C.Q.)
Greenford c. Stern, (1914) 16 R.P. 169 (C.S.)
Grenier c. Young, (1894) 6 C.S. 496
Grey c. Quebec Bank, (1879) C. Rev. 92.
Guay c. Duval, (1911) 13 R.P. 92 (C.S.)
Hand c. Auclair, [1970] C.A. 253
In Re Desjardins : Massé c. Poirer, [1956] B.R. 545
Jobin c. Brassard, (1934) 40 R. de J. 451 (C.S.)
John Robertson & son (Eastern) Ltd c. Guilbault, (1919) 21 R.P. 146 (C.S.)
Joulakian c. Pelletier, [1993] R.D.I. 415 (C.S.)
Kent v. Beaudin, (1888) 16 R.L. 333 (C.S.)
Laforge c. Construtek G.B. inc., [1995] R.D.I. 522 (C.S.)
Lalonde c. Lalonde, [1991] R.D.I. 54 (C.S.)
Lauzon c. Lariche, (1914) 46 C.S. 378
Leclerc c. Leclerc, [1959] B.R. 327
Lemieux c. Canant Realty corporation, [1987] R.D.I. 287 (C.S.)

- Lemire c. Beaulieu*, J.E. 91-364 (C.S.)
- Lévesque c. M.F.Q.-Vie*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.)
- Maheur c. Archambault*, (1917-1918) 56 R.C.S. 488
- Marceau c. Lefaiivre*, [1955] B.R. 489
- Marchand c. Péloquin*, [1978] C.A. 266
- Marquis c. Ville de Varennes*, [1995] R.D.I. 275 (C.Q.)
- McVey c. McVey*, (1890) 19 R.L. 136
- Michon c. Leduc*, (1890) 19 R.L. 504 (B.R.)
- M.N.R. c. Simon*, [1977] 2 R.C.S. 812
- Monette c. Molleur*, (1874) 6 R.L. 561 (C.S.)
- Moreau c. Malouin*, [1950] C.S. 404
- Muir c. Muir*, (1891) 7 M.L.R. 229 (C.S.)
- Navigation Harvey et frères c. Dufour*, [1996] R.J.Q. 71 (C.A.)
- Ouari c. Sari*, [1987] R.J.Q. 1443 (C.P.)
- Owens c. Chopin*, [1911] C.S. 213
- Paiement c. McFadden*, [1930] 48 B.R. 303
- Parfeniuk c. Suszko*, [1991] R.D.I. 327 (C.S.)
- Pearson c. Pearson*, (1928) 44 B.R. 338
- Peiffer c. Lafrance*, [1992] R.J.Q. 1556 (C.S.)
- Perras c. Banque Provinciale du Canada*, [1956] B.R. 731
- Perron c. Boivin*, (1932) 38 R. de J. 293 (C.S.)
- Perron c. Laporte*, [1945] C.S. 375
- Pesant c. Pesant*, (1933) 54 B.R. 38
- Pesant c. Robin*, (1918) 58 R.C.S. 96
- Piché c. Landry*, J.E. 95-138 (C.S.)
- Pilon c. Daoust*, [1945] C.S. 17
- Quintal c. Banque Jacques-Cartier*, (1901) 10 B.R. 525
- R. c. Bolduc*, J.E. 96-1505 (C.S.) (en appel)
- Régime complémentaire de retraite de la société de transport de la communauté urbaine de Montréal c. Bandera Investment company*, [1997] R.J.Q. 1906 (C.S.)
- Richer c. Lamothe*, [1994] R.D.I. 102 (C.S.)
- Rodier c. Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.)
- Rosen c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1991] R.J.Q. 1152 (C.Q.)
- Ruggeri c. Desmeth*, [1990] R.D.I. 457 (C.A.)

- Sasseville c. Dolbeau*, J.E. 97-1594 (C.Q.)
Sauvageau c. Sauvageau, (1938) R.P. 286 (C.S.)
Sigouin c. Éthier-Beauchamps, [1978] C.A. 387
Société de gestion Claude Clément inc. c. Placements immobiliers Amiral inc. 98 DCQI 164 [Carswell] (C.A.)
Sofroniu c. Wasserman, [1973] C.A. 541
Stem corporation c. Koutsogiannopoulos, [1956] B.R. 421
Stearns c. Ross, (1884) 2 M.L.R. 379 (B.R.)
St-Jean c. Lavallé, [1996] R.D.I. 231 (C.S.)
St-Louis c. Brault, [1996] R.D.I. 571 (C.S.)
Sura c. M.N.R., [1962] R.C.S. 65
Vaillancourt c. Vaillancourt, [1953] C.S. 67
Varin c. Guérin, (1893) R.J.Q. 30 (C.S.)
Varin c. Greaves, [1980] C.S. 275
Ville de Québec c. Les Immeubles Allard Ltée, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.)
Yarashefsky-Allice c. Miller-Potashner, [1988] R.J.Q. 149 (C.S.)
2855-7346 Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc., [1994] R.D.I. 601 (C.S.)
2866-0884 Québec inc. c. Doyon, [1996] R.D.I. 215 (C.S.)
2967-6566 Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc., [1996] R.J.Q. 1669 (C.S.)

Jurisprudence française:

- Cour de Colmar*, 20 mars 1813. S. 1812-1814.2.280
Cour de Caen, 13 août 1856. S. 1857.2.140
Cass. 30 nov. 1886, S.1887.I.410.
Cass. 1872, D.P. 1872.I.101
Cass. civ. 5 juil. 1922, D.P. 1923.I.114
Cass. Civ., 6 févr. 1872. D.P. 192. I. 101
Cass. Civ. 1^{ere}, 17 mai 1982, Bull. civ. I. no 176
Tribunal d'Épinal, 17 mai 1943. Gaz. Pal. 2. 301
Cass. Civ. 3^e, 26 juin 1973. Bull. des arrêts, p. 319

III. DOCTRINE

A. ouvrages et traités généraux

ARCHAMBAULT, J.-P. et al., *Droit des affaires*, 2e éd., Montréal, H.R.W., 1986.

ATIAS, C., *La copropriété des immeubles bâtis*, Paris, Sirey, 1989.

----- *Droit civil, les biens*, 3e éd., Paris, Litec, 1993.

AUBÉNAS, R., *Cours d'histoire du droit privé (Anciens pays de droit écrit)*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1954 (tome 3); 1955 (tome 4).

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, 4e éd., Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1869.

BAUDOIN, J.-L., *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. et A. WALH, *Traité théorique et pratique du droit civil*, vol. 8 «Des successions», t.3, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts, 1905.

BERGEL, J.-L., *Le droit des biens*, Coll. que sais-je ? no 2132, Paris, P.U.F., 1983.

-----, *La propriété*, Paris, Dalloz, 1994.

BOHÉMIER, A. et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3e éd., t.2, Montréal, Thémis, 1986.

BOUFFARD, J., *Traité du domaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1977. (reproduction de l'édition originale de 1921).

BRIÈRE, G., *Traité de droit civil «les successions»*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

BRODEAU, J., *Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, 2e éd., t.1, Paris, Jean et René Guignard, 1669.

BUGNET, J. J., *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t.4, 2e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, t.3 «Les biens», 15e éd., Paris, P.U.F., 1992.

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, par Léon Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1953 (tome 1); 1959 (tome 2).

COMTOIS, R., *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.

CORNU, G., *Droit civil: Introduction, Les personnes et les biens*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1994.

-----, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1996.

COULANGES, F. de, *La Cité antique*, Paris, Hachette, 1960.

CUQ, É., *Les Institutions juridiques des Romains*, Paris, Librairie Chevallier-Maresq aîné, 1891.

-----, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., Paris, L.G.D.J. 1928.

- DABIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- DAGOT, M., *L'indivision (Commentaire de la loi du 31 décembre 1976)*, Paris, Litec, 1978.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XVII «Traité des successions», Paris, Hachette, 1867.
- DE PAGE, H. et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1952 (tome 5); 1973 (tome 9).
- Dictionnaire du notariat*, vol.6, 4e éd., Paris, Administration du Journal des notaires et des avocats, 1854.
- DUBY, G. et R. MANDROU, *Histoire de la civilisation française*, t.2, Paris, Librairie Armand Colin, 1966.
- DUMAS, A., *Histoire du droit français*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1946.
- DUSSAULT, R. et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t.2, Sainte-Foy, P.U.L., 1986.
- FARIBAULT, L., *Traité de droit civil du Québec*, t.4, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954.
- GAGNON, J., *L'examen des titres immobiliers*, 2e éd., Sherbrooke, Les Éditions Quid Juris inc., 1994.
- GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- , *Les communautés familiales*, Paris, Éd. Marcel Rivière, 1963.
- GILISSEN, J., *Introduction historique au droit civil: Première partie: Histoire des sources du droit*, 2e éd., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1962.
- GIVORD, F. et C. GIVERDON, *La copropriété*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1987.
- GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd. rev. par Félix Senn, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1978 (2 vol).
- Grande Encyclopédie (La)*, t. 17, Paris, Société anonyme de la Grande Encyclopédie, v° France.
- GRÉVISSE, M., *Le bon usage Grévisse*, 12e éd., par André Goose, Paris, Duclot, 1986.
- GUIHO, P., *Cours de droit civil*, vol 8, Lyon, Hermès, 1983.
- GUILHIERMOZ, P., *Essai sur l'origine de la noblesse en France au Moyen Âge*, New York, Burt Franklin, 1905.
- HULOT, H., *Les 50 livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t.2, Metz, Behmer et Lamort, 1804.
- IMBERT, J., *Histoire du droit privé*, 7e éd., Coll. que sais-je? no 408, Paris, P.U.F., 1992.
- ISAMBERT, F. A., *Recueil général des anciennes lois françaises*, E.-U., The Gregg Press Incorporated, 1964.
- KISCHINEWSKY-BROQUISSE, É., *La copropriété des immeubles bâtis*, Paris, Litec, 1989.
- JOSSERAND, L., *Cours de droit positif français*, 2e éd., t.1, Paris, Sirey, 1932.
- LAFOND, P.-C., *Droit des biens*, d'après l'oeuvre de Pierre Martineau, Mementos Thémis, Montréal, Thémis, 1991.
- LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

- LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906.
- LARROUMET, C., *Droit civil*, t.2 «Les biens, les droits réels principaux», 2e éd., Coll. Droit civil, Paris, Economica, 1988.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, 3e éd., t. 10, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe et cie / Librairie A. Maresq aîné, 1978.
- LAURITA, R.E., *1001 affixes and their meanings: A dictionary of prefixes, suffixes and inflexions*, New York, Leonardo Press, 1990.
- LEPOINTE, G., *Droit romain et Ancien droit français: droit des biens*, Paris, Dalloz, 1958.
- LÉVY-BRUHL, H., *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947.
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1 «Introduction générale à l'étude du droit», 2e éd., Paris, Sirey, 1972.
- , *Droit civil: les biens*, par Patrice Jourdain, Paris, Dalloz, 1995.
- MAZEAUD, H., L. et J., *Leçons de droit civil*, t. 2, 8e éd., par François Chabas, vol 2: Les biens, Paris, Editions Montchrestien, 1994.
- MERLIN, P. A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnéry, 1808, v° partage.
- MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, Montréal, C. Théorêt, 1896 (tome 2); 1897 (tome 3).
- MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, 6e éd., Paris, Domat/ Montchrestien, 1947.
- MONTPETIT, A. et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945.
- OLIVIER-MARTIN, Fr., *Précis d'histoire du droit français*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1945.
- OURLIAC, P. et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, Paris, P.U.F., 1961 (tome 2); 1968 (tome 3).
- PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, 1ere éd., Coll. droit fondamental, Paris, P.U.F., 1989.
- PERREAULT, A., *Traité de droit commercial*, t.2, Montréal, Albert Lévesque, 1936.
- Petit Larousse en couleurs*, Éditions Larousse, Paris, 1990.
- PLANIOL, M. et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. 3, par Maurice Picard, Paris, 1926.
- POTHIER, R. J., *Oeuvres complètes de Pothier*, «Traité des fiefs», Paris, Thomine et Fortic, 1821; tome.21 «les successions», 1881.
- REINACH, J., *Gaius Institutes*, Coll. Université de France, Paris, Société d'éditions Les Belles Lettres, 1950.
- RIPERT, G. et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t.1, Paris, L.G.D.J., 1956; (tome 2) 1957.
- RODYS, W., *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956.
- SALEILLES, R., *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1910.

- TANCELIN, M., *Des obligations: «L'acte illégitime et les modes d'exécutions»*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995.
- , *Sources des obligations: «L'acte juridique légitime»*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995.
- TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- TERRÉ, F. et P. SIMLER, *Droit civil: Les biens*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1992.
- TISSOT, P.-A., *Les douze livres du Code de l'Empereur Justinien*, t.1, par P.-A. Tissot, 2e éd., Metz, Behmer et Lamort, 1807.
- VILLERS, R., *Droit romain et ancien droit français: les obligations*, 3e éd., par A.E. Giffard, Paris, Dalloz, 1970.
- VILLEY, M., *Le droit romain*, 8e éd., Coll. que sais-je? no 195, Paris, P.U.F., 1987.
- VIOLET, P., *Histoire du droit civil français*, 3e éd., Allemagne, Scientia verlag Aalen, 1966. (réimpression de la 3e édition du Précis de l'histoire du droit français, Paris, 1905).
- WEILL, A., *Droit civil: les biens*, 2e éd., rev. en 1983, Paris, Dalloz, 1974.
- ZÉNATI, F., *Les biens*, 1ere éd., Coll. droit civil/ droit fondamental, Paris, P.U.F, 1988.
- ZURFLUH, A., P. LEBATTEUX et J. BARNIER-SZTABOWICS, *Droit et pratique de la copropriété*, t.1, Paris, Éditions du Moniteur, 1986.

B. thèses

- ABDESSELEM, M., *L'organisation de l'indivision*, Thèse, Paris, 1953, 413 p.
- ABERKANE, H., *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels: Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957, 283 p.
- CHEVALLIER, J., *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Paris, Dalloz, 1932, 294 p. (thèse U. de Rennes 1932).
- COSTE-FLORET, P., *La nature juridique du droit de propriété*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935, 271 p.
- DEJEAN, F., *Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire*, Thèse, Montpellier, 1935, 150 p.
- DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision: Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, L.G.D.J., 1968, 519 p.
- DEPREZ, J., *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse, Rennes, 1953, 705 p. (2 vol.).
- DESSERTAUX, M., *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, Paris, Arthur Rousseau, 1908, 520 p.
- DUCLOS, J., *L'opposabilité(essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1985, 521 p.
- GALLET, A., *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse, Poitiers, 1903, 177 p.

- GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960, 212 p.
- GOUBEAUX, G., *Étude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1910, 381 p.
- GUINCHARD, S., *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1979, 429 p.
- IONASCO, A., *La copropriété d'un bien*, thèse, Paris, 1903, 308 p.
- LASSALLE-HERROU, J., *Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision*, thèse, Bordeaux, 1913, 169 p.
- LEBRET, J., *La notion de l'indivision dans le droit français actuel*, thèse, Caen, 1922, 205 p.
- MERLE, R., *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1948, 374 p.
- MICESCO, I. N., *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*, thèse, Paris, 1907, 194 p.
- MOUY, É., *Contribution à l'étude de la notion de l'indivision à propos des lois récentes sur la prolongation de l'indivision successorale*, thèse, Lille, 1920, 419, p.
- NORMAND, S., *La propriété spatio-temporelle, mémoire de maîtrise en droit*, Ste-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1986, 124 p.
- POULIN, É., *L'hypothèque de la chose d'autrui, mémoire de maîtrise en droit*, Ste-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1983, 202 p.
- QUÉREL, G., *Du caractère fictif de l'article 883 du Code civil et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*, thèse, Lyon, 1923, 125 p.
- RICOL, J., *La copropriété en main commune (Gesammte Hand). Son application possible au droit français*, thèse, Toulouse, 1907, 390 p.
- RIENDEAU, D., *Le partage déclaratif dans la province de Québec*, mémoire de D.E.S., Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1966, 75 p.
- SIESSE, G., *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse, Paris, 1923, 533 p.
- SPETH, F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Paris, L.G.D.J., 1957, 341 p.
- VEROONE, M., *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*, thèse, Lille, 1946, 196 p.

C. Articles

- ABERKANE, H., «L'Étalon, la société en participation et la convention d'indivision», dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 11 et suiv.
- ALLARD, S., La copropriété divise, Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/ nouvelle série*, Doctrine-biens-document 2.

- ANONYME, «De l'état d'indivision-droit de sortir de l'indivision-convention ou disposition testamentaire stipulant l'indivision», (1902-1903) 5 *R. du N.* 194.
- , «Partage-Le testateur peut-il le prohiber ou le suspendre?», (1905-1906) 8 *R. du N.* 301.
- , « Des hypothèques sur propriétés indivises », (1902-1903) 5 *R. du N.* 301
- ARCHAMBAULT, N. et J.-Y. CRÊTE, «Conversion d'un immeuble locatif en copropriété divise: droits et obligations des propriétaires et des locataires», (1988) 4 *C.P. du N.* 227.
- ATIAS, C., «Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle», *J.C.P. (éd. gén.)* 1979. I. doct. 2937.
- AUBÉPIN, «De la nature et des effets du partage», (1860) *Rev. crit. juris.* 536; (1861) *Rev. crit. juris.* 515.
- AUDET, J.-M., «La résidence familiale et quelques nouveaux aspects du droit immobilier», (1982) 85 *R. du N.* 152.
- AUDIBERT, A., «Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo», *Revue Historique de droit français et étranger*, 1904, pp. 273; 401; 649.
- , «L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo», dans *Mélanges Charles Appleton*, Annales de l'Université de Lyon, n.s., fasc. 13, Paris, Rousseau, 1903, p. 3.
- AULAGNON, L., «La pérennité de la propriété», (1934) 54 *Rev. crit. légis. et juris.* 277.
- BAUDOIN, J.-L., «Aspects modernes de la propriété privée en droit québécois», (1964) *Rev. dr. comp.* 123.
- BEAUDET, R., «Les immeubles par destination», (1975) 35 *R. du B.* 339.
- BEAULNE, J., «Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession: droits irréconciliables?», (1989) 20 *R.G.D.* 669.
- , La liquidation des successions sous le Code civil du Québec, Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/ nouvelle série*, Doctrine-succesions-document 1.
- BERGEL, J.-L., «Le rôle des fictions dans le système juridique, (1987-1988) 33 *R.D. McGill.* 357
- BINETTE, S., «De la copropriété indivise et divise», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 589.
- et Y. CARON, « Des hypothèques », dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit, sûretés-doctrine-document* 1.
- BISCARDI, A., «Idées maîtresses du régime de l'indivision en droit grec», (1958) *R.H.D.* 322.
- BOUCHARD, C., «La Réforme du droit des sociétés: L'exemple de la personnalité morale», (1993) 34 *C.de D.* 349.
- , « Le fondement juridique du patrimoine autonome des sociétés de personnes », (1996) 2 *C.P. du N.* 31
- BOUDREAULT, M., «Le patrimoine familial: principes et commentaires», (1990) 21 *R.G.D.* 415.
- , «Remarque préliminaire concernant l'hypothèque d'un droit indivis résultant d'une convention d'indivision», Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/ nouvelle série*, Biens-formulaires-document 2.

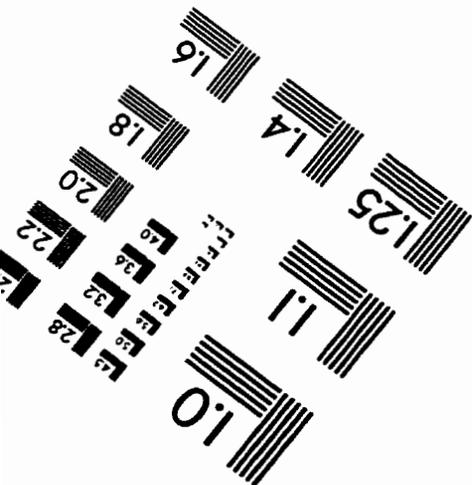
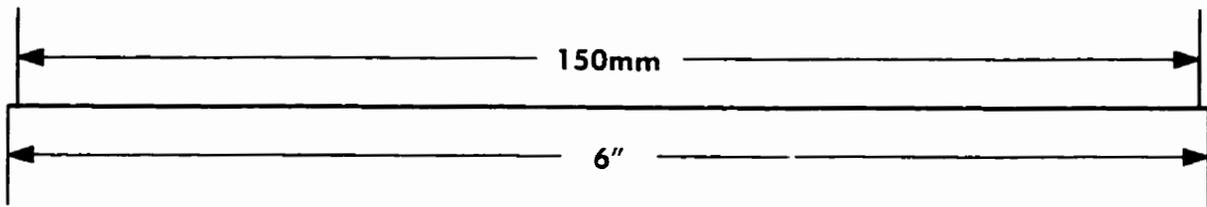
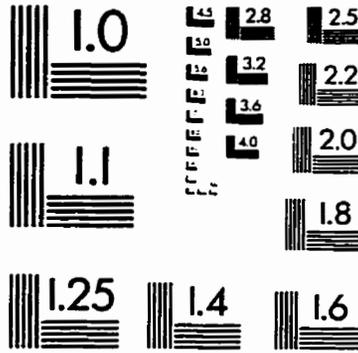
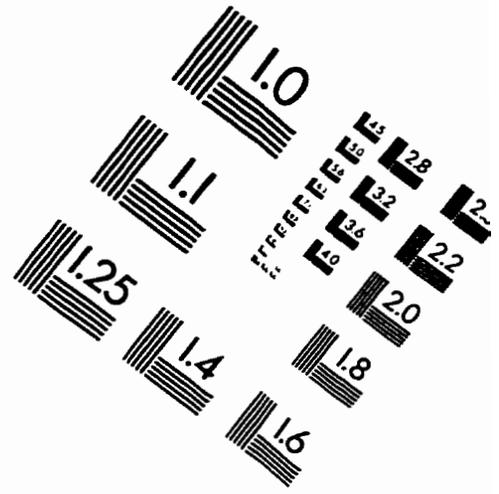
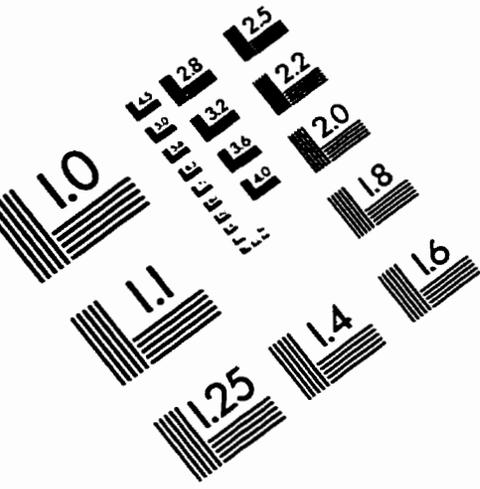
- BRETON, A., «Théorie générale de la renonciation aux droits réels», (1928) 27 *Rev. trim. dr. civ.* 261.
- BRETON, A., «Indivision», *Guide juridique Dalloz*.
- BRIERLY, J. E.C., «Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec», (1995) 1 *R.I.D.C.* 33
- CAILTEAUX, L., «La solidarité familiale dans la région rémoise au XIVe siècle», (1964) *R.H.D.* 283.
- CANTIN-CUMYIN, M., «L'indivision», dans *Mélanges Germain Brière*, Collection bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 325.
- , «De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés, essai sur l'énumération limitative des droits réels», (1986) 46 *R. du B.* 3
- CAPITANT, H., «De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté entre époux», (1929) 49 *Rev. crit. légis. et juris.* 65.
- , «L'indivision héréditaire», 44 *Rev. crit. légis. et juris.* 19, 84.
- CARDINAL, J.-G., «La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités», (1964-1965) 67 *R. du N.* 271, 323, 443; (1965-1966) 68 *R. du N.* 99; (1967-1968) 70 *R. du N.* 493.
- , «Théorie de l'accession immobilière», (1966) 16 *R.J.T.* 285.
- CATALA, P., «L'indivision (Lois no 76-1286 du 31 décembre 1976 et no 78-627 du 10 juin 1978)», *Rép. not. Defrénois*, 1979, nos 31874, 31886, 32160; *Rép. not. Defrénois*, 1980, nos 32172, 32576.
- CHAMPIONNIÈRE, «Étude historique sur l'article 883 du Code civil», (1838) 7 *Rev. de légis.* 405; 8 *Rev. de légis.* 161.
- CHARBONNEAU, P., «Les patrimoines d'affectation: vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine», (1983) 85 *R. du N.* 491.
- CHAVRIER, M., «Indivision», *Encyclopédie Dalloz (droit civil)*.
- CHÉNARD, V., «La vente de parts indivises d'immeubles et la réglementation des valeurs mobilières», *Association du Barreau canadien*, 1988, p. 1.
- CIOTOLA, P. et N. GAGNON, «Conflits matrimoniaux et partage des biens», (1990) 2 *C.P. du N.* 303.
- COSSETTE, A., «Considérations sur le droit de propriété et son évolution», (1986) 70 *R. du N.* 277.
- , «Le privilège de copartageant», (1961) 64 *R. du N.* 133.
- CRÊTE, J.-Y., «Un survol de la tutelle et de la curatelle», dans *Journal Entracte*, 1er mars 1996, pp. 5-6.
- DEKEUWER-DESFOSSÉZ, «L'indivision dans les sociétés en participation», *J.C.P. (éd. gén.)* 1980. I. Doctr. 2970.
- DERRUPÉ, J., «Sociétés», *Juris-classeur civil*, art. 1832 à 1844-7, fasc. 70.
- DESCHAMPS, M., «Vers une approche renouvelée de l'indivision», (1984) 29 *R.D McGill* 215.
- DESCOTEAUX, G., «La notion d'exploitation en regard de la distinction des meubles et des immeubles», (1966) 68 *R. du N.* 409.
- DIDIER, P., «Sociétés», *Guide juridique Dalloz*.
- DONNIER, M., «Indivision», *Juris-classeur civil*, art. 815 à 815-18, fasc. 10.

- DUCHARME, G., «Copropriété et indivision», (1979) *C.P. du N.* 29.
- DUQUAIRE, V., «De l'hypothèque sur les immeubles indivis», (1853) 3 *Rev. crit. de la juris.* 806.
- FILHOL, R., «Propriété absolue et démembrements de la propriété», dans l'Ancien droit français», dans *Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, XXII, Étude de droit contemporain (n.s), Paris, Cujas, 1963, p. 42.
- FLEURENT, M., «La commune de la Baie St-Antoine, communément appelée Baie-du-Febvre», (1982) 4 *Les Cahiers nicolétains* 117.
- FORTUNET, F., «L'insoutenable légèreté de l'être non propriétaire», dans Centre National de la recherche scientifique, *Propriété et Révolution*, Toulouse, C.R.N.S., 1990, p. 43.
- FRENETTE, F., «Chronique de droit des biens», (1973) 4 *R.G.D.* 91.
- , «Commentaires sur le Rapport de l'O.R.C.C. sur les biens», (1976) 17 *C.de D.* 991.
- , «Du droit de propriété, certaines de ses dimensions méconnues», (1979) 20 *C. de D.* 439.
- , «La propriété superficière», (1985) 26 *C. de D.* 727.
- , «Emphytéose et copropriété par déclaration: La démystification d'une impossible coexistence», (1987) 90 *R. du N.* 145.
- , «Propos et considérations en droit des biens six mois après la mise en oeuvre du nouveau Code», (1994) *R. du N.* 492.
- , «De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 669.
- GAGNON, C., «La détermination du caractère commun ou exclusif de certaines parties d'un immeuble en copropriété divisée», dans *Récents développements en droit de la copropriété divisée*, Montréal, Coédition: Chambre des notaires du Québec et Éditions Thémis, 1993, p. 161.
- GARRON, R., «Influence de la destination sur le régime juridique des droits», *Recueil Dalloz-Sirey*, 1965, p. 191.
- GAUDET, S., «Le droit à la réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel ad rem», (1989) 19 *R.D.U.S.* 473.
- GÉRAUD-LLORCA, É., «La doctrine et la propriété à la fin de l'ancien Régime 1750-1789», dans *La doctrine juridique*, Centre d'histoire du droit et de recherches inter-normatives de Picardie, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, P.U.F., 1993, p. 53.
- GOLDWATER, R., «La société civile est-elle une personne morale?», (1959-1960) 34 *R.J.T.* 91.
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, «Acquérir un immeuble à logements», *Régie du logement*, 1995.
- , «La conversion en copropriété divisée... et les locataires», *Régie du logement*, 1993.
- GRENIER, R. et D. LACROIX, «Alternatives à la copropriété par déclaration», (1983) 86 *R. du N.* 132, 295.
- HAMEL, J., «L'affectio societatis», (1924) *Rev. trim. dr. civ.* 761.
- HÉBRAULT, P., «La copropriété par appartement», (1938) 37 *Rev. trim. dr. civ.* 23.
- HILAIRE, J., «Vie en commun, famille et esprit communautaire», (1973) *R.H.D.* 8.

- JAMBU-MERLIN, R., «Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques», (1948) 46 *Rev. trim. dr. civ.* 271.
- JOHNSON, T., «In a Manner of Speaking: Towards a Reconstitution of Property in Nineteenth Century Quebec», (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 636.
- JORON, U., «Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur la propriété indivise», (1932-1933) 35 *R. du N.* 299.
- JOSSERAND, L., «Essai sur la propriété collective», dans *Le code civil 1804-1904*. Livre du Centenaire, t.1, Paris, Rousseau, 1904, p. 355.
- JOURDAIN, P., «Les actes de disposition sur la chose indivise (condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision)», (1987) 86 *Rev. trim. dr. civ.* 498.
- LAFLAMME, L., «Convention d'indivision», Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit nouvelle série*, Formulaires-biens-document 2.
- , «Le droit de la copropriété: récents développements en matière de copropriété par indivision», (1996) 1 *C.P. du N.* 215.
- LAMONTAGNE, D.-C., «Copropriété divisée : enregistrement et problèmes connexes », dans *Récents développements en droit de la copropriété divisée*, Montréal, Coédition: Chambre des notaires du Québec et Éditions Thémis, 1993, 391.
- LAMONTAGNE, M.-A., «Liquidation et partage de successions», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 359.
- LAVALLÉE, A., «Propos aux notaires: validité de l'hypothèque sur une portion indivise», (1966-1967) 69 *R. du N.* 536.
- LEBRET, J., «Du sort des droits consentis sur des biens indivis», (1928) *Rev. crit.* 407.
- MACDONALD, R. A., «Reconceiving the symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies», (1994) 39 *McGill L.J.* 761.
- MARNIERRE, E.S. de La, «Des conventions d'indivision (loi du 31 décembre 1976)», *Gaz. pal.* 1977. II. doct. 259 et 348.
- MARTIN, X., «L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme», (1982) *R.H.D.* 529.
- McAULEY, M., «La fiducie du Québec sur la scène internationale», (1985) 1 *C.P. du N.* 313.
- NERSON, R., «Indivision», *Répertoire de droit civil*, Dalloz.
- NORMAND, S., « La propriété spatio-temporelle », (1987) 28 *C. de D.* 261.
- «Nouveaux prêts hypothécaires pour les copropriétés indivises», *Journal Les Affaires*, 5 déc. 1992, p. 55.
- OUELLET, F., «L'abolition du régime seigneurial et l'idée de propriété», (1954) 14 *Hermès* 22-26.
- PATARIN, J., «La double face du régime juridique de l'indivision», dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris II, Litec, 1990, p. 331.
- , «Inexistence totale de la vente à défaut d'accord de tous sur le prix, compte tenu de l'intention des parties», (1981) *Rev. trim. dr. civ.* 665
- PATAULT, A.-M., «La propriété non exclusive au XIX^e siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble», (1983) *R.H.D.* 217.

- , «Regard historique sur l'évolution du droit des biens: histoire de l'immeuble corporel dans l'évolution contemporaine du droit des biens», dans *Troisièmes journées René Savatier*, Paris, P.U.F. 1991, p.1.
- PAYETTE, L., «Des priorités et des hypothèques», dans Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 9.
- PETTIT, H., «La réforme du droit de copropriété par indivision», (1990) 21 *R.G.D.* 285.
- PICHETTE, S., «La relativité du droit de propriété», (1990) 24 *R.J.T.* 529.
- PLANIOL, M., «La cession de droits successifs peut-elle produire l'effet déclaratif du partage?», (1883) *Rev. crit.* 588.
- POUMAREDE, J., «De la difficulté de penser la propriété (1789-1793), dans Centre National de la Recherche scientifique, *Propriété et Révolution*, Toulouse, C.R.N.S., 1990, p. 27.
- POURCELET, M., «L'évolution du droit de propriété», dans *Le droit dans la vie économique-sociale, Livre du Centenaire du Code civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p.3.
- PRUD'HOMME, É., «Le maintien de l'indivision selon le Code civil du Québec», (1995) 26 *R.J.T.* 191.
- RAYNAUD, P., «La renonciation à un droit. sa nature et son domaine en droit civil», (1936) 35 *Rev. trim. dr. civ.* 763.
- SAINT-ALARY-HOUDIN, C., «Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil», (1979) *Rev. trim. dr. com.* 645.
- SAMOISSETTE, L., «La propriété indivise du Code civil du Québec: considérations fiscales», (1993) 24 *R.D.U.S.* 185.
- SEILLAN, Y., «L'acte abdicatif», (1966) 64 *Rev. trim. dr. civ.* 686.
- SENÉCAL, J.-P., «La copropriété indivise entre conjoints», (1989) 3 *C.P. du N.* 45.
- SLAG, A., «La copropriété et son financement», *Cours de formation permanente du Barreau*, congrès 1982, p. 259.
- SMITH, J., «La personnalité morale des groupements non constitués en corporation», (1979) 81 *R. du N.* 457.
- SYLVESTRE, P., «Les nouveaux modes de propriété immobilière: la copropriété indivise et la coopérative d'habitation locative», (1984) 84 *F.P. du B.* 101.
- TACHEREAU, J., «Les fiducies entre vifs», (1995) 1 *C.P. du N.* 283.
- TESTU, F. X., «Indivision», *Encyclopédie Dalloz (droit civil)*.
- TRIANI, C., «Le «retour à la table»: une tentative coutumière pour maintenir le patrimoine familial», (1971) *R.H.D.* 65.
- VALLÉE-OUELLET, F., «Les droits et les obligations des copropriétaires», (1978) 24 *R.D. Mc Gill*, 196-235; 359-395.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Le marquis de, «De la copropriété», (1907) 36 *Rev.crit. lég. et juris.* 530.
- , «La définition et la notion juridique de la propriété», (1905) 4 *Rev.trim. dr. civ.* 443.
- VERDIER, R., «Liquidation et partage», *Encyclopédie Dalloz (sociétés)*.

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



APPLIED IMAGE . Inc
 1653 East Main Street
 Rochester, NY 14609 USA
 Phone: 716/482-0300
 Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved

