

Le patrimoine familial : principes et commentaires

Marc Boudreault

Volume 21, Number 3, September 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058219ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058219ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boudreault, M. (1990). Le patrimoine familial : principes et commentaires. *Revue générale de droit*, 21(3), 415–472.1. <https://doi.org/10.7202/1058219ar>

Article abstract

This article is a critical review of the new legislative provisions on family patrimony in Québec. The author's approach to each of the divisions of his plan is two-fold. He first sets out the principles established by the legislation. He then offers critical comments on the legislative provisions. These comments deal mostly with the difficulty of application, the ambiguities and contradictions of the new legislation.

Le patrimoine familial: principes et commentaires

MARC BOUDREAULT

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Cet article a pour but d'examiner de façon critique les nouvelles dispositions portant sur le patrimoine familial. En rapport avec chacune des divisions de la matière, l'auteur, afin de permettre aux lecteurs de se familiariser avec cette nouvelle législation, commence d'abord par exposer de façon sommaire les principes qui se dégagent de la loi. Puis cette première étape complétée, l'auteur nous fait part de ses commentaires. Dans cette seconde étape, l'auteur s'attarde alors à faire ressortir les difficultés d'application, les ambiguïtés et même les contradictions que recèlent ces nouvelles dispositions.

ABSTRACT

This article is a critical review of the new legislative provisions on family patrimony in Québec. The author's approach to each of the divisions of his plan is two-fold. He first sets out the principles established by the legislation. He then offers critical comments on the legislative provisions. These comments deal mostly with the difficulty of application, the ambiguities and contradictions of the new legislation.

SOMMAIRE

Introduction	417
I. Composition du patrimoine familial.....	418
A. Principes.....	418
1. Biens inclus.....	418
2. Biens exclus	420

B. Commentaires	420
1. À propos des biens inclus	420
<i>a) La résidence principale et la résidence secondaire de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage</i>	420
<i>b) Les meubles affectés à l'usage du ménage garnissant ou ornant les résidences principale et secondaire</i>	424
<i>c) Les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille</i>	426
<i>d) Les régimes de rentes ou de retraite</i>	427
2. À propos des biens exclus	428
<i>a) Les droits de retraite exclus en cas de décès</i>	428
<i>b) Les biens échus par succession, legs ou donation</i>	428
3. À propos de l'application des principes de la subrogation réelle	431
II. Partage du patrimoine familial	435
A. Les causes de liquidation du patrimoine familial	436
1. Principes	436
2. Commentaires	437
B. Établissement de la valeur partageable	442
1. Principes	442
2. Commentaires	445
<i>a) À propos de l'établissement de la valeur partageable lorsque les biens appartiennent aux deux époux</i>	445
<i>b) À propos du calcul des déductions prévues par l'article 462.5</i>	447
(i) La déduction prévue par le premier alinéa de l'article 462.5	447
(ii) La déduction prévue par le second alinéa de l'article 462.5	452
C. L'option entre le partage ou la renonciation	453
1. Principes	453
2. Commentaires	456
<i>a) À propos du ou des bénéficiaires de cette option</i>	456
<i>b) À propos de l'annulation de la renonciation pour cause de lésion</i>	462
D. L'exécution du partage	464
1. Principes	464
2. Commentaires	466
<i>a) À propos de l'exécution du partage par dation en paiement</i>	467
<i>b) À propos du pouvoir laissé au tribunal d'attribuer certains biens</i>	468
III. Dispositions transitoires	470
A. Principes	470
B. Commentaires	471
Conclusion	472

INTRODUCTION

La *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*¹, plus familièrement connue comme étant le projet de loi 146, est entrée en vigueur le premier juillet 1989.

Un des principaux objets de cette loi a été d'instituer au *Code civil du Québec* un nouveau concept, soit celui du patrimoine familial, auquel est maintenant consacrée la nouvelle section III, regroupant les articles 462.1 à 462.13, du chapitre sixième du livre deuxième dudit Code.

En rapport avec ce nouveau concept, le présent travail poursuit un double but. D'abord expliquer de façon sommaire en quoi consistent ces nouvelles dispositions afin que chacun puisse se familiariser avec cette nouvelle législation. Ensuite, après que les principes de base auront été rapidement exposés, examiner de façon plus critique les dispositions concernées pour en faire ressortir soit les difficultés d'application, soit les ambiguïtés, soit même, en certains cas, les contradictions qu'elles pourront receler.

Afin de s'assurer que les commentaires pourront plus facilement être compris, ceux-ci, plutôt que d'être regroupés ensemble à la fin du texte, suivront immédiatement l'exposé des principes généraux. La démarche adoptée sera donc la même tout au long du présent texte. Seront d'abord énoncés, en rapport avec le point traité, les principes ou les solutions avancées par le législateur, puis suivront ensuite les commentaires relatifs au point ou aux principes ainsi abordés.

Reprenant par ailleurs le plan adopté par le *Code civil du Québec* sous la section du patrimoine familial, la première partie de ce travail sera consacrée à la composition du patrimoine familial, alors que la deuxième partie portera sur le partage de ce patrimoine. La troisième partie, enfin, traitera brièvement des dispositions transitoires les plus importantes.

1. L.Q. 1989, c. 55, ci-après nommée « projet de loi 146 ». Il est à noter que le présent texte a été rédigé avant l'entrée en vigueur, le 22 juin 1990, du projet de loi 47, intitulé *Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile*, L.Q. 1990, c. 18. Pour cette raison, ce sont donc les articles 462.1 à 462.13, tels que rédigés au moment où le projet de loi 146 est entré en vigueur, qui y sont analysés. On retrouvera cependant tout au long du texte des renvois en bas de page qui, le cas échéant, renseigneront le lecteur sur l'impact que ces modifications, apportées par le projet de loi 47 aux dispositions portant sur le patrimoine familial, ont pu avoir tant au niveau des principes que des commentaires ci-après exposés.

I. COMPOSITION DU PATRIMOINE FAMILIAL

A. PRINCIPES

L'article 462.¹² prévoit que « Le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens ».

La première chose que l'on peut noter, c'est que cet article prévoit la constitution d'un patrimoine familial par le seul effet du mariage. Étant, en effet, insérés au chapitre sixième du Titre du mariage, intitulé « Des effets du mariage », les articles 462.1 à 462.13 s'appliquent, de façon impérative, à tous les époux domiciliés au Québec et ce peu importe la date de leur mariage ou leur régime matrimonial.

La seule exception apportée à ce principe est la possibilité laissée, à titre de mesure transitoire, aux gens déjà mariés au 1^{er} juillet 1989, de manifester, sous certaines conditions que nous verrons plus loin, leur volonté de ne pas être assujettis à ces dispositions.

On peut également souligner qu'à moins d'avoir pu ainsi se soustraire à ces nouveaux textes de loi, il ne sera pas permis aux époux de renoncer à l'avance, par contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial. Seule une renonciation survenant après l'ouverture du droit au partage du patrimoine familial sera possible et encore faudra-t-il que cette renonciation ne soit pas lésionnaire sous peine de pouvoir être annulée par la suite³.

1. Biens inclus

Le patrimoine familial, comme l'indique l'article 462.1, se compose de biens qui pourront appartenir indifféremment à l'un ou à l'autre des époux ou encore aux deux indivisément. Les biens devant former ce patrimoine familial sont ceux que mentionne l'article 462.2, lequel prévoit au premier alinéa que « Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire: la résidence principale et la résidence secondaire de la famille ou les droits qui confèrent l'usage de ces résidences, les meubles affectés à l'usage du ménage qui les garnissent ou les ornent, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite ».

L'alinéa deux de ce même article ajoute qu'« Entrent également dans ce patrimoine, les gains inscrits durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de

2. À moins d'indication contraire, les articles mentionnés dans le présent texte sont des articles du *Code civil du Québec*.

3. Voir les articles 462.10 et 462.11.

programmes équivalents» tandis que l'alinéa cinq précise, dans un style de rédaction qui se rapproche plus d'une technique propre à la common law que de celle habituellement utilisée dans une codification civiliste, que « Pour l'application des règles sur le patrimoine familial, est un régime de retraite :

- le régime régi par la Loi sur les régimes complémentaires de retraite ou celui qui serait régi par cette loi si celle-ci s'appliquait au lieu où l'époux travaille,
- le régime de retraite régi par une loi semblable émanant d'une autorité législative autre que le Parlement du Québec,
- le régime de retraite établi par une loi émanant du Parlement du Québec ou d'une autre autorité législative,
- un régime enregistré d'épargne-retraite,
- tout autre instrument d'épargne-retraite, dont un contrat constitutif de rente, dans lequel ont été transférées des sommes provenant de l'un ou l'autre de ces régimes ».

En résumé, le patrimoine familial se compose donc des biens suivants: la résidence principale, la résidence secondaire, les meubles du ménage, les véhicules automobiles de la famille et les droits accumulés durant le mariage dans des régimes de retraite et de rentes tant publics que privés.

Il convient cependant de souligner immédiatement que ce ne seront pas les biens comme tels qui feront l'objet d'un partage, mais bien uniquement leur valeur, le partage du patrimoine familial portant en effet sur la valeur marchande des biens en faisant partie sous réserve, cependant, de certaines déductions qui pourront réduire le montant partageable⁴.

On peut également ajouter que seuls les biens appartenant aux époux à la date du décès de l'un d'entre eux ou à la date d'introduction de l'instance en séparation de corps, divorce ou nullité du mariage, selon le cas, seront pris en considération pour l'établissement de la valeur du patrimoine familial⁵. Le tribunal aura cependant le pouvoir, lorsqu'un bien du patrimoine familial aura été aliéné dans l'année précédant cette date sans avoir été remplacé, d'ordonner qu'un paiement compensatoire soit fait à l'époux à qui aurait profité l'inclusion de ce bien dans le patrimoine familial⁶. Il en sera également de même lorsqu'un tel bien aura été aliéné plus d'un an avant cette date s'il est prouvé que l'aliénation avait été faite dans le but de diminuer la part de l'époux à qui aurait profité l'inclusion de ce bien au patrimoine familial⁷.

4. Articles 462.4 et 462.5.

5. Article 462.4. Sous réserve, cependant, du second alinéa de cet article qui prévoit que le tribunal peut, sur demande, décider que la valeur du patrimoine familial sera établie selon la valeur des biens et des dettes à la date où les époux ont cessé de faire vie commune.

6. Article 462.8. Il est à noter que le projet de loi 47 a apporté une légère modification à cet article en prévoyant qu'il pourra désormais s'agir d'un bien « aliéné *ou diverti* dans l'année précédant le décès [...] ». (nos italiques)

7. *Ibid.*

2. Biens exclus

Sont d'abord exclus tous les biens non visés par l'article 462.2. Sont également exclus selon l'alinéa 3 de ce même article, les gains inscrits durant le mariage au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents ainsi que les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi⁸ par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès advenant, et dans ce cas seulement, que la dissolution du mariage résulte du décès.

Sont enfin exclus en vertu du quatrième alinéa de ce même article tous les biens échus à l'un des époux par succession, legs ou donation, peu importe que ces biens aient été reçus avant ou pendant le mariage.

B. COMMENTAIRES

Nos commentaires porteront d'abord sur les biens inclus dans le patrimoine familial, ensuite sur ceux qui en sont exclus et finalement sur un problème particulier que soulèvent ces dispositions en rapport avec l'application des principes de la subrogation réelle lorsqu'un bien, expressément exclu par la loi, est subséquemment aliéné et remplacé par un autre bien de même nature.

1. À propos des biens inclus

a) La résidence principale et la résidence secondaire de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage

Les premiers biens que mentionne l'article 462.2, dans son énumération de ceux devant constituer le patrimoine familial, sont: «la résidence principale et secondaire de la famille ou les droits qui confèrent l'usage de ces résidences».

En rapport avec ces biens, la détermination de ce qui constitue «la résidence principale de la famille» ne devrait pas causer de difficultés particulières. Il devrait s'agir, en principe, de la résidence familiale puisqu'aux articles 449 et suivants on se sert des termes «résidence principale de la famille» pour désigner la résidence familiale. Au besoin le deuxième alinéa ajouté par le projet de loi 146 à l'article 444 pourra servir à déterminer quelle est cette résidence, celui-ci prévoyant qu'«En l'absence de choix exprès, la résidence familiale est présumée être celle où les membres exercent leurs principales activités».

8. L'article 462.2 a également été légèrement modifié par le projet de loi 47 et il est maintenant prévu qu'il peut s'agir «d'un régime de retraite régi *ou établi* par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès». (nos italiques)

Soulignons, par ailleurs, que le terme « famille » doit, pour les fins des articles 462.1 et suivants, être interprété de façon à englober tant les couples avec enfants que les couples sans enfants. On peut même, à cet égard, prétendre que ce terme vise ici, d'abord et avant tout, les conjoints eux-mêmes indépendamment des enfants. Le but de la loi créant le patrimoine familial est en effet, comme son titre l'indique, de favoriser l'égalité économique des époux et de permettre à l'un d'eux de réclamer une partie de la valeur de certains biens possédés par l'autre advenant la dissolution du mariage ou une séparation de corps.

Il s'agit donc d'une loi qui ne s'intéresse qu'aux rapports économiques entre les époux, indépendamment de l'intérêt des enfants. Il pourra même arriver d'ailleurs que le partage du patrimoine familial puisse favoriser un époux au détriment des enfants et donc de la famille au sens propre du terme. Il serait donc plus exact de parler d'un patrimoine « conjugal » plutôt que d'un patrimoine « familial ».

En ce qui concerne la résidence secondaire de la famille, dans la mesure où les époux n'en possèdent qu'une, aucun problème ne se soulève. Qu'en est-il cependant si les époux en possèdent plus d'une? Puisque l'article 462.2 énumère de façon limitative les biens qui composent le patrimoine familial et que les articles 462.1 et suivants créent eux-mêmes des droits d'une nature exceptionnelle, il nous apparaît qu'une interprétation restrictive devrait prévaloir. L'article 462.2 utilisant le singulier et non le pluriel, seule la résidence « secondaire » de la famille, c'est-à-dire celle que la famille utilise le plus souvent après la résidence familiale, devrait être incluse dans le patrimoine familial. Le terme secondaire devrait donc, à notre avis, être interprété comme visant la résidence qui, en fonction du temps où elle est utilisée par la famille pendant une année, se qualifierait comme étant la résidence secondaire, par rapport à une autre qui, en fonction du même critère, ne pourrait être qualifiée que de résidence tertiaire.

On peut également ajouter que si l'intention du législateur avait été d'inclure toutes les résidences dont les époux sont propriétaires, pour quelle raison aurait-il pris soin de faire une distinction entre la résidence principale et la résidence secondaire? La seule mention des résidences de la famille aurait alors suffi. On peut donc penser que cette qualification des résidences visées avait pour but de distinguer la résidence principale et la résidence secondaire des autres résidences pouvant appartenir aux époux.

Il est à remarquer, par ailleurs, que ce n'est qu'au moment où devra se faire la liquidation du patrimoine familial qu'il deviendra nécessaire de procéder à cette qualification. Il faut bien comprendre, en effet, que pendant le mariage, le patrimoine familial n'entraîne aucune incidence sur les biens dont la valeur pourra éventuellement être prise en considération pour les fins du partage du patrimoine familial. Il pourra d'ailleurs arriver qu'une résidence que l'on aurait pu qualifier de secondaire à une certaine époque durant le mariage ne puisse plus l'être au moment de la liquidation du patrimoine familial. Seule la valeur de celle qui se révélera, à ce moment,

être la plus utilisée après la résidence principale devra alors être prise en considération pour les fins d'établissement de la valeur du patrimoine familial.

Rien ne s'oppose, d'autre part, à ce que cette résidence secondaire puisse être située hors du Québec. Il ne faut pas oublier, en effet, que ce n'est pas le bien comme tel qui fera l'objet du partage, mais bien uniquement sa valeur. On ne voit donc pas de difficulté à ce que la valeur d'un tel bien soit incluse dans la masse partageable.

À propos de cette valeur on peut cependant s'interroger sur la solution qu'il faudra adopter lorsqu'une partie seulement d'un immeuble aura servi de résidence principale ou secondaire. Faudra-t-il alors, pour les fins d'établissement de la valeur du patrimoine familial, inclure la valeur totale de l'immeuble ou seulement la partie représentant la valeur de l'espace occupé pour des fins résidentielles?

Il apparaît logique de croire que la deuxième solution devra être retenue. Le bien visé par l'article 462.2 étant la résidence principale ou secondaire de la famille, seule la valeur correspondant à la partie du bien utilisée par la famille devrait, à notre avis, être incluse. Il pourrait en effet paraître injuste d'inclure dans la masse partageable la valeur totale d'un immeuble de huit logements, alors même que sept d'entre eux sont loués et qu'un seul est utilisé par la famille pour des fins résidentielles. De même, on verrait mal que le propriétaire d'un terrain de vingt acres doive inclure la valeur totale de son immeuble dans la masse partageable alors que la surface utilisée pour des fins résidentielles serait clairement limitée à deux acres comme dans l'hypothèse où la partie servant de résidence aurait été clôturée.

Plus difficile, par ailleurs, est la question de déterminer quelle sera la valeur qui devra être incluse si un immeuble n'est, au cours d'une année, que partiellement utilisé pour des fins de résidence. Le problème pourra, par exemple, se soulever à propos d'une résidence secondaire, tel un chalet, qui ne serait utilisé par la famille que deux mois durant l'année et loué le reste du temps. Il pourra également se poser pour d'autres biens, telle une automobile utilisée à la fois pour des fins commerciales et des fins familiales.

Dans de tels cas, l'intention des parties pourra, selon nous, être appelée à jouer un certain rôle. Si le bien a d'abord été acheté pour des fins familiales et que ce n'est qu'accessoirement et sans avoir l'intention d'en changer la vocation première qu'il est utilisé à d'autres fins, tel un chalet qui serait loué pour éviter qu'il ne demeure inoccupé et ce uniquement pendant des périodes où la famille ne peut ou ne veut pas s'y rendre, on devrait conclure à ce que la valeur totale du bien soit incluse dans le patrimoine familial.

Si, par contre, le bien a d'abord été acheté pour des fins autres que familiales et que ce n'est qu'exceptionnellement et de façon rarissime qu'il est utilisé pour des fins familiales, il devrait alors, à notre avis, être

exclu de la catégorie des biens visés par 462.2. Seul un changement d'intention ou une utilisation suffisamment régulière du bien à des fins familiales devrait alors permettre de contrecarrer l'intention originale du propriétaire et entraîner l'inclusion totale ou partielle de la valeur du bien dans la masse partageable.

Si, enfin, le bien a été acheté dans le but de servir à plusieurs fins, dont des fins familiales, ou que l'utilisation qui en est faite démontre que le bien est ainsi utilisé, rien ne s'opposerait, selon nous, à ce que la valeur incluse au patrimoine familial soit fixée en proportion du temps où le bien est effectivement utilisé pour des fins familiales. Ainsi, s'il est prouvé, ou si les époux s'entendent pour reconnaître, que le bien est utilisé 40 % du temps pour des fins familiales et 60 % du temps pour des fins autres que familiales, 40 % de la valeur marchande du bien devrait être ajoutée dans la masse partageable. Cette façon de procéder aurait le mérite de tenir compte de l'intention originale des parties, dans la mesure où cette intention ne paraisse pas avoir été subséquemment modifiée dans les faits, et dans le cas d'utilisations multiples, de vraiment refléter la réalité au niveau de la valeur qui sera incluse dans le patrimoine familial.

Ajoutons que si, par hypothèse, un bien n'est utilisé qu'à des fins personnelles, commerciales ou professionnelles, tel un chalet qui serait utilisé exclusivement à des fins de chasse par l'un des époux ou exclusivement à recevoir des clients et invités d'une compagnie ou entreprise appartenant à l'un des époux, qu'il va de soi que le bien n'étant pas utilisé à des fins familiales, sa valeur ne devrait pas être ajoutée à la masse partageable.

On peut enfin se demander ce que le législateur entend couvrir en ajoutant à la suite de « la résidence principale et secondaire de la famille » les termes « ou les droits qui confèrent l'usage de ces résidences ». Il semblerait qu'en plus de viser ainsi les cas où un époux, plutôt que d'être propriétaire, détiendrait un droit d'emphytéose, d'usufruit, d'usage ou d'habitation dans le bien, le législateur voudrait par là englober ces hypothèses où le droit d'occuper les lieux servant de résidence principale ou secondaire découlerait d'actions ou de parts sociales conférant à leur titulaire l'usage de ces lieux. La valeur de ces droits, de ces actions ou de ces parts devrait alors être incluse dans la masse partageable.

On peut penser que ces droits n'aient de la valeur que dans la mesure où ils auront été acquis en contrepartie du droit de pouvoir occuper les lieux pendant une période de temps définie ou même indéfinie comme dans le cas d'un droit viager. Leur valeur pourra être établie soit en fonction de la valeur de revente de ces droits, soit, s'il s'agit d'un droit qui ne peut être cédé, comme dans le cas d'un droit d'habitation, en fonction de la valeur locative des lieux occupés et du nombre d'années restant à courir avant que ne s'éteigne le droit conféré. Advenant que le droit soit viager, il faudra vraisemblablement se fonder sur des données actuarielles pour déterminer

l'espérance de vie du bénéficiaire de façon à pouvoir préciser la durée de ce droit et parvenir à en établir la valeur.

Ces termes pourraient-ils aussi viser les droits résultant d'un bail ? Dans la mesure où ces droits peuvent avoir une certaine valeur, la réponse pourrait être positive. On peut cependant penser que, dans la majorité des cas, un bail résidentiel ne présentera en soi aucune valeur économique.

b) Les meubles affectés à l'usage du ménage garnissant ou ornant les résidences principale et secondaire

Après la résidence principale et la résidence secondaire, l'article 462.2 ajoute que le patrimoine familial est également constitué des « meubles affectés à l'usage du ménage qui les garnissent ou les ornent ».

On doit remarquer que deux conditions subordonnent l'inclusion de ces biens dans le patrimoine familial. Il faut d'abord que ces meubles soient affectés à l'usage du ménage et ensuite que ces meubles garnissent ou ornent soit la résidence principale, soit la résidence secondaire.

Que faudrait-il penser alors de meubles qui, par exemple, garniraient la résidence principale de la famille, mais qui seraient utilisés exclusivement par un époux à des fins professionnelles ? Si l'on applique strictement l'article 462.2, ces meubles, n'étant pas affectés à l'usage du ménage, devraient être exclus. Pourrait-on, par contre, faire jouer, par analogie, la présomption que le projet de loi 146 est venu ajouter comme second alinéa à l'article 449 ?

Le premier alinéa de cet article prévoit qu'« un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, nantir, aliéner ni transporter hors de la résidence principale de la famille les meubles qui sont affectés à l'usage du ménage ». Un deuxième alinéa complète cependant depuis le 1^{er} juillet 1989 cette disposition en précisant que « sont ainsi affectés les meubles destinés à garnir ou orner la résidence principale de la famille ».

En vertu de cet ajout, sont donc, selon l'article 449, automatiquement affectés à l'usage du ménage les meubles qui garnissent ou ornent la résidence principale de la famille. Ainsi, pour que le régime de protection mis en place par cet article puisse jouer, on ne retrouve plus comme auparavant deux conditions, mais bien une seule : que les meubles soient destinés à garnir ou orner la résidence principale de la famille.

Doit-on appliquer les mêmes principes en regard des meubles visés par l'article 462.2 ? Nous croyons que non. L'article 449 ayant comme but de protéger le cadre physique de la vie familiale et comme seul effet d'exiger le consentement du conjoint avant que certains actes ne puissent être posés, on peut comprendre que les critères d'application de cet article soient énoncés de façon à assurer le maximum de protection. On s'assure ainsi qu'un bien qui ne serait qu'en partie utilisé à des fins familiales sera protégé. Advenant, par ailleurs, que cet article vienne à s'appliquer à un bien servant

exclusivement à des fins autres que familiales, il y aura toujours possibilité pour l'époux propriétaire de procéder à l'acte envisagé, même si son conjoint refuse de consentir à cet acte, en demandant au tribunal, conformément à l'article 456, l'autorisation de passer l'acte seul — autorisation qui, en raison de l'utilisation qui est faite du bien, devrait facilement pouvoir être obtenue. Les inconvénients résultant d'une application étendue de l'article 449 sont donc atténués, d'une part, par la nature même du régime de protection mis en place, lequel se limite à la seule exigence d'un consentement du conjoint, et, d'autre part, par la possibilité que laisse l'article 456 de contourner cette exigence en permettant à l'époux propriétaire d'obtenir du tribunal, dans les cas où les intérêts de la famille ne s'y opposent pas, l'autorisation d'agir seul.

Il en va cependant tout autrement lorsqu'un bien tombe sous l'application de l'article 462.2. Les conséquences sont alors beaucoup plus onéreuses. Le conjoint de l'époux propriétaire des biens visés se voit alors attribuer non plus un simple droit de s'opposer à ce que certains gestes puissent être posés sans son consentement, mais bien le droit de réclamer la moitié de la valeur des biens en question. Une interprétation stricte des conditions d'application de l'article concerné devrait donc prévaloir. Rien ne justifierait d'ailleurs, comme ce serait le cas si l'on appliquait à l'article 462.2 la même présomption que celle prévue par le second alinéa de l'article 449, que la valeur d'un bien, servant uniquement à des fins autres que familiales, se retrouve incluse au patrimoine familial. Une telle solution irait même à l'encontre d'un principe général qui semble se dégager de l'étude des dispositions portant sur le patrimoine familial, soit que le législateur n'a voulu, essentiellement, que partager la valeur des biens ayant été utilisés par les deux époux.

Le fait que le législateur n'ait d'ailleurs pas cru bon de reproduire à l'article 462.2 la présomption édictée par l'article 449 tend également à favoriser cette solution. Sans compter que celle-ci, en plus de s'accorder avec l'interprétation restrictive dont doivent faire l'objet les articles 462.1 et suivants, se concilie parfaitement avec les conditions prévues pour les résidences principale et secondaire où l'usage pour des fins familiales constitue toujours une condition essentielle à leur inclusion.

Ceci dit, seuls les biens utilisés à des fins autres que familiales devraient être exclus. Si un meuble garnissant ou ornant les résidences principale ou secondaire est affecté, même partiellement, à l'usage du ménage, comme dans le cas d'un bien qui servirait à la fois à des fins professionnelles et à des fins familiales, la valeur de ce bien, ou tout au moins une partie de cette valeur, devrait être incluse dans la masse partageable. Mais comme il pourra s'avérer beaucoup plus difficile que dans le cas d'une automobile ou d'une résidence de déterminer dans quelle mesure un tel bien a pu servir à une fin plutôt qu'à une autre, on peut se demander s'il ne faudra pas, lorsque l'utilisation qui en est faite apparaît équivoque, présumer que le bien servait d'abord à des fins familiales. Ainsi, à moins d'entente entre les époux, seule la preuve d'une utilisation réelle et régulière à des fins autres

que familiales permettrait d'exclure de la masse partageable une partie de la valeur du bien et ce uniquement en proportion du temps où le bien a effectivement été ainsi utilisé.

c) Les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille

On retrouve encore, pour que la valeur de ces biens puisse être incluse dans la masse partageable, la même condition d'utilisation à des fins familiales. Ne sont, en effet, visés par l'article 462.2, que « les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille ». À cet égard, les remarques faites en rapport avec les résidences principale et secondaire, concernant une utilisation totale ou partielle à des fins autres que familiales, s'appliqueront donc également à ces biens, sans qu'il nous soit nécessaire de les reprendre ici.

Que faut-il entendre, par ailleurs, par le terme « véhicule automobile »? Il ne fait pas de doute que ce terme vise les véhicules routiers telles une automobile, une camionnette, une roulotte motorisée ou même une motocyclette⁹ dans la mesure où ces véhicules sont utilisés pour les déplacements de la famille. Mais peut-il s'agir également de véhicules destinés à se déplacer ailleurs que sur une route? Que penser ainsi des véhicules utilisés pour se déplacer sur la neige, sur l'eau ou dans les airs, tels une motoneige, un bateau ou un avion? S'agit-il de véhicules automobiles?

Même si les définitions que l'on retrouve au dictionnaire *Larousse* du mot véhicule¹⁰ et de l'adjectif automobile¹¹ sont suffisamment larges pour que la réponse puisse être discutée, il nous apparaîtrait cependant plus conforme au sens courant de cette expression, de restreindre la portée de celle-ci à des véhicules terrestres. Suivant cette interprétation, devraient ainsi être exclus, à notre avis, les bateaux ou les avions, même dans l'hypothèse où ceux-ci seraient utilisés pour les déplacements de la famille. Il nous semble, en effet, que si le législateur avait voulu englober de tels biens, il aurait utilisé le terme « véhicule » seulement plutôt que l'expression « véhicule automobile ».

Nous soumettons, par contre, que cette expression devrait être interprétée assez largement pour pouvoir inclure non seulement des véhicules routiers, mais aussi des véhicules qui ne sont pas nécessairement destinés à se promener sur des routes, telles des autoneiges ou des motoneiges, dans la mesure où ces biens servent aux déplacements de la famille. Rien ne s'oppose, en effet, même selon le sens courant du terme, à ce que ces véhicules soient considérés comme des véhicules automobiles.

9. *Le petit Robert* définit une motocyclette comme étant « tout motocycle » et un motocycle comme « tout véhicule automobile à deux roues ».

10. « Moyen de transport par terre, par air ou par mer ».

11. « Se dit d'appareils qui se meuvent par eux-mêmes ».

On peut d'ailleurs croire que dans le nord du Québec, ces véhicules peuvent, en certains cas, être appelés à jouer le même rôle qu'une automobile.

Ceci dit, on remarque que le législateur ne vise à l'article 462.2 que les véhicules utilisés « pour les déplacements de la famille ». Comment doit-on interpréter ces termes? Peut-il s'agir de n'importe quels déplacements ou ces déplacements doivent-ils présenter un certain caractère, sinon nécessaire, tout au moins utilitaire? Ainsi, devrait-on inclure dans la masse partageable la valeur d'une motoneige ou d'une motocyclette tout terrain qui ne serait utilisée qu'au chalet et à des fins récréatives seulement?

Il nous semble que si le législateur avait voulu englober tous les véhicules automobiles utilisés par la famille, sans tenir compte de leur usage, il se serait plutôt contenté de parler des véhicules automobiles de la famille ou des véhicules automobiles utilisés par la famille. En ajoutant les mots « pour les déplacements », le législateur a donc voulu prévoir une condition supplémentaire touchant à une utilisation particulière du bien pour les fins de la famille. Partant de là, interpréter les termes « pour les déplacements de la famille » comme signifiant n'importe quels déplacements, reviendrait à ne donner aucun effet à ces termes.

C'est pourquoi il nous paraît préférable de penser que seuls les véhicules automobiles utilisés par la famille pour des déplacements nécessaires ou tout au moins utiles sont visés par l'article 462.2. Serait donc ainsi exclu un véhicule, qui comme dans notre exemple, servirait d'abord et avant tout à s'amuser plutôt qu'à véritablement transporter la famille. Par contre, une roulotte motorisée servant véritablement à déplacer la famille d'un endroit à un autre, doit être incluse parmi les biens visés par l'article 462.2.

Est-il utile, enfin, de rappeler que seuls les véhicules automobiles appartenant à un ou à l'autre des époux, excluant ainsi les véhicules loués ou ceux appartenant aux enfants ou à une compagnie, pourront être affectés? Le patrimoine familial comme l'indique le début de l'article 462.2, ne peut, en effet, être constitué que de biens dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire. On ne retrouve également pas d'extension, semblable à celle prévue pour les résidences principale et secondaire, qui permettrait d'inclure la valeur d'un droit qui conférerait à un époux l'usage d'un véhicule automobile sans que ce dernier ne détienne la propriété de ce bien.

d) Les régimes de rentes ou de retraite

Devront également être inclus dans la masse partageable les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite, tel que défini par le cinquième alinéa de l'article 462.2, de même que les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents.

Comme ces biens pourraient faire l'objet eux-mêmes d'une étude particulière et qu'il n'est pas de notre intention de procéder dans le cadre

de ce travail à une analyse de toutes les particularités propres à ce genre de biens, qu'il nous suffise simplement de noter ici que les régimes de retraite, tant privés que publics, pourront faire l'objet d'un partage, mais que les règles gouvernant le partage de ces biens pourront souvent être complétées par des dispositions particulières, compliquant ainsi d'autant la liquidation du patrimoine familial.

2. À propos des biens exclus

a) Les droits de retraite exclus en cas de décès

L'exclusion du patrimoine familial, lorsque la dissolution résulte du décès, des gains inscrits durant le mariage au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents, ainsi que des droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès¹², ne suscite aucun commentaire particulier. Il suffit simplement de comprendre que cette exclusion se justifie par le fait que si c'est le conjoint du cotisant qui décède, le législateur préfère alors laisser à l'époux cotisant ses droits à la retraite plutôt que d'en faire profiter pour la moitié les héritiers de son conjoint, tandis que si c'est l'époux cotisant qui décède, l'époux survivant recevant les prestations auxquelles pouvaient donner droit ces programmes, il n'y a donc plus lieu à un partage des droits que pouvait détenir l'époux cotisant.

b) Les biens échus par succession, legs ou donation

Contrairement aux biens ci-dessus mentionnés, l'exclusion du patrimoine familial des biens échus, avant ou pendant le mariage, à l'un des époux par succession, legs ou donation, mérite quelques commentaires particuliers.

On peut d'abord noter que l'exclusion ne s'adresse qu'à des biens reçus directement par succession, legs ou donation. S'il s'agit de biens qui n'ont pas été reçus directement par succession, legs ou donation, mais qui ont plutôt été acquis avec des sommes échues par succession, legs ou donation, ces biens ne sont pas exclus. Ceux-ci pourront cependant donner lieu, comme nous le verrons plus loin, à une déduction telle que prévue à l'article 462.5.

On peut ensuite se demander si cette exclusion doit s'appliquer dans tous les cas. Au départ, il ne fait pas de doute que celle-ci doit jouer lorsqu'un bien est reçu par legs ou par succession. Il en va également de même lorsqu'un bien a été reçu par suite d'une donation faite par une personne autre que l'un des deux époux. Mais qu'en est-il lorsqu'un

12. Article 462.2 (3). Voir également *supra*, note 8.

bien a été reçu par un des époux suite à une donation que lui a consentie son conjoint? Doit-on alors appliquer la règle d'exclusion prévue par l'article 462.2?

La question se soulève principalement dans l'hypothèse où une personne mariée sous le régime de la séparation de biens aurait fait donation à son conjoint, avant que n'entre en vigueur le projet de loi 146, de certains biens qui auraient été susceptibles de faire partie du patrimoine familial, tels des meubles meublants ou la résidence principale de la famille. Dans un tel cas, l'application des nouvelles règles portant sur le patrimoine familial, combinée avec l'exclusion de ce patrimoine des biens reçus par donation, pourra alors causer un double préjudice à l'époux donateur. En effet, non seulement celui-ci se verra-t-il imposer, malgré le régime matrimonial choisi, le partage de la valeur des biens familiaux qu'il pourra posséder au moment de la liquidation du patrimoine familial, mais il se verra également refuser, en vertu de l'article 462.2, le partage des biens familiaux qu'il aura donnés à son conjoint.

Telle est, en effet, une des conséquences les plus pernicieuses qu'entraîne l'application des nouvelles règles sur le patrimoine familial. Conséquence qui semble avoir complètement échappé au législateur puisqu'on ne retrouve aucune mesure transitoire¹³ qui viendrait, tout au moins, annihiler la règle de l'exclusion pour des biens familiaux qui auraient été donnés par un époux à son conjoint avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Et qui apparaît d'autant plus grave qu'en définitive ce sont ceux qui se seront montrés, en y ayant remédié par le biais de donations, les plus conscients des dangers que pouvait présenter le régime de la séparation de biens pour leur conjoint, qui se verront le plus durement affectés par l'introduction d'un partage obligatoire ne tenant aucunement compte de la prévoyance dont ils auront fait preuve face aux désavantages possibles du régime matrimonial choisi.

Pour cette raison, certains pourront prétendre, et nous les comprenons fort bien, que le principe de l'exclusion ne devrait pas s'appliquer lorsqu'un bien familial a été reçu par donation du conjoint¹⁴. Pour notre part, il nous apparaît cependant difficile de partager cette opinion. D'abord parce que l'article 462.2 ne fait pas de distinction selon que le bien a été reçu par donation du conjoint ou d'un tiers. Ensuite, et surtout, parce que le principe de l'exclusion n'entraîne pas, à notre avis, de difficultés à l'égard de donations faites, en toute connaissance de cause, par un époux à son conjoint après le 1^{er} juillet 1989.

13. Ceux qui prétendraient que ce problème pourrait être réglé par le droit d'exclusion que prévoit l'article 42 du projet de loi 146, oublient cependant que ce droit d'exclusion ne peut être exercé que si les deux époux y consentent. À défaut d'entente entre les époux pour s'exclure de l'application des articles 462.1 à 462.13, le problème subsiste donc.

14. Voir P. CIOTOLA, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux», [1989] 2 *C.P. du N.* 1, pp. 64-65, n° 81.

Il ne faut pas, en effet, confondre les deux situations. Autant il peut être injuste que la règle de l'exclusion s'applique à des donations faites par un époux à son conjoint avant le 1^{er} juillet 1989 autant cette solution peut-elle se justifier après le 1^{er} juillet 1989. Il ne faudrait donc pas, pour régler le problème des donations faites avant le 1^{er} juillet 1989, adopter une position qui viendrait restreindre indûment le droit pour un époux de pouvoir transférer la pleine valeur d'un bien à son conjoint.

Ainsi, si l'on applique la solution selon laquelle un bien familial reçu par donation du conjoint ne peut être exclu du patrimoine familial, la conséquence qui en découlerait serait qu'un époux ne pourrait, en définitive, transférer de façon certaine que 50 % de la valeur d'un bien à son conjoint, puisque l'époux donateur pourrait toujours aller en rechercher la moitié de la valeur au moment de la liquidation du patrimoine familial. Or, pour quelle raison un époux ne pourrait-il pas, en donnant un bien à son conjoint, l'avantager de la même façon que pourrait le faire un tiers, lequel se voit reconnu le droit de donner un bien de façon exclusive à une personne mariée sans que son conjoint ne puisse éventuellement aller en chercher la moitié de la valeur par les règles du patrimoine familial? Le choix de transférer un bien au bénéfice exclusif du donataire devrait appartenir à un époux comme à tout autre tiers.

Certains pourront peut-être s'opposer à cette solution en arguant que l'époux donateur se trouverait alors, par le biais d'une donation à son conjoint, à renoncer à l'avance au partage d'un bien familial, ce que la loi ne permettrait pas¹⁵. Nous ne pouvons cependant partager cette opinion car, par la donation, l'époux ne renonce pas au partage du bien.

Il faut bien comprendre, en effet, qu'au départ l'époux est propriétaire du bien. À ce titre, il n'a donc pas droit au partage du bien. Ce droit existe plutôt en faveur de son conjoint, lequel se voit accorder par le législateur la possibilité d'en réclamer 50 % de la valeur par le partage du patrimoine familial. Or, il peut arriver que l'époux considère cette protection comme étant insuffisante et qu'il veuille transférer à son conjoint la valeur totale du bien. Par le biais d'une donation et d'une application sans restriction du cinquième alinéa de l'article 462.2, l'époux propriétaire pourra parvenir à ces fins.

Et, à notre avis, il n'y aura là rien d'immoral ni de contraire à la loi. Par la donation, l'époux donateur se trouvera, en fait, à conférer à son conjoint plus de droits dans le bien que ce qu'aurait pu lui procurer les règles du patrimoine familial. Ce qui ne va sûrement pas à l'encontre de l'esprit de la loi puisque l'on conçoit difficilement que le législateur ait voulu, par la création du patrimoine familial, empêcher un époux d'accorder à son conjoint une meilleure protection que celle que les articles 462.1 et suivants lui assure.

15. *Ibid.*

En conséquence, il apparaît donc nécessaire, lorsqu'il s'agit de juger de la valeur du principe énoncé au cinquième alinéa de l'article 462.2 quant aux donations faites par un époux à son conjoint, de distinguer entre deux situations. Pour les donations faites par un époux à son conjoint avant le 1^{er} juillet 1989, l'application du principe de l'exclusion du bien du patrimoine familial pouvant se révéler éminemment préjudiciable à l'époux donateur, il serait nécessaire que le législateur intervienne pour, tout au moins¹⁶, prévoir que les biens ainsi donnés ne seront pas exclus du patrimoine familial. De cette façon, l'époux donateur même s'il se voit dorénavant obligé de partager les biens familiaux qu'il pourra détenir, ne se verra pas, tout au moins, privé du droit de partager les biens familiaux qu'il aura donnés à son conjoint.

Par contre, ayant été faites en toute connaissance de cause, il apparaîtrait justifié que l'exclusion prévue par l'article 462.2 s'applique aux donations faites par un époux à son conjoint, après le 1^{er} juillet 1989. Tout au plus pourra-t-on admettre que ces donations puissent être annulées si jamais il s'avérait que celles-ci avaient été faites par des époux dans le seul but de contourner les règles du patrimoine familial, comme dans le cas où des époux se seraient faits successivement donation des mêmes biens de façon à éviter l'application de ces règles.

3. À propos de l'application des principes de la subrogation réelle

On retrouve sous le régime de la société d'acquêts un article qui prévoit de façon expresse l'application des principes de la subrogation réelle. Il s'agit de l'article 482 (3°), lequel indique que: « Sont propres à chacun des époux: (3°) les biens qu'il acquiert en remplacement d'un propre de même que les indemnités d'assurance qui s'y rattachent ». De même, sous le régime de la communauté de meubles et acquêts, sans qu'il n'y ait d'article établissant de façon aussi générale le principe de la subrogation réelle, on reconnaît, à partir des anciens articles 1278, 1279 et 1305 C.c.B.-C., que la subrogation réelle peut s'appliquer pour un bien propre, tant en matière mobilière qu'immobilière, si ce n'est que celle-ci puisse être subordonnée à l'exigence d'une déclaration de remploi. On ne retrouve cependant aucune règle à cet égard parmi les dispositions portant sur le patrimoine familial.

16. Car il ne faut pas oublier que la solution proposée ne réglerait que le problème des donations ayant porté sur des biens familiaux. Dans le cas de donations d'autres biens ou de sommes d'argent, le préjudice causé à l'époux donataire par l'introduction des règles portant sur le patrimoine familial demeurerait toujours. Pour cette raison, il serait préférable que le législateur édicte, en outre, une mesure transitoire prévoyant, par exemple, que s'il y a eu donation de biens autres que familiaux, l'époux donateur pourra déduire de la valeur de ses biens familiaux une somme équivalente à la valeur, au jour de la liquidation du patrimoine familial, des biens ayant ainsi été donnés ou, s'il s'agit de sommes d'argent, un montant équivalent aux sommes ayant ainsi été données, le tout jusqu'à concurrence seulement de la valeur des biens familiaux possédés par l'époux donateur.

Cette situation peut fort bien se comprendre en rapport avec les biens faisant partie du patrimoine familial. En effet, puisque ces biens ne sont déterminés qu'au moment de la liquidation du patrimoine familial et qu'il n'existe pas, avant cette date, de biens familiaux, il ne peut être question d'appliquer les principes de la subrogation réelle. Ainsi, il importera peu au moment où devront être qualifiés les biens de savoir si un bien qui a été aliéné par le passé aurait pu faire ou non partie du patrimoine familial. Il suffira simplement de se demander si les biens existant à ce moment-là, répondent ou non aux critères énoncés à l'article 462.2.

Prenons, comme exemple, le cas d'un bien qui aurait pu se qualifier comme un bien familial, mais qui aurait été aliéné ou détruit une journée avant la date fixée pour le partage du patrimoine familial. Ce bien pourrait-il être inclus dans la masse partageable? La réponse serait manifestement non puisque ce bien n'existant plus au jour fixé pour la création du patrimoine familial, il ne pourrait donc pas faire partie des biens composant ce patrimoine. Est-ce que le prix de vente de ce bien ou l'indemnité d'assurance reçue pourrait par ailleurs être inclus dans la masse partageable? Encore là, la réponse devrait forcément être négative puisque des sommes d'argent ne peuvent constituer des biens familiaux au sens de l'article 462.2. Tout au plus y aurait-il possibilité qu'un paiement compensatoire puisse être obtenu advenant que les conditions d'application de l'article 462.8 soient remplies.

S'il apparaît que l'omission de toute règle quant à l'application des principes de la subrogation réelle se justifie quant aux biens inclus dans le patrimoine familial, on peut se demander, par contre, si cette situation se justifie tout aussi bien en regard des biens exclus du patrimoine familial. Ainsi que devrait-on conclure si un bien de la nature de ceux visés par l'article 462.2, mais ayant été reçu par succession, legs ou donation, avait été par la suite aliéné et remplacé par un autre bien de même nature. Ce nouveau bien devrait-il, tout comme l'aurait été celui qu'il a remplacé, être exclu du patrimoine familial? C'est ici que l'absence de toute indication quant à l'application ou non des principes de la subrogation réelle pourra causer certaines difficultés.

On peut prendre, comme exemple, le cas où un époux aurait reçu par succession un immeuble servant de résidence familiale. Tant et aussi longtemps que cet époux demeurera propriétaire de ce bien, celui-ci sera exclu du patrimoine familial. Mais advenant que cet époux, pour une raison qui peut être fort valable comme un déménagement qui serait justifié par un changement d'emploi, doive vendre son immeuble et en acquérir un autre avec l'argent provenant de la vente, ce bien profitera-t-il de la même exclusion dont aurait pu bénéficier l'immeuble qu'il a remplacé?

De prime abord, on peut être porté à pencher plutôt en faveur d'une réponse affirmative. Ne serait-il pas normal, en effet, que pour pouvoir jouir de l'exclusion prévue par la loi, un époux ne soit pas nécessairement astreint à conserver toujours le même bien? Ne devrait-on

pas, également, tout comme sous les régimes secondaires, faire jouer les principes de la subrogation réelle, ce qui ne serait, somme toute, qu'une solution tout à fait équitable? La difficulté provient cependant du fait que le législateur n'a pas pris soin, comme sous les régimes secondaires, de prévoir expressément cette solution. On peut alors se demander si les principes de la subrogation réelle peuvent ou non être appliqués.

On pourrait ainsi facilement soutenir que si le législateur n'en a pas glissé mot, contrairement à ce qui est prévu sous les régimes secondaires, c'est qu'il n'était pas de son intention que ces principes s'appliquent en rapport avec le patrimoine familial. On pourrait également ajouter qu'une fois que des biens exclus ont été vendus, la solution appliquée en rapport avec les sommes ainsi obtenues ne devrait pas différer de celle retenue pour des sommes acquises avant le mariage lorsque celles-ci sont par la suite utilisées pour l'achat de biens familiaux. On sait, en effet, que, dans de tels cas, le bien ainsi acheté doit être inclus dans le patrimoine familial sans possibilité d'exclusion, puisque la loi n'en prévoit pas, ni même de déduction, puisque l'article 462.5 limite cette possibilité aux seules sommes ayant été payées pour l'acquisition d'un bien avant le mariage. En se fondant sur ces arguments, on pourrait donc prétendre qu'un bien familial acquis avec de l'argent provenant de la vente d'un bien qui aurait pu être exclu, ou acquis en échange d'un tel bien, devrait, à défaut de disposition expresse à l'effet contraire, être inclus dans le patrimoine familial. Ceci dit, il y aurait possibilité, en l'absence de solution clairement définie, d'adopter une solution mitoyenne.

On pourrait, en effet, lorsqu'un bien exclu en vertu de l'article 462.2 (5) a été aliéné et remplacé par un autre bien de même nature, adopter, par analogie, la même solution que lorsqu'un bien a été acquis avec de l'argent reçu par succession, legs ou donation. La valeur du bien serait alors incluse dans le patrimoine familial, mais on pourrait ensuite déduire de ce montant les sommes qui ont été payées pour l'acquisition de ce bien à même l'argent provenant de la vente du bien exclu, ainsi qu'une partie de la plus-value acquise par ce bien par la suite en proportion des sommes ayant ainsi été payées, le tout suivant l'article 462.5.

De cette façon, on respecterait, à défaut d'exception clairement énoncée, le principe de l'inclusion du bien dans le patrimoine familial, mais tout en accordant à l'époux propriétaire, par le biais de la déduction, un genre de subrogation réelle pour la partie du bien payée avec l'argent provenant de la vente du bien exclu. Tout au plus cette solution demanderait-elle que l'on interprète assez largement l'article 462.5 pour reconnaître que cet article vise non seulement le cas où un bien a été acheté directement avec de l'argent reçu par succession, legs ou donation, mais également le cas où un bien a été acquis avec de l'argent provenant de la vente d'un bien qui a été reçu par succession, legs ou donation¹⁷. On pourrait également appliquer les

17. C'est cette solution que le législateur a retenu suite aux modifications apportées par le projet de loi 47 à l'article 462.5. En vertu de ces modifications, le premier alinéa du

mêmes principes advenant qu'un bien ait été acquis en échange d'un bien qui aurait été exclu du patrimoine familial en vertu de l'article 462.2 (5). Il suffirait simplement de considérer que la valeur du bien échangé équivaldrait alors aux sommes échues par succession, legs ou donation aux fins du calcul de la déduction prévue par l'article 462.5.

Ceci dit, quelle solution faudrait-il adopter dans l'hypothèse où le bien qui aurait ainsi été acquis en remplacement d'un bien exclu serait de nouveau aliéné par la suite? Pourrait-on considérer que la déduction à laquelle aurait eu droit l'époux en vertu de l'article 462.5, pourrait toujours être réclamée? Cette question, en fait, ne se pose pas seulement dans le cas qui nous intéresse présentement. Elle se soulève dans tous les cas où une déduction étant susceptible d'être réclamée par rapport à un bien en vertu de l'article 462.5, le bien en question est par la suite échangé ou aliéné et remplacé par un autre bien de même nature, lequel est acquis à même le produit de disposition du bien ainsi remplacé.

Outre le cas qui nous intéresse, la même question se soulèverait ainsi dans l'hypothèse où un bien ayant été acquis et payé en tout ou en partie avant le mariage, ou ayant été acheté pendant le mariage avec de l'argent reçu par succession, legs ou donation, serait par la suite remplacé par un autre bien de même nature qui aurait été acquis avec l'argent provenant de la vente du bien remplacé. Encore ici cette question met en jeu l'application des principes de la subrogation réelle, non pas pour déterminer cette fois si le nouveau bien sera exclu ou non du patrimoine familial, car le bien remplacé n'était pas lui-même sujet à exclusion, mais seulement pour décider si le nouveau bien pourra profiter de la déduction à laquelle donnait droit l'ancien bien.

Sans vouloir étudier de façon détaillée cette question, il nous semble, à première vue, que la solution la plus équitable serait de reconnaître le droit à cette déduction dans les circonstances ci-dessus mentionnées. Le législateur ayant prévu certaines situations où la valeur du bien ne doit pas être totalement incluse dans le patrimoine familial, et ce en raison de la nature même des sommes utilisées pour l'acquisition du bien, il apparaîtrait encore une fois curieux que l'époux puisse se voir privé de ces avantages du seul fait que le bien a été remplacé par un autre. Or, sans ces sommes

nouvel article 462.5 se lit maintenant comme suit: « Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on en déduit la valeur nette, au moment du mariage, du bien que l'un des époux possédait alors et qui fait partie de ce patrimoine; on en déduit de même celle de l'apport, fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à même les biens échus par succession, legs ou donation, ou leur emploi ». L'achat d'un bien inclus dans le patrimoine familial avec de l'argent provenant de la vente d'un bien reçu par succession, legs ou donation devrait donc désormais donner droit à une déduction puisqu'il s'agirait là d'un apport fait pour l'acquisition d'un bien de ce patrimoine à même le emploi d'un bien échu par succession, legs ou donation. Il est à noter qu'en vertu de l'article 4 du projet de loi 47, l'alinéa en question est réputé s'être toujours lu dans sa version nouvelle.

utilisées au départ, ce second bien aurait fort bien pu ne jamais être acquis. Pourquoi l'époux devrait-il perdre alors, du seul fait du remplacement du bien par un autre, les droits qu'il détenait? Adopter la solution inverse n'aurait également pour effet que de forcer un époux à conserver toujours le même bien, ce qui ne semble pas être une solution des plus heureuses¹⁸.

On ne peut, en définitive, que regretter le silence du législateur sur toute cette question de l'application ou non des principes de la subrogation réelle, silence qui, à notre avis, reflète soit un mauvais choix de solution, soit un oubli regrettable¹⁹.

II. PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL

Ayant vu dans la première partie quels étaient les biens qui composaient le patrimoine familial, nous examinerons maintenant dans cette seconde partie de quelle façon se réalise le partage du patrimoine familial. À cet effet, nous commencerons d'abord par voir quelles sont les situations qui provoquent la liquidation du patrimoine familial, puis nous déterminerons de quelle manière s'établit la valeur partageable de cette masse de biens. Nous nous intéresserons ensuite à chacune des options qui pourront être exercées, c'est-à-dire l'acceptation ou la renonciation au partage de ce patrimoine familial et nous terminerons, enfin, avec l'exécution du partage de ce patrimoine. En rapport avec chacun de ces points, nous exposerons, encore une fois, les principes qui se dégagent de la loi, avant de passer aux commentaires que nous inspirent les dispositions ou les mécanismes mis en place par le législateur pour la liquidation de ce patrimoine familial.

18. Il semble bien que, suite aux modifications apportées à l'article 462.5 par le projet de loi 47, la solution proposée devrait désormais être adoptée. L'apport donnant droit à une déduction peut en effet résulter, selon la nouvelle version rétroactive du premier alinéa de l'article 462.5, du remploi d'un bien échu par succession, legs ou donation. Cette même solution devrait également s'appliquer dans le cas d'un bien acheté à même le produit de vente d'un bien qui, s'il n'avait été aliéné, aurait donné droit à une déduction pour des sommes payées avant le mariage, puisque le troisième alinéa du nouvel article 462.5 prévoit dorénavant que « Le remploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, en faisant les adaptations nécessaires ». Pour une raison que l'on s'explique mal, l'article 4 du projet de loi 47 n'accorde cependant aucun effet rétroactif à cet alinéa. C'est donc dire que pour cette catégorie de biens, les doutes soulevés quant à l'application ou non des principes de la subrogation réelle demeurent pour les cas où la cause de liquidation du patrimoine familial est survenue avant le 22 juin 1990.

19. Compte tenu des modifications apportées par le législateur à l'article 462.5, il semblerait que la dernière alternative soit la plus juste.

A. LES CAUSES DE LIQUIDATION DU PATRIMOINE FAMILIAL

1. Principes

Le premier alinéa de l'article 462.3 nous indique que ce n'est qu'en cas de séparation de corps, de dissolution, ou de nullité du mariage que la valeur du patrimoine familial est divisée à parts égales entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas. Le deuxième alinéa de ce même article ajoute ensuite que: « Lorsque le partage a eu lieu à l'occasion de la séparation de corps, il n'y a pas de nouveau partage si, sans qu'il y ait eu reprise volontaire de la vie commune, il y a ultérieurement dissolution ou nullité du mariage »²⁰.

Les seules causes de liquidation du patrimoine familial sont donc : la nullité du mariage, le décès, le divorce et la séparation de corps, sous réserve, dans ce dernier cas, qu'on ne procédera pas à un nouveau partage si la séparation de corps est subséquemment suivie d'une autre cause de liquidation du patrimoine familial sans qu'il y ait eu, entre temps, reprise volontaire de la vie commune.

Il ne faut donc pas confondre les causes de liquidation du patrimoine familial avec les causes de dissolution d'un régime matrimonial²¹. Ainsi le changement conventionnel de régime matrimonial, la séparation judiciaire de biens ou même l'absence de l'un des époux ne provoquerait pas la liquidation du patrimoine familial. Sauf pour la séparation de corps, où il s'agirait peut-être d'un genre de partage anticipé, la liquidation du patrimoine familial interviendra, en fait, seulement lorsque le mariage prendra fin.

Bien que nous y reviendrons plus loin, on peut également souligner immédiatement, que la date à laquelle on devra se placer pour procéder à la liquidation dans le cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, sera la date d'introduction de l'instance, plutôt que la date du jugement, mais avec la possibilité dans tous les cas, y compris le décès, de demander au tribunal de faire remonter la date de liquidation au jour où les époux ont cessé de faire vie commune²².

20. Depuis l'entrée en vigueur, le 22 juin 1990, du projet de loi 47, le second alinéa de l'article 462.3 se lit désormais comme suit: « Lorsque le partage a eu lieu à l'occasion de la séparation de corps, il n'y a pas de nouveau partage si, sans qu'il y ait eu reprise volontaire de la vie commune, il y a ultérieurement dissolution ou nullité du mariage; *en cas de nouveau partage, la date de la reprise de la vie commune remplace celle du mariage pour l'application des règles de la présente section* » (nos italiques). Comme nous le verrons plus loin au niveau des commentaires, cet ajout règle, tout au moins pour le futur, le problème délicat du sort du partage effectué au moment de la séparation de corps lorsqu'il y a eu par la suite reprise de la vie commune par les époux.

21. Voir l'article 497.

22. Article 462.4 (2).

2. Commentaires

Parmi les différentes causes de liquidation du patrimoine familial, il y en a une qui nous semble pouvoir présenter des difficultés plus particulières. Il s'agit de la séparation de corps qui en raison du fait qu'elle intervient avant que le mariage n'ait pris fin, soulève la possibilité que le patrimoine familial puisse faire l'objet d'une double liquidation au cours d'un même mariage, soit une première fois au moment où est prononcée la séparation de corps et une deuxième fois au moment où le mariage prend véritablement fin.

On sait qu'en principe la liquidation du patrimoine familial ne survient que lorsque le mariage prend fin. On peut donc se demander pour quelles raisons une exception au principe a été apportée dans le cas de la séparation de corps. Il faut bien comprendre que dans cette hypothèse le législateur était confronté à un problème délicat. S'il est vrai, d'une part, qu'en principe la liquidation du patrimoine familial ne devrait survenir qu'au moment où le mariage prend fin, il faut convenir, d'autre part, que dans le cas d'une séparation de corps, c'est à ce moment-là, plutôt qu'à la fin du mariage seulement, que le partage des biens familiaux pourra vraiment présenter de l'intérêt pour l'époux le plus défavorisé.

Il y aura, d'ailleurs, d'autant plus intérêt à procéder immédiatement à cette liquidation que si, comme cela se produit fréquemment, les époux ne refont pas par la suite vie commune, les chances seront qu'au moment où le mariage prendra véritablement fin, la date fixée pour la liquidation du patrimoine familial sera de toute façon celle de la cessation de la vie commune. Pourquoi ne pas alors procéder immédiatement à un partage qui, même dans l'hypothèse où l'on déciderait qu'il ne surviendrait qu'à la dissolution du mariage, risquerait fort de remonter dans ses effets soit à la date de la séparation de corps, soit à une date antérieure si les époux avaient déjà, à ce moment, cessé de faire vie commune.

On peut donc comprendre que le législateur ait voulu opter pour une telle solution, d'autant plus que celle-ci ne soulève aucune difficulté dans l'hypothèse où les époux ne referont effectivement pas vie commune par la suite. Advenant que cette hypothèse se réalise, l'article 462.3 indique d'ailleurs, avec raison, qu'il n'y aura pas lieu alors à une nouvelle liquidation du patrimoine familial au moment où le mariage prendra définitivement fin puisque celle-ci aura en quelque sorte été réalisée de façon anticipée.

Mais là où des problèmes risquent de surgir, c'est si les époux décident de refaire vie commune. On comprend à la lecture de l'article 462.3 qu'une nouvelle liquidation du patrimoine familial devra alors intervenir au moment où le mariage prendra subséquemment fin. Mais qu'advient-il, au moment où les époux décideront de refaire vie commune, du partage ayant déjà été fait²³?

23. Depuis l'entrée en vigueur du projet de loi 47, cette question ne soulève plus de difficulté. Il ressort, en effet, clairement du nouvel article 462.3 que le partage ayant été fait

Il nous apparaît clair, au point de départ, qu'un tel partage ne devrait plus valoir. On ne peut pas concevoir, en effet, qu'il puisse y avoir, au cours d'un même mariage, deux fois partage des mêmes biens familiaux. Sinon, ce serait reconnaître qu'un époux pourrait, par le biais de ces deux liquidations successives, éventuellement aller chercher la pleine valeur des biens possédés par son conjoint. Il s'agirait non plus alors d'un « partage » des biens familiaux, mais bien d'une « expropriation » pure et simple de la valeur de ces biens. Ce qui non seulement irait à l'encontre de l'esprit de la loi, mais se révélerait contraire à l'équité la plus fondamentale.

Il faut donc admettre qu'il ne puisse y avoir, au cours d'un mariage, qu'un seul partage des biens familiaux et que dans l'hypothèse d'une séparation de corps, suivie d'une reprise de la vie commune, ce partage ne pourra survenir qu'au moment où le mariage prendra fin. Certains pourront peut-être s'opposer à cette solution et prétendre qu'un second partage devrait avoir lieu quitte à ce que l'on puisse demander au tribunal, dans un tel cas, qu'il soit dérogé au principe du partage égal. Cette position nous semble cependant critiquable pour plusieurs raisons : d'abord parce que ce serait reconnaître qu'il puisse y avoir deux liquidations du patrimoine familial au cours d'un même mariage ; ensuite parce que les époux seraient dans un tel cas nécessairement obligés de passer devant les tribunaux pour éviter que les règles normales de cette liquidation n'entraînent deux fois le partage des mêmes biens et finalement parce que le tribunal, pour s'assurer que ce nouveau partage ne préjudiciera pas aux époux, sera de toute façon tenu, après avoir fait le partage des biens familiaux existant à ce moment-là, de modifier la part de chacun des époux en tenant compte de ce qui aura déjà été payé par un à l'autre dans le passé et ce de façon à ce que le résultat soit le même, en autant que possible, que s'il n'y avait eu qu'une liquidation du patrimoine familial à la fin du mariage sans aucune liquidation antérieure.

Aussi nous apparaît-il préférable de soutenir que la reprise volontaire de la vie commune, en mettant fin à la séparation de corps et en entraînant du même coup la disparition de la raison qui avait justifié la liquidation du patrimoine familial, vient enlever tout effet au partage qui avait pu être fait des biens familiaux. Ceci dit, puisque l'on doit admettre que ce partage ne peut plus valoir, reste à savoir de quelle façon les époux

au moment où est intervenue la séparation de corps demeurera valablement fait et qu'un autre partage surviendra subséquemment lorsque l'une ou l'autre des causes donnant ouverture à la liquidation du patrimoine familial se réalisera. Mais comme la date de la reprise de la vie commune se substituera alors à la date du mariage, cette solution n'entraînera aucun préjudice ni à l'un ni à l'autre des époux. Cette solution, que nous avons d'ailleurs préconisée pour les raisons mentionnées dans les pages qui suivent, règle donc pour le futur cette question délicate du sort réservé au partage effectué au moment de la séparation de corps lorsque les époux refont par la suite vie commune. En conséquence, les commentaires qui suivent sur cette question doivent donc être lus uniquement en fonction de la situation qui prévalait avant le 22 juin 1990.

pourront être remis dans leur état antérieur ou autrement dit de quelle façon les effets du partage provoqué par la séparation de corps pourront être annulés.

Différentes situations pourront évidemment se présenter. La plus facile sera l'hypothèse où la reprise de la vie commune interviendra avant que le patrimoine familial n'ait été effectivement liquidé. Il suffira simplement alors de ne pas donner suite à l'exécution du partage puisque celui-ci sera devenu dénué de toute justification²⁴. Par contre, si le partage des biens familiaux a déjà été exécuté, faudra-t-il que l'époux ayant bénéficié de ce partage remette immédiatement les biens ou l'argent reçu à son conjoint? C'est à partir d'ici que l'absence de toute indication supplémentaire par le législateur pourra causer de nombreuses difficultés.

En théorie, la solution la plus simple serait de considérer qu'effectivement, le partage ne pouvant plus valoir, l'époux bénéficiaire devra remettre ce qu'il a reçu. Il n'est cependant pas certain qu'en pratique cette solution se révèle la plus appropriée. La reprise de la vie commune peut bien, en effet, ne survenir que longtemps après que la séparation de corps ait été prononcée. Il peut alors arriver que l'époux bénéficiaire, ayant eu besoin de cet argent pour subsister ou pour toute autre raison, ne soit plus en mesure de le rembourser immédiatement. Il se peut même qu'un époux confronté à cette obligation de remboursement immédiat puisse voir là un obstacle suffisant pour remettre en question un éventuel désir de reprise de la vie commune. Or, il ne faudrait pas que, par des mesures que l'on voulait équitables, on en vienne à défavoriser la réconciliation des époux.

On est donc fondé à se demander si la solution ne devrait pas plutôt être de considérer le montant payé par l'époux débiteur comme constituant une avance à être déduite, ou à être remboursée le cas échéant, uniquement lorsqu'interviendra plus tard la véritable liquidation du patrimoine familial. Cette solution pourrait d'autant plus facilement être avancée que l'on reconnaît maintenant, avec les nouvelles règles de la prestation compensatoire, la possibilité d'une pareille situation²⁵. Il faut

24. On doit cependant noter que dans la mesure où les époux auraient tenu compte de cette liquidation des biens familiaux avant de procéder au partage de leur régime secondaire, qu'il se pourrait alors que ce partage de leur régime secondaire doive être refait. En effet, si certains biens avaient été exclus au niveau du régime secondaire parce que faisant déjà l'objet d'un partage au niveau du patrimoine familial (de façon à éviter qu'un même bien ne soit partagé deux fois à des niveaux différents), cette exclusion ne se justifiant plus, il faudrait donc que la liquidation du régime secondaire soit reprise en tenant compte cette fois de ces biens. Il faut, en effet, noter que la liquidation d'un régime de partage survenant suite à une séparation de corps demeure valable même au cas de reprise volontaire de la vie commune par les époux, comme le laisse voir l'article 536. Les causes de liquidation d'un régime secondaire n'étant pas limitées aux seuls cas de dissolution du mariage, cette différence d'effet de la séparation de corps sur la liquidation d'un régime secondaire par rapport à la liquidation du patrimoine familial se comprend aisément.

25. Article 462.17.

cependant souligner que si cette solution peut paraître, de prime abord, la plus équitable, elle ne va pas, par contre, sans pouvoir soulever elle-même de nombreuses difficultés.

Dans l'hypothèse idéale, si les sommes payées par un époux l'ont été à même de l'argent qu'il possédait déjà, sans qu'il ait eu à vendre ou à transférer ses biens familiaux pour acquitter cette dette et que son conjoint ne se soit pas servi, pour sa part, de cet argent pour acheter des biens familiaux, la solution pourra, si l'on fait abstraction des intérêts²⁶, être assez simple. Il suffira seulement de déduire du montant que cet époux pourra être appelé à payer à son conjoint suite à la liquidation du patrimoine familial, un montant correspondant à la somme ayant été préalablement payée. Si jamais le montant ainsi payé préalablement excède celui effectivement dû par cet époux, celui-ci conservera contre son conjoint un recours en remboursement pour la différence.

Par contre, dans l'hypothèse où la créance résultant du partage anticipé du patrimoine familial aurait été payée à même de l'argent provenant de la vente par l'époux de ses biens familiaux ou à même le transfert de certains de ces biens à son conjoint, on pourra se demander si au moment du partage définitif une somme correspondant à la valeur des biens ainsi vendus ou transférés ne devra pas être rajoutée fictivement à la masse des biens familiaux alors possédés par cet époux.

En effet, en raison de ce partage et de la nature des biens utilisés pour ce paiement anticipé, la masse des biens familiaux de cet époux pourra, au moment de la liquidation définitive, se trouver réduite par rapport à ce qu'elle aurait été autrement. Et en conséquence la part de son conjoint se trouvera diminuée par rapport à ce qu'elle aurait été s'il n'y avait pas eu partage anticipé. On peut donc se demander s'il n'y aurait pas lieu, à moins que ces biens aient été remplacés par l'époux, de rétablir fictivement la situation qui aurait existé n'eût été du partage anticipé.

De même dans l'hypothèse où le conjoint se serait servi des sommes ainsi reçues d'avance pour acheter des biens familiaux ou se serait vu, à titre de paiement, transférer des biens familiaux, on pourra s'interroger sur l'opportunité d'inclure ces biens, au moment de la liquidation définitive du patrimoine familial, dans la masse des biens familiaux de ce conjoint. Il ne faut pas oublier, en effet, que la somme obtenue ou les biens transférés en paiement de ces sommes représenteront le paiement d'une créance qui n'aurait dû, en principe, être acquittée qu'après le partage définitif du patrimoine familial.

26. Comme la fin du mariage pourra bien ne survenir que plusieurs années après, on peut en effet s'interroger à savoir si l'époux qui aurait ainsi été appelé à payer à son conjoint une certaine somme ne pourrait pas réclamer le paiement d'intérêts sur cette somme. Puisqu'en principe ce paiement n'aurait dû intervenir qu'au moment de la véritable liquidation du patrimoine familial, nous serions portés à croire que cet époux serait fondé de réclamer, sinon de la date du paiement, tout au moins à compter d'une mise en demeure à cet effet, des intérêts qui devraient tout au moins équivaloir au taux légal.

Ainsi, dans des circonstances normales, les biens transférés ou ceux acquis avec la somme reçue appartiendraient évidemment de façon exclusive au conjoint, puisque les biens familiaux n'existeraient plus. Pourquoi les mêmes principes ne s'appliqueraient-ils pas alors à l'égard des sommes ou des biens reçus à titre de paiement anticipé? Il serait plus logique, en effet, de considérer que compte tenu que les biens ainsi transférés ou la somme ainsi reçue constituent le paiement de la créance pouvant être due suite à la liquidation du patrimoine familial, que ces biens ou ceux acquis avec l'argent reçu, sont nécessairement exclus du patrimoine familial.

Décider du contraire équivaldrait de toute façon à reconnaître que l'époux ayant effectué un tel paiement anticipé pourrait récupérer une partie du paiement ainsi fait par le biais de l'inclusion de ces biens dans la masse des biens familiaux de son conjoint, tout en conservant en plus le droit à une déduction pour le plein montant payé au moment de la liquidation définitive du patrimoine familial, ce qui se révélerait évidemment fondamentalement injuste pour son conjoint. Ceci dit, on doit souligner que cette solution, même si elle nous apparaissait dans les circonstances des plus justifiées, se concilierait mal avec les règles actuelles puisqu'une telle exclusion n'est pas expressément prévue par la loi et qu'une application littérale des principes prévus aux articles 462.1 et suivants mène plutôt à l'inclusion de ces biens.

En résumé, sur toute cette question des effets de la reprise de la vie commune par des époux séparés de corps sur la liquidation qui aurait déjà été faite du patrimoine familial, on peut déplorer une absence de règles législatives adéquates. Il aurait été nécessaire que le législateur indique clairement ce qu'il advient des paiements réalisés suite à cette liquidation. L'époux ayant ainsi été payé doit-il rembourser immédiatement à son conjoint les sommes ainsi reçues ou celles-ci peuvent-elles, au contraire, être conservées à titre de paiement anticipé dont il sera tenu compte au moment de la liquidation définitive du patrimoine familial?

Si cette dernière éventualité était retenue, des règles plus particulières seraient également requises de façon à apporter des solutions aux problèmes que soulève la possibilité que le paiement ait eu comme résultat soit de réduire la masse des biens familiaux de l'époux ayant effectué ce paiement, soit d'augmenter celle de son conjoint, ce qui dans les deux cas entraîne un déséquilibre par rapport à la situation qui aurait normalement dû exister n'eût été de la liquidation anticipée du patrimoine familial.

Mais ceci dit, une autre solution, beaucoup plus simple, pourrait également être retenue en vue de remédier aux difficultés soulevées par le cas qui nous intéresse. Il s'agirait simplement pour le législateur de modifier l'article 462.3 de façon à prévoir que si les époux refont vie commune, la liquidation intervenue demeurera valablement faite, mais que pour le futur, les règles du patrimoine familial ne leur seront applicables que de la même façon que s'ils ne s'étaient mariés qu'au jour où ils ont recommencé à faire vie commune. Dans la mesure où les dispositions générales protégeant les

droits acquis par les époux avant mariage se révéleraient adéquates²⁷, une telle solution, même si elle avait pour effet de créer exceptionnellement la possibilité qu'il puisse y avoir plus d'un partage au cours d'un même mariage, ne causerait, à notre avis, aucun préjudice aux époux compte tenu des limites apportées quant aux effets de la seconde liquidation.

B. ÉTABLISSEMENT DE LA VALEUR PARTAGEABLE

1. Principes

La première étape en vue d'établir la valeur partageable du patrimoine familial consiste d'abord à évaluer, à leur valeur marchande, tous les biens faisant partie du patrimoine familial. Cette valeur est normalement établie à la date du décès ou à la date d'introduction de l'instance en séparation de corps, en divorce ou en annulation du mariage, mais le tribunal peut cependant, à la demande de l'un ou l'autre des époux ou de leurs ayants droit, décider de faire remonter cette date au jour où les époux ont cessé de faire vie commune.

La deuxième étape consiste ensuite à déduire de cette valeur les dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation de ces biens et qui, à la date en question, n'auraient pas encore été payées. On peut remarquer à cet égard que seules les dettes contractées pour ces fins pourront être déduites. Ainsi un époux qui aurait consenti une hypothèque sur la résidence familiale pour garantir une dette contractée pour des fins commerciales, ne pourrait, par exemple, se servir de cette dette pour réduire la valeur de son bien. Une fois ces déductions faites, on obtiendra ce que le législateur qualifie de valeur nette du patrimoine familial.

L'article pertinent concernant ces deux premières opérations est l'article 462.4, lequel se lit comme suit :

462.4 La valeur nette du patrimoine familial est établie selon la valeur des biens qui constituent le patrimoine et des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent à la

27. Comme nous le verrons plus loin, les dispositions qui existaient avant que n'entre en vigueur le projet de loi 47 ne se révélaient cependant pas tout à fait adéquates à cet égard en ne prévoyant pas expressément de déduction relativement à la plus-value acquise par un bien avant le mariage. Ainsi, si la suggestion faite ici avait été retenue sans que l'article 462.5 n'ait, par ailleurs, été modifié, cette solution aurait alors risqué d'être préjudiciable aux époux, puisqu'il y aurait eu possibilité que la plus-value acquise par les biens familiaux, entre la date du mariage ou la date d'acquisition du bien, selon le cas, et la date de la liquidation du patrimoine familial résultant de la séparation de corps, fasse l'objet d'un premier partage au moment de la séparation de corps, puis, n'étant pas expressément exclu par l'article 462.5, d'un second partage au moment où serait intervenu la seconde liquidation du patrimoine familial résultant cette fois de la dissolution du mariage. Mais comme par le projet de loi 47, le législateur modifiait l'article 462.5 pour permettre la déduction de la plus-value acquise par un bien avant le mariage, plus rien ne s'opposait alors à ce que le législateur retienne la solution ci-dessus proposée, ce qu'il a fait en modifiant en conséquence l'article 462.3.

date du décès de l'époux ou à la date d'introduction de l'instance en vertu de laquelle il est statué sur la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, selon le cas; les biens sont évalués à leur valeur marchande.

Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'un ou l'autre des époux ou de leurs ayants droit, décider que la valeur nette du patrimoine familial sera établie selon la valeur de ces biens et de ces dettes à la date où les époux ont cessé de faire vie commune.

Pourront, enfin, dans une troisième et dernière étape, être retranchées de la valeur nette ainsi établie, certaines déductions qui, après que celles-ci auront été faites, nous donnerons la valeur partageable du patrimoine familial. Ces déductions sont limitativement énumérées à l'article 462.5, lequel indique ce qui suit:

462.5 Une fois la valeur nette du patrimoine familial établie, on déduit de cette valeur les sommes payées par l'un des époux, avant le mariage, pour l'acquisition d'un bien du patrimoine familial; il en est de même des sommes payées par l'un d'eux, pendant le mariage, pour l'acquisition d'un bien de ce patrimoine, lorsque ces sommes lui échurent par succession, legs ou donation.

On déduit également de cette valeur la plus-value acquise pendant le mariage, par l'un ou l'autre de ces biens, dans la même proportion que celle qui existait à la date du mariage ou, selon le cas, à la date d'acquisition du bien, entre les sommes payées sur ce bien et sa valeur.²⁸

Selon cet article, trois déductions sont donc possibles. Une première concerne les sommes payées avant le mariage pour l'acquisition d'un bien dont la valeur est incluse dans le patrimoine familial²⁹. Une deuxième vise les sommes qui auraient pu être payées pendant le mariage

28. Suite à l'adoption du projet de loi 47, l'article 462.5 se lit désormais comme suit: « Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on en déduit la valeur nette, au moment du mariage, du bien que l'un des époux possédait alors et qui fait partie de ce patrimoine; on en déduit de même celle de l'apport, fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à même les biens échus par succession, legs ou donation, ou leur emploi.

On déduit également de cette valeur, dans le premier cas, la plus-value acquise, pendant le mariage, par le bien, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien et, dans le second cas, la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien.

Le emploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, en faisant les adaptations nécessaires ».

Selon l'article 4 de ce projet de loi, les deux premiers alinéas de l'article 462.5, tel que modifié, sont réputés s'être toujours lus dans leur version nouvelle.

29. En vertu de la nouvelle version de l'article 462.5, cette déduction est quelque peu modifiée. Alors que l'ancienne version de l'article 462.5 ne prévoyait que la déduction des sommes payées avant le mariage, ce qui de prime abord n'aurait pas permis de déduire la plus-value acquise par le bien avant le mariage, la nouvelle version dissipe à cet égard tout doute. La déduction consiste non plus en une déduction des sommes payées avant le mariage, mais plutôt en une déduction équivalant à la valeur nette du bien au moment du mariage. Malgré que l'expression « valeur nette d'un bien » ne soit pas définie, il faudrait vraisemblablement comprendre que, par analogie avec le calcul de la valeur nette du

pour l'acquisition d'un tel bien, mais uniquement dans le cas où les sommes ainsi employées ont été reçues par succession, legs ou donation³⁰. Une troisième, enfin, permet, lorsque l'une ou l'autre des deux premières déductions s'appliquent à un bien, de déduire une partie de la plus-value acquise pendant le mariage par ce bien, en proportion de ce que représentent les sommes ainsi payées et sujettes à déduction par rapport à la valeur du bien au moment du mariage ou au moment de son acquisition, selon le cas³¹.

En résumé, les déductions prévues par la loi sont assez limitées. Essentiellement, elles visent d'abord et avant tout les sommes qui auraient été payées avant le mariage pour l'acquisition d'un bien faisant partie du patrimoine familial. Ce n'est, en effet, qu'exceptionnellement, soit lorsqu'elles auront été reçues par succession, legs ou donation, que les sommes qui auront été payées après le mariage pour l'acquisition d'un bien familial, pourront faire l'objet d'une déduction. Ainsi, il importera peu qu'un bien familial soit payé, après le mariage, avec de l'argent gagné avant ou après le mariage. Dans les deux cas, aucune déduction ne sera admise. Ce n'est que si l'argent utilisé après le mariage est de l'argent reçu à titre gratuit qu'une déduction pourra alors être réclamée³².

Advenant, par ailleurs, qu'une déduction soit permise dans l'un ou l'autre de ces cas, cette déduction représentant par exemple 40 % de la valeur du bien au moment du mariage ou au moment de son acquisition selon le cas, une partie de la plus-value acquise pendant le mariage par ce bien

patrimoine familial, la valeur nette d'un bien acquis avant le mariage se déterminerait en soustrayant simplement de la valeur marchande du bien au moment du mariage, les dettes qui existaient à ce même moment et qui avaient été contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation du bien en question.

30. Avec la nouvelle version de l'article 462.5, il ne faut plus parler d'une déduction des sommes payées avec de l'argent échu par succession, legs ou donation, mais d'une déduction de l'apport fait pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien du patrimoine familial à même des biens échus par succession, legs ou donation, ou leur emploi. Tout en reprenant l'essence de l'ancienne version de l'article 462.5, les modifications apportées ont donc comme effet, d'abord, d'étendre la portée de la déduction à un apport fait tout autant pour l'amélioration d'un bien du patrimoine familial que pour l'acquisition d'un tel bien et ensuite de reconnaître une déduction même lorsque ces sommes proviennent du remploi d'une somme ou d'un bien échu à titre gratuit (voir, à ce sujet, *supra*, notes 17 et 18).

31. En rapport avec cette déduction de la plus-value acquise pendant le mariage, le projet de loi 47 apporte certaines modifications de concordance qui devenaient justifiées par les changements ayant été faits au niveau des déductions précédemment mentionnées. Ainsi, au lieu que cette déduction soit établie en proportion des « sommes payées » par rapport à la valeur du bien, comme c'était le cas auparavant, cette proportion est maintenant établie en proportion de la « valeur nette » ou de « l'apport », selon la déduction en cause, par rapport à la « valeur brute » du bien. Bien que non défini, ce dernier terme devrait être interprété comme correspondant toujours à la valeur marchande du bien soit au moment du mariage, soit au moment de l'acquisition du bien, soit au moment de l'amélioration du bien, selon le cas.

32. À cet égard, le projet de loi 47 n'apporte aucune modification à ces principes, lesquels continueraient toujours de s'appliquer.

pourra enfin être déduite dans la même proportion, soit une déduction qui équivaldrait dans notre exemple à 40 % de la plus-value acquise pendant le mariage par le bien concerné³³.

Tels sont donc les principes qu'énoncent les articles 462.4 et 462.5 pour le calcul de la valeur partageable. Ces principes recèlent cependant un certain nombre de difficultés. D'abord, de quelle façon faut-il procéder pour le calcul de la valeur partageable lorsque les biens faisant partie du patrimoine familial appartiennent non pas tous à un même époux, mais, pour certains, à l'un des époux et pour les autres, à son conjoint ou encore aux deux indivisément?

Quelle est ensuite la véritable portée des déductions prévues par l'article 462.5? Doit-on déduire uniquement les sommes payées en capital ou toute somme payée tant en capital qu'en intérêts? Faut-il limiter le montant de ces déductions à la valeur du bien, si celui-ci n'a plus au jour de la liquidation une valeur suffisante pour couvrir le montant de ces déductions? Advenant, par ailleurs, qu'un bien ait pris de la valeur avant la date du mariage, cette plus-value peut-elle, tout comme la plus-value acquise pendant le mariage, faire l'objet d'une déduction?

Autant de questions qu'il convient maintenant d'aborder au niveau de nos commentaires, lesquels porteront d'abord sur l'établissement de la valeur partageable lorsque les biens appartiennent aux deux époux et ensuite sur les difficultés soulevées par l'article 462.5 quant à la nature et la portée des déductions qui y sont prévues.

2. Commentaires

a) À propos de l'établissement de la valeur partageable lorsque les biens appartiennent aux deux époux

Lorsque tous les biens faisant partie du patrimoine familial appartiennent au même époux, le calcul de la valeur partageable se fait de la façon prévue aux articles 462.4 et 462.5. On évalue d'abord chacun des biens faisant partie du patrimoine familial à sa juste valeur marchande. On détermine ensuite la valeur nette de ce patrimoine en additionnant la valeur de tous ces biens et en soustrayant les dettes impayées au jour de la liquidation de ce patrimoine qui ont été contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation de ces biens. On établit enfin la valeur partageable de ce patrimoine en retranchant de cette valeur nette les sommes qui peuvent en être déduites conformément à l'article 462.5. Toutes les opérations peuvent alors être effectuées en rapport avec une seule masse de biens, laquelle regroupe tous les biens faisant partie du patrimoine familial.

33. Ce principe d'une déduction proportionnelle de la plus-value acquise pendant le mariage n'est également pas modifié par le projet de loi 47.

Mais comment doit-on procéder lorsque les biens familiaux appartiennent plutôt à l'un et à l'autre des époux, chacun d'entre eux étant propriétaire de façon divise ou indivisément avec l'autre, d'un certain nombre de biens? Doit-on alors former une seule masse de biens et procéder aux opérations requises sans distinguer selon que les biens appartiennent à l'un ou à l'autre des époux? Ou doit-on, au contraire, former deux masses de biens, soit une pour chacun des époux, et à l'intérieur de chacune de ces masses procéder aux calculs requis, de façon à ce qu'après avoir déterminé la valeur partageable de chacune de ces masses et opéré compensation, on puisse connaître quel est l'époux débiteur?

Bien que les articles 462.1 et suivants puissent laisser croire, *a priori*, que la première solution est la bonne, il faut au contraire, après avoir examiné de façon plus approfondie cette législation ainsi que les effets qu'elle entraîne, conclure que la deuxième solution peut seule être retenue. Il n'existe, en effet, qu'une seule hypothèse où les différentes opérations pour le calcul de la valeur partageable auraient pu se faire sur une seule masse de biens sans que l'on ait à considérer quel est l'époux titulaire du bien ou de la dette contractée. Il s'agit de l'hypothèse où la liquidation du patrimoine familial aurait eu comme effet d'accorder à chacun des époux un droit réel, pour une moitié indivise, sur tous les biens faisant partie de ce patrimoine de même qu'une responsabilité équivalente pour toutes les dettes contractées en rapport avec ces biens. Dans un tel cas, il aurait alors été inutile de s'interroger à savoir lequel des époux est propriétaire de l'un ou l'autre des biens ou de qui relève telle ou telle dette. Mais telle n'est pas la solution qu'a retenue le législateur.

Celui-ci a préféré que le partage du patrimoine familial se traduise plutôt par un simple droit de créance accordé en faveur d'un époux contre l'autre. Le fait que le législateur parle à l'article 462.7 de « l'époux débiteur » ainsi que la mention claire à l'article 462.3 que c'est la « valeur » du patrimoine familial qui fait l'objet d'un partage, indique bien d'ailleurs que le législateur n'a voulu conférer qu'un droit de créance et non pas accorder à chacun des époux un droit réel indivis sur les biens faisant partie du patrimoine familial.

Or, en choisissant une telle solution, laquelle implique que l'on retrouve d'une part un époux débiteur et d'autre part un époux créancier, il devient automatiquement impossible que les calculs puissent se faire sur une seule masse de biens composée indistinctement des biens de chacun des époux. Puisqu'il faut en arriver à déterminer quel est l'époux débiteur et quel est l'époux créancier, il faut nécessairement, dès que les biens n'appartiennent pas tous au même époux, dresser deux listes de biens familiaux, soit une des biens appartenant à l'un des époux et l'autre des biens appartenant à son conjoint. Une fois la valeur partageable de chacune de ces masses déterminée, l'époux titulaire de la masse de moindre valeur profitera alors d'un droit de créance contre son conjoint pour la moitié de la différence de valeur existant entre les deux masses de biens.

C'est donc par erreur que le législateur, en utilisant le terme patrimoine familial, laisse croire que les opérations nécessaires à l'établissement de la créance devront se faire en rapport avec une seule masse de biens. Cette hypothèse ne se réalisera, en fait, que dans un cas, somme toute assez exceptionnel, soit celui où tous les biens familiaux appartiendraient à un seul des époux.

L'expression même de patrimoine familial apparaît d'ailleurs mal choisie, premièrement parce que, comme nous venons de le voir, toutes les opérations nécessaires pour en arriver à l'établissement de la créance se feront généralement non pas en rapport avec une seule masse de biens, que l'on aurait pu alors qualifier de patrimoine familial, mais plutôt en rapport avec deux masses de biens distinctes qui ne devront pas être confondues; deuxièmement, parce que l'expression «partage du patrimoine familial» nous porte à penser, au premier abord, qu'il s'agit d'un partage réel des biens faisant partie de ce patrimoine alors qu'il ne s'agit en fait que d'un partage en valeur et troisièmement parce que le terme familial peut laisser croire à l'existence de droits en faveur de la famille alors que seuls les époux sont concernés par ces dispositions qui visent à protéger un conjoint et non la famille.

b) À propos du calcul des déductions prévues par l'article 462.5

Comme nous l'avons déjà mentionné au niveau des principes, les déductions prévues par l'article 462.5 se résument assez facilement. On prévoit d'abord, au premier alinéa de cet article, que ne peuvent être déduites de la valeur des biens familiaux que les sommes qui ont été payées pour leur acquisition avant le mariage ou qui ont été payées, pendant le mariage, avec de l'argent reçu par succession, legs ou donation. On ajoute ensuite, au second alinéa, que peut également être déduite, dans une proportion équivalente aux sommes ainsi payées par rapport à la valeur du bien, toute plus-value que ces biens pourraient ensuite avoir acquis durant le mariage. Ces déductions, telles que formulées au moment où est rédigé le présent texte, suscitent cependant plusieurs questions qu'il convient maintenant d'aborder en analysant successivement chacun des alinéas de l'article 462.5.

(i) La déduction prévue par le premier alinéa de l'article 462.5

Le premier alinéa de l'article 462.5 prévoit ce qui suit: « Une fois la valeur nette du patrimoine familial établie, on déduit de cette valeur les sommes payées par l'un des époux, avant le mariage, pour l'acquisition d'un bien du patrimoine familial; il en est de même des sommes payées par l'un des époux, pendant le mariage, pour l'acquisition d'un bien de ce patrimoine, lorsque ces sommes lui échurent par succession, legs ou donation ».

Un premier commentaire, de nature générale, que l'on peut faire suite à la lecture de ce texte, concerne l'objet et l'étendue des déductions qui y sont prévues. On remarque, en effet, que seules les sommes payées avant le mariage, ou pendant le mariage avec de l'argent reçu à titre gratuit, donnent droit à une déduction. Une somme payée après le mariage avec de l'argent gagné avant le mariage ne donne donc lieu à aucune déduction. On peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à ne reconnaître aucune déduction pour ces sommes. En toute logique et suivant en cela les règles adoptées sous le régime de la société d'acquêts, on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de prévoir une déduction pour ces sommes, puisque celles-ci représentent, tout comme les sommes payées avant le mariage ou les sommes reçues à titre gratuit, des sommes qui n'ont pas été gagnées pendant le mariage.

On peut aussi s'interroger sur les raisons pour lesquelles les déductions prévues ont été limitées aux seules sommes payées pour l'acquisition d'un bien. Compte tenu du fait que l'article 462.4 reconnaît le droit de déduire toutes les dettes existant au moment de la liquidation du patrimoine familial qui ont été contractées non seulement pour l'acquisition, mais également pour l'amélioration, l'entretien ou la conservation d'un bien, on peut se demander s'il n'y aurait pas eu lieu d'étendre le champ d'application de ces déductions pour couvrir également, tout au moins, les sommes payées pour l'amélioration d'un bien du patrimoine familial³⁴.

Par ailleurs, au-delà de ces considérations générales le premier alinéa de l'article 462.5 soulève également certaines questions d'interprétation. La première de ces questions concerne l'interprétation qui doit être faite des mots « sommes payées ». Doit-on interpréter ces termes comme signifiant que tant les sommes payées en capital qu'en intérêts peuvent faire l'objet d'une déduction ou ne vise-t-on, au contraire, que les sommes payées en capital seulement?

Même si les termes utilisés peuvent, *a priori*, laisser croire à une déduction des sommes payées aussi bien en capital qu'en intérêts, il nous apparaît que le législateur n'a pu vraisemblablement vouloir soustraire que les sommes payées en capital. Il faut bien comprendre, en effet, que le montant inclus dans le patrimoine familial est la valeur marchande du bien au moment de la liquidation, c'est-à-dire un montant qui représente la valeur

34. Le projet de loi 47 contient une modification en ce sens. Ainsi pour la déduction relative à un apport fait à même des biens échus à titre gratuit, il est maintenant expressément reconnu que cet apport pourra avoir été fait autant pour l'acquisition que pour l'amélioration d'un bien du patrimoine familial. En ce qui concerne un bien acheté avant le mariage cependant, la déduction correspondant désormais à la valeur nette du bien, la question ne se posera plus comme telle. Il importera peu, en effet, de savoir si des sommes auront pu, avant le mariage, avoir été utilisées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation d'un bien, car le montant de la déduction est maintenant fixé non plus en fonction des sommes qui auraient pu avoir été payées avant le mariage, mais uniquement en regard de la valeur nette du bien au moment du mariage.

en capital du bien. Il ne s'agit pas ici d'un cas, semblable à l'article 483, où le calcul devant se faire en fonction du coût total d'acquisition d'un bien, soit un montant incluant le capital et les intérêts, il va de soi que doivent être prises en considération les sommes payées tant en capital qu'en intérêts.

Dans le présent cas, ces « sommes payées » correspondent au montant de la déduction. Et comme ce montant sera ensuite retranché directement d'une somme qui n'englobe pas les intérêts, il s'avèrerait certainement inéquitable que le montant de cette déduction puisse inclure des intérêts. Toute autre interprétation aurait d'ailleurs pour effet non seulement d'augmenter indûment le montant de la déduction au préjudice du capital payé après le mariage avec de l'argent non reçu par succession, legs ou donation, mais également de fausser le calcul de la déduction qui pourrait ensuite devoir se faire quant à la plus-value acquise par le bien pendant le mariage. En effet, puisque cette plus-value pourra être déduite en proportion du montant de ces « sommes payées » par rapport à la valeur du bien, et non pas par rapport au coût total d'acquisition de ce bien, il va sans dire que l'établissement de cette proportion sera également affecté si l'on inclut dans ce montant non seulement les sommes payées en capital, mais aussi les sommes payées en intérêts³⁵.

Une deuxième question que soulève également la rédaction de l'article 462.5, est celle de savoir si, au cas de diminution de la valeur du bien pendant le mariage, les déductions prévues au premier alinéa de cet article, pourront ou non excéder la valeur que possède le bien au jour de la liquidation du patrimoine familial. Ainsi, par exemple, si une automobile a été achetée pendant le mariage au coût de 20 000 \$ dont 10 000 \$ ont été payés avec de l'argent reçu à titre gratuit et qu'au moment de la liquidation du patrimoine familial ce bien ne vaut plus que 5 000 \$, l'époux propriétaire de ce bien aura-t-il droit à une déduction de 10 000 \$, soit le montant payé avec des sommes échues à titre gratuit, ou de 5 000 \$ seulement, soit la valeur du bien incluse dans le patrimoine familial?

Tel que rédigé, l'article 462.5 laisse croire que la déduction pourra être de 10 000 \$. On remarque, en effet, à la lecture de cet article, que les montants qui peuvent être déduits sont soustraits non pas de la valeur nette que le bien concerné a pu ajouter au patrimoine familial, mais plutôt de la valeur nette du patrimoine familial. On ne peut donc pas prétendre

35. Depuis l'adoption du projet de loi 47, cette question est en partie réglée. Ainsi, pour les biens acquis avant le mariage, le montant de la déduction étant maintenant déterminé non plus en fonction des sommes payées avant le mariage, mais uniquement en fonction de la valeur nette du bien, la question à savoir si le montant des intérêts payés devrait ou non être déduit ne se pose plus. Par contre, pour la déduction relative à un apport fait avec des biens échus à titre gratuit, la question conserve encore un certain intérêt. On peut, en effet, se demander si le montant de cet apport devra être établi en fonction des sommes payées en capital seulement ou en capital et intérêts. Pour les raisons ci-haut mentionnées, seules les sommes payées en capital devraient selon nous être susceptibles de donner lieu à une déduction.

qu'une déduction serait automatiquement limitée par la valeur d'un bien advenant que la valeur nette de ce bien soit inférieure au montant de la déduction. Au contraire, l'article 462.5 semble bien indiquer que toutes les déductions seront admises jusqu'à concurrence de la valeur nette du patrimoine familial³⁶.

Cette solution que le législateur semble avoir retenue nous apparaît pourtant discutable. D'abord, parce que cette solution implique qu'une déduction pourra, pour la partie excédant la valeur nette d'un bien, servir à réduire d'autant la valeur partageable des autres biens composant le patrimoine familial. Or, comme la déduction en question se rattache à un bien particulier et qu'il n'y a aucun rapport entre cette déduction et les autres biens du patrimoine familial, on comprend mal, *a priori*, pourquoi une telle déduction devrait être admise au-delà de la valeur nette du bien.

On peut ensuite noter que si cette solution doit prévaloir, elle aura également pour effet d'inciter un époux à conserver en sa possession tous les biens familiaux achetés avec des sommes donnant droit à une déduction puisque le plein montant des sommes ainsi payées, sans égard à la valeur du bien, pourra être réclamé au jour de la liquidation du patrimoine familial. Une telle solution, de plus, se concilie mal avec la position adoptée par le législateur quant aux biens acquis pendant le mariage avec de l'argent gagné avant le mariage. Dans un cas aucune déduction n'est permise alors que dans l'autre une déduction est admise, même au-delà de la valeur du bien, alors qu'il s'agit dans les deux hypothèses d'argent acquis avant le mariage.

Ajoutons, enfin, que même si une modification était apportée en vue d'empêcher que le montant de la déduction puisse excéder la valeur nette du bien, la technique comme telle utilisée par le législateur pour le calcul de la déduction demeurerait toujours contestable. En effet, advenant qu'un bien n'ait été qu'en partie payé avec des sommes donnant droit à une déduction, cette technique fait en sorte que toute diminution de la valeur subséquente du bien sera supportée par le patrimoine familial plutôt qu'en proportion des différentes sommes ayant été utilisées pour l'acquisition du bien en question. On se retrouve en fait avec le même genre de problème que soulevait le calcul d'une récompense sous le régime de la société d'acquêts avant que le législateur n'intervienne, en 1981, pour adopter le critère de la proportionnalité.

Comment expliquer alors la solution qui semble se dégager de l'article 462.5? On peut hasarder une raison pratique. Le législateur a peut-être cru qu'en raison du mode de déduction prévu, un époux hésiterait moins à acheter des biens familiaux, sujets à dépréciation, avec des sommes donnant droit à une déduction, s'il sait qu'il pourra récupérer ces sommes

36. Et sur ce point, le projet de loi 47 n'apporte aucune modification par rapport à l'ancienne version de l'article 462.5. Les deux versions de cet article débutent, en effet, de la même façon en indiquant que les déductions seront prises contre la valeur nette du patrimoine familial.

au complet par le biais d'une déduction équivalente au moment de la liquidation du patrimoine familial. Ainsi, il vaudrait mieux qu'un époux utilise de l'argent reçu à titre gratuit pour acheter un bien familial, quitte à ce qu'il puisse ensuite profiter d'une déduction pour le plein montant des sommes utilisées, plutôt que ce dernier ne s'abstienne d'acquérir un tel bien s'il est conscient qu'il ne pourra subséquemment récupérer ces sommes.

Il s'agit là, sans aucun doute, d'un argument sérieux. Il ne peut cependant suffire, à notre avis, à justifier la solution qui se dégage actuellement de l'article 462.5. D'abord parce que cet argument ne peut être invoqué quant aux sommes qui ont été payées avant le mariage pour l'acquisition d'un bien familial. Pour ces sommes, tout au moins, une déduction calculée sur la valeur nette du bien au moment de la liquidation du patrimoine familial, suivant la même proportion que celle qui existait au moment du mariage entre sa valeur nette³⁷ et sa valeur marchande, apparaîtrait beaucoup plus justifiée.

Ensuite, même si le choix de solution devient plus difficile à faire en ce qui concerne les sommes payées pendant le mariage avec de l'argent reçu à titre gratuit, il nous semble que la solution retenue devrait, pour des raisons d'uniformité et de cohérence législative, être de la même nature que celle adoptée sous le régime de la société d'acquêts où un problème identique se soulève pour le calcul de la récompense lorsqu'un bien a été acquis, pendant le mariage, en partie avec des propres et en partie avec des acquêts³⁸. Le calcul de la déduction devrait donc se faire, comme dans le cas précédent, sur la valeur nette du bien au moment de la liquidation du patrimoine familial, suivant la même proportion que celle qui existait, au moment où ces sommes ont été utilisées, entre le montant de ces sommes et la valeur marchande du bien.

Ajoutons que si ce principe d'une déduction proportionnelle à la valeur du bien au jour de la liquidation du patrimoine familial était adopté, il deviendrait inutile de prévoir une déduction particulière quant à la plus-value acquise pendant le mariage. En effet, une déduction en deux étapes ne serait plus requise, puisque le montant des sommes payées ne donnerait plus droit à une déduction, mais servirait uniquement à établir quelle proportion de la valeur finale du bien pourrait être déduite. Et une fois établie cette proportion, celle-ci s'appliquant sur la valeur finale du bien, le montant

37. En établissant la proportion en fonction de la valeur nette du bien au jour du mariage plutôt qu'en fonction des sommes payées, on règle du même coup le problème de la plus-value acquise avant le mariage. Voir ci-après les commentaires portant sur les déductions prévues par le deuxième alinéa de l'article 462.5.

38. Articles 483 et 508.

de la déduction varierait donc automatiquement en proportion de toute augmentation ou diminution de la valeur du bien³⁹.

(ii) La déduction prévue par le second alinéa de l'article 462.5

Le second alinéa de l'article 462.5 se lit comme suit: « On déduit également de cette valeur la plus-value acquise, pendant le mariage, par l'un ou l'autre de ces biens, dans la même proportion que celle qui existait à la date du mariage ou, selon le cas, à la date d'acquisition du bien, entre les sommes payées sur ce bien et sa valeur ».

Nos propos concernant la déduction prévue par ce second alinéa de l'article 462.5 seront assez brefs. Par ce texte, le législateur vise à permettre une déduction de la plus-value acquise pendant le mariage par un bien ayant donné droit à une déduction en vertu du premier alinéa, en proportion de ce que représente le montant de cette déduction par rapport à la valeur du bien au jour du mariage ou au jour de l'acquisition de ce bien, selon le cas.

Sous réserve de l'hypothèse où un bien aurait augmenté de valeur entre sa date d'acquisition et la date du mariage, hypothèse que nous examinerons un peu plus loin, ce texte ne pose pas vraiment de difficulté. Au niveau de la technique utilisée pour le calcul de la déduction, le législateur retient ici une règle de proportionnalité qui ne soulève aucun problème. Tout au plus peut-on souligner, comme nous l'avons fait précédemment, qu'il aurait peut-être été préférable que cette règle de la proportionnalité soit retenue au départ comme mode de calcul des différentes déductions prévues par le premier alinéa de l'article 462.5, plutôt que de voir son application limitée au seul calcul de la déduction relative à la plus-value acquise par un bien pendant le mariage. On peut également rappeler que, pour ne pas fausser l'établissement de cette proportion, seules les sommes payées en capital, excluant ainsi les sommes payées en intérêts, devraient être prises en considération.

Là où un véritable problème se soulève, par contre, c'est au niveau de la plus-value acquise par un bien avant le mariage. On remarque, en effet, que ni le premier, ni le second alinéa de l'article 462.5 ne prévoient expressément de déduction pour excludure, en tout ou en partie, la plus-value qu'un bien pourrait avoir acquis avant le mariage. Or, rien ne justifie que cette augmentation de valeur ne soit pas exclue, sinon totalement, tout au moins en proportion de la partie du prix de vente ayant été payée avant le mariage. Cet oubli du législateur apparaît d'autant plus évident que la plus-value acquise pendant le mariage par un bien donnant droit à une déduction

39. Ainsi pour revenir à notre exemple, les sommes payées à même de l'argent reçu à titre gratuit (10 000 \$) représentant la moitié de la valeur de l'automobile (20 000 \$), la moitié de la valeur du bien au jour de la liquidation du patrimoine familial (5 000 \$) pourrait donc être déduite, soit un montant de 2 500 \$ plutôt que 10 000 \$ comme semble le permettre la rédaction de l'article 462.5 (autant selon l'ancienne que la nouvelle version de cet article).

est, quant à elle, sujette à déduction. Or, si cette plus-value acquise pendant le mariage peut être déduite, à plus forte raison celle acquise avant le mariage devrait l'être.

Appliquer littéralement l'article 462.5 aurait, en outre, pour effet, non seulement d'inclure dans la valeur partageable du patrimoine familial la plus-value acquise par un bien antérieurement au mariage, mais aussi d'affecter le calcul de la déduction de la plus-value que ce bien pourrait subséquemment avoir acquis pendant le mariage. Comme le second alinéa de l'article 462.5 prévoit que l'établissement de la proportion doit se faire en fonction des sommes payées avant le mariage par rapport à la valeur du bien au moment du mariage, une interprétation stricte de ces termes aurait pour effet d'exclure, au niveau de l'établissement de cette proportion, toute plus-value acquise par le bien avant le mariage, réduisant ainsi le montant de la déduction. Or, pour être juste, cette proportion devrait plutôt être établie soit en fonction des sommes payées avant le mariage par rapport au coût d'acquisition du bien, soit en fonction de la valeur nette du bien par rapport à sa valeur brute au moment du mariage.

Pour contourner ces difficultés que soulève la rédaction actuelle de l'article 462.5, M^e Ciotola, a proposé d'interpréter les mots «sommes payées» comme «équivalant à la quote part de la valeur libérée ou effectivement payée du bien à la date du mariage» ou, ce qui revient au même, comme équivalant à la valeur nette du bien au moment du mariage⁴⁰. Puisque cette interprétation aurait pour effet de régler les problèmes que soulève actuellement l'article 462.5 quant à la plus-value acquise par un bien familial avant le mariage, nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette interprétation. On peut d'ailleurs s'attendre à ce que le législateur, conscient de cet oubli, intervienne incessamment pour dissiper toute ambiguïté à ce sujet⁴¹.

C. L'OPTION ENTRE LE PARTAGE OU LA RENONCIATION

1. Principes

Une fois la valeur partageable du patrimoine familial établie, l'article 462.3 indique que cette valeur est «divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas». Ce partage étant l'objectif recherché par le législateur, qui vise ainsi à protéger l'époux qui devrait normalement être le plus défavorisé, deux mesures tendent, sinon à favoriser ce résultat, tout au moins à préserver le droit au partage ainsi conféré par la loi.

40. P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 14, p. 69; interprétation que le législateur a d'ailleurs suivie en modifiant, par le projet de loi 47, l'article 462.5 afin que les mots «sommes payées» soient remplacés par la valeur nette du bien au moment du mariage.

41. Voir la note précédente.

Ces mesures découlent de l'article 462.10, lequel se lit comme suit :

462.10 Les époux ne peuvent renoncer, par leur contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial.

Toutefois un époux peut, à compter du décès de son conjoint ou du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage, y renoncer, en tout ou en partie, par acte notarié portant minute ; il peut aussi y renoncer, par une déclaration judiciaire dont il est donné acte, dans le cadre d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage.

Lorsque la renonciation est faite par acte notarié, elle doit être enregistrée au bureau d'enregistrement où se trouve le domicile de l'époux qui renonce. À défaut d'enregistrement dans un délai d'un an à compter de l'ouverture du droit au partage, l'époux renonçant est réputé avoir accepté.

On remarque d'abord une interdiction faite aux époux de renoncer, de quelque façon que ce soit, au partage du patrimoine familial avant qu'il n'y ait eu décès de l'un des époux ou qu'un jugement en divorce, en séparation de corps ou en nullité du mariage n'ait été prononcé. Le droit au partage du patrimoine familial est donc considéré comme un droit d'ordre public tant et aussi longtemps qu'une des causes donnant ouverture au partage du patrimoine familial ne s'est pas réalisée, et toute renonciation antérieure, même par contrat de mariage, sera, en conséquence, considérée nulle et non avenue⁴².

On note ensuite que si, à compter de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps, une option entre l'acceptation ou la renonciation au partage du patrimoine familial devient possible, seule la renonciation est assujettie à des conditions de forme. Il résulte de cette différence de traitement entre les deux options possibles, que l'acceptation se trouve donc à être implicitement favorisée puisqu'à défaut par un époux d'agir en temps utile et de respecter les conditions prévues à l'article 462.10, il sera réputé acceptant. On pourrait également souligner, au même effet, l'article 462.11 qui, en prévoyant que la renonciation pourra être annulée pour cause de lésion, vient ajouter une autre condition qui devra être respectée pour que la renonciation puisse être valable.

Sous réserve de ces mesures qui visent à protéger le droit au partage et à circonscrire le droit d'y renoncer, un époux aura donc le choix, le moment venu, d'accepter ou de renoncer au partage du patrimoine familial. L'acceptation pourra être expresse ou tacite. Aucune modalité

42. Il faudrait cependant admettre une renonciation consentie dans une convention de séparation de corps ou de divorce dont il serait ensuite donné acte lors du prononcé du jugement. Même si cette renonciation a alors été consentie avant que le jugement ne soit rendu, le second alinéa de l'article 462.10 reconnaît la possibilité que l'on puisse ainsi renoncer « dans le cadre d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité du mariage », s'il est ensuite donné acte par le jugement de cette renonciation. Voir à ce sujet, J. P. SÉNÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146, Manuel du praticien*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1989, p. 91.

n'étant prévue, l'acceptation expresse pourra se faire aussi bien par un acte notarié que par un acte sous seing privé ou même par une simple déclaration à cet effet. L'acceptation tacite résultera, par ailleurs, du défaut par un époux d'avoir renoncé, selon les conditions prévues par la loi, au partage du patrimoine familial. Tel sera notamment le cas si, un an après l'ouverture du droit au partage, un époux n'a ni renoncé judiciairement au partage du patrimoine familial, ni enregistré une renonciation à cet effet au bureau d'enregistrement concerné.

Advenant qu'il y ait acceptation du partage, chacun des époux aura droit, en principe, à la moitié de la valeur partageable du patrimoine familial. Une exception est cependant apportée par l'article 462.9, lequel indique que :

462.9 Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents, décider qu'il n'y aura aucun partage de ces gains, lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux.

S'il en vient à la conclusion qu'un partage égal serait source d'injustice, le tribunal aura donc le pouvoir, si une demande lui a été faite en ce sens, de décréter que la valeur du patrimoine familial sera partagée de façon inégale, à l'exception toutefois des gains inscrits en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents, où le tribunal aura alors le pouvoir d'exclure ces biens de tout partage, mais non d'en prévoir un partage inégal. On peut remarquer que cette dérogation judiciaire au principe du partage égal est édictée de façon à laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation et que les circonstances mentionnées à la fin de l'article, comme pouvant entraîner une injustice si le partage devait être fait à parts égales, ne sont pas limitatives.

Advenant, par contre, qu'un époux veuille renoncer au partage du patrimoine familial, certaines conditions, comme nous l'avons déjà mentionné, devront être respectées. Il faudra d'abord que cette renonciation se fasse selon l'un des modes prévus par l'article 462.10, c'est-à-dire soit par une déclaration judiciaire dont il est donné acte dans le cadre de l'instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité du mariage, soit par un acte notarié portant minute. Il faudra également, si la renonciation a été faite par acte notarié, que cet acte soit enregistré, au bureau d'enregistrement où se trouve le domicile de l'époux renonçant, dans un délai d'un an à compter de l'ouverture du droit au partage⁴³. À défaut de ce faire, l'époux sera réputé avoir accepté le partage du patrimoine familial.

43. Compte tenu du fait que l'on ne pourra procéder à la liquidation des droits découlant d'un régime matrimonial ou au règlement d'une succession avant d'avoir procédé d'abord à la liquidation du patrimoine familial et que le choix même de se porter héritier ou d'accepter ou renoncer au partage des acquêts ou de la communauté de biens pourra dépendre de l'option exercée quant au partage des biens familiaux, il aurait peut-être été

Il faudra également s'assurer que la renonciation, tout au moins lorsqu'elle est faite par acte notarié⁴⁴, ne pourra être attaquée pour une des causes mentionnées à l'article 462.11. Cet article prévoit, en effet, que :

462.11 La renonciation de l'un des époux, par acte notarié, au partage du patrimoine familial peut être annulée si elle est entachée d'une cause de nullité des contrats ou pour cause de lésion.

Alors que l'annulation pour une cause de nullité des contrats apparaît comme une simple application des principes généraux, il n'en va pas de même de l'annulation de la renonciation pour cause de lésion. En raison de cette cause d'annulation particulière, le notaire instrumentant devra, en plus des autres conditions déjà énumérées, s'assurer que la renonciation ne présente, pour l'époux renonçant, aucun caractère lésionnaire. Toute action visant à faire annuler la renonciation pour une ou l'autre des causes mentionnées à l'article 462.11 se prescrira cependant, suivant le nouvel article 2261.3 C.c.B.-C., par deux ans à compter de l'acte.

Ajoutons, enfin, comme l'indique l'article 462.10, qu'une renonciation pourra être totale ou partielle. Sous réserve de se conformer aux conditions ci-dessus énumérées, un époux pourra, par exemple, renoncer au partage des droits accumulés dans un régime de retraite ou encore au partage de la valeur de certains biens faisant partie du patrimoine familial.

2. Commentaires

Nos commentaires porteront d'une part sur les bénéficiaires du droit d'option et d'autre part sur l'annulation de la renonciation pour cause de lésion.

a) À propos du ou des bénéficiaires de cette option

Par qui le droit d'option peut-il être exercé? S'agit-il d'abord d'un droit qui, comme sous le régime de la société d'acquêts, est conféré à chacun

préférable que le délai laissé à l'époux pour exercer son droit d'option soit plus court. Voir à ce sujet J. BEAULNE, «Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession: droits irréconciliables?», (1989) 20 R.G.D. 669, p. 683.

44. Même si l'article 462.11 ne vise que les renonciations faites par acte notarié, il y aurait possibilité, selon M^e Sénécal, qu'une renonciation judiciaire puisse également être attaquée pour les mêmes motifs: «[...] le jugement qui donne acte d'une convention ne vaut que ce que vaut la convention elle-même. Il est certain que si une partie n'y a pas librement et volontairement consenti, elle peut ensuite en demander la rétractation, soit par rétractation de jugement, soit par action directe en nullité, soit, aux termes mêmes des enseignements de la Cour d'appel, par voie de requête en modification des mesures accessoires. Et cela même si la demande porte sur une partie de la convention relative aux biens, et non pas sur celle qui traite des enfants ou des aliments. *Droit de la famille* 1095, J.E. 89-492 (C.A.); *Droit de la famille* 219, [1987] R.J.Q. 2404 (C.A.)», J. P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 42, pp. 92-93.

des époux ou au contraire d'un droit réservé uniquement à l'époux possédant le moins de biens familiaux? S'agit-il ensuite d'un droit qui pourra, advenant le décès de l'un des époux, être transmis et exercé par les héritiers de cet époux?

Concernant la première question, la réponse n'est pas aussi simple qu'il pourrait y paraître à première vue. Les textes de loi pertinents semblent à cet égard, comme pour la question de l'établissement de la valeur partageable, avoir été rédigés d'abord et avant tout en fonction de l'hypothèse où tous les biens familiaux appartiendraient à un seul des deux époux. Dans une telle éventualité, il n'est évidemment pas nécessaire de préciser par qui peut être exercé le droit d'option. Comme seul le conjoint de l'époux propriétaire a des droits à faire valoir, il est clair que lui seul peut être appelé à accepter ou renoncer au partage des biens possédés par son conjoint.

Mais lorsque les biens appartiennent aux deux époux, que les deux possèdent, de ce fait, des droits quant au partage des biens de leur conjoint et que les calculs doivent alors se faire non plus en fonction d'une seule masse de biens mais de deux, la question se pose à savoir si chacun des époux pourra exercer, indépendamment de l'autre, le droit d'accepter ou de renoncer au partage des biens familiaux de son conjoint ou si, au contraire, ce droit, ne portant que sur la différence de valeur entre les biens de chacun, ne sera accordé qu'à celui possédant le moins de biens familiaux. Cette question revient, en fait à se demander si le législateur a voulu que le droit d'option soit exercé avant ou après seulement qu'une compensation soit intervenue entre les droits que chacun des époux peut faire valoir.

Dans le premier cas la solution se rapprocherait de celle qui prévaut sous le régime de la société d'acquêts. Chacun des époux devrait décider s'il veut ou non partager les biens familiaux de son conjoint. Dans cette optique, chacun des époux ayant le droit de réclamer le partage de la valeur⁴⁵ des biens possédés par l'autre, le droit d'option serait donc considéré comme un droit individuel que chacun des époux pourrait exercer indépendamment de son conjoint. Et ce ne serait qu'après l'exercice de ce droit d'option que pourrait se réaliser, si les deux époux ont accepté le partage des biens de l'autre, une compensation entre leurs créances respectives, laissant pour l'excédent un époux créancier et un époux débiteur.

Dans le second cas, par contre, on considérerait que le droit d'option n'intervient qu'après qu'il y ait eu compensation entre la valeur des biens familiaux possédés par chacun des époux ou encore compensation entre ce que chacun pourrait réclamer de l'autre. Selon cette façon de voir les

45. Pour être plus précis, nous devrions indiquer qu'il s'agit de la valeur partageable, mais de façon à ne pas alourdir inutilement le texte, cette précision sera sous-entendue. Le mot valeur sera donc, à moins d'indication contraire, employé au long des prochaines pages comme signifiant la valeur partageable des biens en question.

choses, le droit d'option ne pourrait donc exister qu'en faveur d'un seul des époux, soit le moins fortuné des deux ou, pour être plus précis, celui dont la masse des biens familiaux présenterait la valeur la plus basse. Pour cet époux, l'option se limiterait alors au droit de réclamer, non pas la moitié de la valeur des biens familiaux de son conjoint, mais uniquement la moitié de l'excédent de la valeur des biens familiaux de son conjoint sur la valeur de ses propres biens.

Que ce soit afin de déterminer si chacun des époux ou un seul d'entre eux possède un droit d'option ou que ce soit afin de connaître la véritable portée juridique d'une renonciation faite par l'un des époux, il va sans dire qu'il importe de savoir quelle est la solution qu'a voulu retenir le législateur. Or, les articles 462.1 et suivants nous fournissent très peu d'indications à cet égard. Si l'on regarde d'abord du côté de la conception générale que s'est fait le législateur du patrimoine familial, même si l'on admettait qu'il n'y aurait qu'une seule masse de biens regroupant tous les biens familiaux des deux époux, comme les dispositions sur le patrimoine familial semblent le laisser croire, la question ne serait pas pour autant réglée. Chacun des époux ayant droit à la moitié des biens qui composeraient ce patrimoine, la question se poserait toujours à savoir si le droit d'option devrait, en conséquence, être accordé à chacun des époux ou, au contraire, à l'un seul d'entre eux.

Du côté des dispositions comme telles, la référence que l'on fait à l'article 462.7 à « l'époux débiteur », ne nous fournit pas beaucoup plus d'éclaircissements. S'il est clair que cet article ne s'applique qu'après qu'une compensation soit intervenue entre les droits de chacun des époux, laissant ainsi pour la différence un époux débiteur et un époux créancier, il ne nous indique cependant pas si le droit d'option doit prendre place avant ou après cette compensation. Il prévoit seulement qu'après qu'il y aura eu compensation, ce qui peut se faire aussi bien avant qu'après que le droit d'option ait été exercé, cet article sera susceptible de s'appliquer.

Quant à l'article 462.10, même si l'on y mentionne que les époux ne peuvent renoncer à « leurs droits » dans le patrimoine familial, il ne se révèle pas véritablement significatif. Même si ces termes peuvent laisser croire que chacun des époux aurait un choix à exercer par rapport aux droits qu'il peut détenir dans le patrimoine familial, l'utilisation de ces termes s'explique par le fait que l'on discute alors de la possibilité pour les époux de renoncer d'avance aux avantages que pourraient leur procurer les dispositions portant sur le patrimoine familial. Dans ces circonstances, il va alors de soi qu'une telle renonciation concerne chacun des époux puisqu'on ne peut déterminer d'avance quel sera l'époux qui pourra être avantagé par un éventuel partage du patrimoine familial. On peut également ajouter que lors d'une renonciation subséquente à l'ouverture du patrimoine familial, même si l'on soutenait que le droit d'option ne pourrait être exercé que par l'époux le plus défavorisé, il n'en demeurerait pas moins possible que l'un ou l'autre des époux renonce, par exemple, à ce que certains biens de son

conjoint soient inclus dans le patrimoine familial. Même dans une telle hypothèse, on pourrait donc toujours parler d'une renonciation possible, par chacun des époux, en tout ou en partie, à leurs droits dans le patrimoine familial. On ne peut donc pas prétendre que ces termes laissent voir quelle est la solution qu'a voulu retenir le législateur.

L'article 462.11, enfin, laisse planer lui aussi une certaine ambiguïté. Bien que l'on y précise indirectement quel sera l'objet d'une renonciation en prévoyant qu'il s'agira d'une « renonciation [...] au partage du patrimoine familial », ces termes, dans le cas où les biens familiaux appartiennent aux deux époux, ne décriront exactement la portée de la renonciation ni dans l'une, ni dans l'autre, des deux solutions envisagées ci-dessus. En effet, si l'on soutient qu'une option distincte est possible pour chacun des époux, l'objet de la renonciation par un époux consistera en un refus de partager, non pas le patrimoine familial, mais bien uniquement la valeur des biens familiaux possédés par son conjoint; tandis que si l'on retient une option unique, la renonciation portera non pas sur le partage des biens familiaux, mais uniquement sur l'excédent de la valeur des biens familiaux possédés par le conjoint de l'époux renonçant par rapport à la valeur de ses propres biens.

Face au silence du législateur sur cette question, nous devons admettre que les deux positions ci-dessus mentionnées nous apparaissent défendables. Nous croyons cependant préférable, compte tenu de l'esprit de la loi, de privilégier une option unique. Comme ces dispositions visent à favoriser l'égalité économique entre les époux et donc à permettre à l'époux dont les biens familiaux ont le moins de valeur d'obtenir le partage, pour la valeur excédentaire, des biens de son conjoint, il nous semblerait, en effet, plus normal que le droit d'opter ou non pour ce partage soit réservé exclusivement à l'époux que l'on veut ainsi avantager. Les formalités seraient également simplifiées puisqu'une seule des parties en cause aurait à se prononcer. On éviterait de plus la possibilité que l'époux débiteur puisse retarder inutilement l'exécution du partage en prétextant qu'il est toujours dans les délais pour exercer son droit d'option et que son choix n'a pas encore été arrêté. Soulignons, enfin, que si l'on reconnaissait un droit d'option à chacun des époux, il n'en resterait pas moins que l'option accordée à l'époux débiteur se révélerait souvent théorique, puisque dès que son conjoint aurait accepté le partage du patrimoine familial, cet époux n'aurait plus, en fait, aucun intérêt à renoncer à ses droits.

Quoi qu'il en soit, et tant que cette question ne sera pas définitivement tranchée, il s'avérera plus prudent, en pratique, lorsqu'une renonciation sera faite par un seul des époux, de bien préciser la véritable portée de cette renonciation. Plutôt que de se contenter d'indiquer que l'époux renonce au partage du patrimoine familial, il vaudra mieux indiquer clairement que cet époux se trouve, en fait, à renoncer seulement au partage de la différence de valeur qu'il peut y avoir entre la valeur des biens familiaux de cet époux et la valeur de ceux possédés par son conjoint. De

cette façon, même si l'on devait un jour conclure que chacun des époux possède un droit d'option distinct, il serait clair que l'époux en question aurait renoncé non pas au partage de la valeur des biens de son conjoint, mais bien uniquement au partage de la valeur des biens de son conjoint excédant la valeur de ses propres biens. La véritable intention de l'époux renonçant pourra également ressortir implicitement de l'acte si le notaire y a indiqué, comme il se devrait de le faire pour se protéger contre la possibilité que la renonciation soit attaquée pour cause de lésion, le montant auquel l'époux aurait eu droit s'il n'avait pas renoncé à ses droits.

Cette première question étant réglée, on peut maintenant passer à la seconde question, soit celle concernant la transmissibilité de ce droit d'option en faveur des héritiers d'un époux décédé. Une première situation qui ne soulève pas de difficultés particulières est celle où, le droit au partage du patrimoine familial s'étant ouvert pour une raison autre que le décès de l'un des époux, un d'entre eux décéderait par la suite avant d'avoir exercé son droit d'option. Dans un tel cas, il ne nous semble faire aucun doute que les héritiers pourraient exercer ce droit d'option à la place de l'époux décédé. Tout au plus peut-on signaler qu'à défaut d'article équivalent à l'article 506, ces héritiers ne profiteraient d'aucun délai supplémentaire pour pouvoir enregistrer leur renonciation. Par ailleurs, si jamais parmi les héritiers, l'un acceptait le partage du patrimoine familial alors que les autres y renonçaient, on devrait, par analogie, appliquer l'article 505 et considérer que l'héritier acceptant ne pourrait avoir droit à plus que la part qu'il aurait obtenu si tous avaient accepté.

Qu'en est-il, toutefois, lorsque le droit au partage du patrimoine familial s'ouvre par suite du décès de l'un des époux? Dans un tel cas, le droit d'option qu'aurait pu exercer l'époux décédé est-il transmissible à ses héritiers? Si l'on prétend que le droit d'option est un droit propre à chacun des époux plutôt qu'un droit réservé uniquement à l'époux dont les biens familiaux ont le moins de valeur, la réponse ne peut être que positive. Chacun des époux ayant le droit de demander le partage des biens de l'autre, on voit mal comment, à défaut de réserve semblable à celle que le projet de loi 146 est venu ajouter à l'article 505, on pourrait priver les héritiers d'un tel droit alors que l'époux survivant pourrait toujours exiger le partage des biens familiaux qui appartenaient à l'époux décédé.

Mais si l'on considère plutôt, comme nous l'avons fait, que le droit d'option est un droit qui ne peut être exercé que par un seul des époux, la solution devient alors beaucoup plus discutable. Plusieurs arguments peuvent alors être invoqués au soutien de la non-transmissibilité du droit d'option. Comme ceux-ci ont cependant déjà été fort bien développés par notre collègue Jacques Beaulne à l'occasion d'un article récemment publié dans cette même *Revue*⁴⁶, il ne nous est pas utile de reprendre ici cette

46. Voir J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 43.

argumentation. Il nous suffit simplement de mentionner que pour les raisons invoquées par M^e Beaulne et compte tenu de l'objectif que devrait normalement rechercher cette nouvelle législation, nous ne pouvons qu'être d'accord avec la solution que ce dernier propose et qui consisterait à considérer le droit au partage du patrimoine familial comme étant un droit intransmissible⁴⁷.

En vertu de cette solution, il faudrait donc, lorsque le droit au partage du patrimoine familial s'est ouvert par suite du décès de l'un des époux, commencer par déterminer lequel des deux époux aurait normalement pu bénéficier du droit d'option. S'il s'agit de l'époux survivant, celui-ci aurait le droit d'accepter le partage du patrimoine familial et de réclamer le montant qui lui revient des héritiers de l'époux décédé. S'il s'agit, par contre, de l'époux décédé, le droit d'option étant considéré comme un droit intransmissible, les héritiers de l'époux décédé se verraient privés du droit d'exiger de l'époux survivant le partage du patrimoine familial.

Certains pourront peut-être prétendre que cette solution se révèle injuste pour les héritiers de l'époux décédé. À notre avis, cependant, le patrimoine familial ne devrait, en aucune façon, être conçu pour avantager les héritiers d'un époux. En effet, il ne faut pas oublier que, contrairement à ce qui se produit dans les provinces de common law, les époux sont également régis en droit québécois par un régime secondaire. Or, c'est par le choix de ce régime qu'un époux se trouve, en fait, à décider des conséquences pécuniaires que pourra entraîner son mariage. S'il a choisi de se marier sous un régime de partage des biens, c'est que son choix aura été que les biens possédés par un ou l'autre des époux puissent être divisés entre les deux. Ce choix devrait, en principe, compte tenu de la conception que l'époux s'est fait de son mariage, profiter autant à lui qu'à ses héritiers. Si un époux, par contre, a choisi de se marier sous un régime de séparation de biens, c'est que sa décision aura été, au départ, que le mariage ne permette ni à l'un ni à l'autre des époux de réclamer le partage des biens de son conjoint. Encore là ce choix devrait, en principe, lier autant cet époux que ses héritiers.

Ceci dit on peut comprendre que le législateur ait voulu s'assurer que suite à la dissolution d'un mariage, un des époux ne se retrouvera pas, même s'il a choisi de se marier sous un régime de séparation de biens, dans une situation trop défavorable. Son seul objectif, alors, devrait être de prévoir des dispositions visant à protéger les époux eux-mêmes. Il n'aurait pas à se préoccuper des intérêts des héritiers, chaque époux ayant déjà, à cet égard, décidé par son régime secondaire de l'impact que son mariage aurait sur ses biens et sur ceux possédés par son conjoint. Pour cette raison,

47. Pour l'opinion contraire, soit la transmissibilité du droit d'option aux héritiers, voir P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 14, n^{os} 67-68, pp. 58-60, et J.P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 42, p. 59.

le droit au partage du patrimoine familial devrait donc être considéré comme un droit réservé exclusivement aux époux et non transmissible aux héritiers. Pour ces derniers, la réponse à la question de savoir s'ils auront droit ou non à certains biens de l'époux survivant, devrait plutôt dépendre du choix que l'époux décédé aura exercé au niveau de son régime secondaire.

Il est cependant malheureux de constater que le législateur ne semble pas, à cet égard, avoir très bien compris son rôle. Plutôt que de prévoir expressément que le droit au partage est un droit intransmissible et de laisser le droit aux héritiers de réclamer les droits qu'un époux décédé aurait pu exercer à l'encontre de son conjoint en vertu du régime secondaire, il a choisi d'apporter une modification à l'article 505 de façon à rendre intransmissible les droits résultant de la société d'acquêts et de laisser croire, par ailleurs, que les droits découlant des dispositions sur le patrimoine familial sont transmissibles.

Il est à espérer qu'en ce qui concerne les deux points ci-dessus traités, le législateur ne tardera pas trop à intervenir de façon à clarifier la situation. Ces deux questions, et notamment celle de la transmissibilité du droit d'option aux héritiers, ayant d'importantes répercussions sur la pratique et le règlement des successions, il serait nécessaire que toute incertitude sur les solutions qui doivent être appliquées soit levée le plus rapidement possible.

b) À propos de l'annulation de la renonciation pour cause de lésion

En reconnaissant, à l'article 462.11, la lésion comme un motif d'annulation de la renonciation, le législateur introduit en droit québécois une cause de nullité des actes juridiques qui n'avait jusqu'ici été utilisée, sauf quelques rares exceptions⁴⁸, qu'en vue de protéger les mineurs. On peut comprendre que l'intention du législateur, en ce faisant, pouvait être de favoriser le droit au partage du patrimoine familial et de protéger l'époux possédant le moins de biens familiaux, contre une renonciation irréfléchie ou consentie en raison de pressions indues. On peut cependant se demander si ces craintes étaient véritablement justifiées et si le moyen utilisé se révèle, compte tenu des circonstances, véritablement approprié.

Il est d'abord curieux de constater que cette cause de nullité est prévue en regard d'un acte qui aura nécessairement été fait sous forme notariée. On ne peut s'empêcher de noter que le législateur semble avoir fait bien peu de cas du rôle d'officier public du notaire et de ses devoirs de conseil et d'impartialité. Le notaire étant tenu, de par sa profession même et sous peine d'engager sa responsabilité, de s'assurer que l'époux renonçant saisit bien la portée de son geste⁴⁹, on s'explique mal, si le problème auquel on

48. Tels les articles 1040c et 1056b C.c.B.-C. et 8 et 9 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

49. Voir P.-Y. MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire officier public*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977, p. 32 et s.

a voulu s'attaquer est un problème d'information seulement, que l'on ait senti le besoin d'introduire la lésion. Une simple accentuation du devoir d'information du notaire, si nécessaire, aurait pu être amplement suffisante.

On peut ensuite se demander en vertu de quels critères cette cause de nullité devra être appréciée. On sait qu'en vertu du droit actuel, les majeurs ne peuvent, en principe, être restitués contre leurs contrats, pour cause de lésion⁵⁰. Il est vrai que le législateur se propose avec la réforme du *Code civil* de reconnaître que « La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties [...] »⁵¹. Mais comme cette disposition n'a pas encore force de loi, c'est en se fondant sur le droit actuel que les tribunaux devront tenter de déterminer les critères applicables. Or, il ne fait aucun doute que les principes actuels se révéleront plutôt inadéquats pour guider les juges dans l'interprétation de cette nouvelle cause de nullité.

Ces principes ayant, en effet, été développés pour le mineur, on reconnaît, par exemple, que dès qu'il y a lésion objective, c'est-à-dire inégalité entre les prestations que se sont échangées les contractants, il y a motif à une annulation du contrat. Or, il est clair que dans le cas d'une renonciation par un époux majeur, ce seul critère ne pourra suffire à faire annuler la renonciation. Toute renonciation, à moins qu'elle n'ait été faite en contrepartie d'avantages équivalents, est, en effet, de par sa nature, lésionnaire au sens objectif du terme. L'intention du législateur n'a donc pu être de rendre invalide toute renonciation faite sans contrepartie équivalente. On n'a qu'à penser par exemple à une renonciation qui aurait été faite par un époux, en toute connaissance de cause, en vue d'avantager son conjoint ou les héritiers de ce dernier. On ne voit pas pour quelle raison une telle renonciation devrait être considérée comme lésionnaire et être susceptible d'être annulée par la suite, si l'époux devait, dans les deux années suivant la signature de cet acte, revenir sur sa décision⁵².

On constate ensuite que de façon à étendre davantage la protection des incapables, la doctrine et la jurisprudence ont tendance, en droit québécois, à admettre largement la lésion subjective⁵³. L'appréciation de la lésion ne se fonde plus alors uniquement sur le déséquilibre des prestations, mais sur d'autres éléments plus subjectifs, tels la personnalité du contractant, les circonstances ayant entouré la conclusion du contrat ou les effets que pourra entraîner ce contrat, et ce de façon à rechercher si, compte tenu de l'ensemble de la situation, le contrat ne pourrait pas se révéler source

50. Article 1012 C.c.B.-C.

51. Article 1449 de l'avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*.

52. Article 2261.3 C.c.B.-C.

53. Voir à ce sujet J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, n° 191, p. 131 et A. LAROUCHE, *Les obligations*, tome 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, pp. 174 et s.

d'ennuis ou d'embarras financiers pour la personne concernée. Alors que pour les mineurs, ces seuls éléments de lésion subjective, même en l'absence de tout déséquilibre des prestations, peuvent suffire à entraîner l'annulation du contrat, on peut douter que les mêmes principes puissent être retenus dans le cas qui nous intéresse. On voit mal, en effet, comment l'on pourrait, en l'absence de toute lésion objective, annuler une renonciation qui aurait été consentie en considération d'une contrepartie valable, même si cette contrepartie devait par la suite se révéler être une source d'embarras ou d'ennuis pour l'époux renonçant.

C'est donc dire que les tribunaux devront adapter ou modifier, pour les fins de l'article 462.11, les critères actuels d'appréciation de la lésion. Il semble bien qu'il faudra pour que cette cause de nullité puisse être accordée que l'on retrouve à la fois des éléments de lésion objective et des éléments de lésion subjective. Il va sans dire, cependant, que ce sont surtout les éléments de lésion subjective qui pourront causer des difficultés. Est-ce qu'une information adéquate des conséquences d'une renonciation, fournie à l'époux avant ou au moment où l'acte aura été signé, suffira à repousser subséquemment toute demande d'annulation de l'acte pour cause de lésion? Ou est-ce que malgré une telle information, on permettra quand même à l'époux d'invoquer par la suite qu'il n'était pas en mesure, au moment où l'acte a été signé, de bien saisir la portée de son geste? Il va sans dire que si cette dernière interprétation devait prévaloir, les conséquences seraient fort lourdes. Malgré toutes les précautions que l'on pourrait prendre, il y aurait toujours danger que l'acte puisse être attaqué par la suite. Et si tel devait être le cas, ce serait alors la liquidation du régime secondaire, le règlement d'une succession ainsi que le montant des contributions alimentaires payées à des héritiers qui pourraient être remises en cause.

Considérant les répercussions que pourra entraîner l'annulation d'une renonciation, considérant l'absence de tout critère d'appréciation de cette cause de nullité et considérant qu'il est déjà prévu que cet acte devra se faire devant un notaire, l'introduction par le législateur de la lésion comme motif de nullité d'une renonciation se révèle être, à notre avis, sinon une mesure injustifiée, tout au moins un choix de solution inapproprié.

D. L'EXÉCUTION DU PARTAGE

1. Principes

Parmi les articles 462.1 à 462.13, on retrouve quatre articles qui se rapportent plus particulièrement à l'exécution du partage. Il s'agit des articles 462.6, 462.7, 462.12 et 462.13. Le premier de ces articles indique de quelle façon pourra se faire l'exécution du partage:

462.6 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 peuvent convenir de transférer d'autres biens que ceux du patrimoine familial.

L'article suivant accorde certains pouvoirs au tribunal advenant que les époux ne puissent s'entendre sur les modalités d'exécution du partage :

462.7 Outre qu'il peut, lors du partage, attribuer certains biens à l'un des époux, notamment la propriété de la résidence familiale ou d'une partie des droits que l'époux débiteur possède dans l'entreprise familiale, le tribunal peut aussi, si cela est nécessaire pour éviter un préjudice, ordonner que l'époux débiteur exécute son obligation par versements échelonnés sur une période qui ne dépasse pas dix ans.

Il peut, également, ordonner toute autre mesure qu'il estime appropriée pour assurer la bonne exécution du jugement et, notamment, ordonner qu'une sûreté soit conférée à l'une des parties pour garantir l'exécution des obligations de l'époux débiteur.

Les articles 462.12 et 462.13 portent, quant à eux, sur le partage des gains inscrits en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents ainsi que sur le partage des droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi :

462.12 Le partage des gains inscrits au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents est exécuté par l'organisme chargé d'administrer le régime ou le programme, conformément à cette loi ou à la loi applicable à ce programme, sauf si cette dernière ne prévoit aucune règle de partage.

462.13 Le partage des droits accumulés par l'un des époux au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi est effectué conformément, s'il en existe, aux règles d'évaluation et de dévolution édictées par cette loi.

Toutefois, le partage de ces droits ne peut en aucun cas avoir pour effet de priver le titulaire original de ces droits de plus de la moitié de la valeur totale des droits qu'il a accumulés avant ou pendant le mariage, ni de conférer au bénéficiaire du droit au partage plus de droits que n'en possède, en vertu de son régime, le titulaire original de ces droits.

Entre les époux ou pour leur bénéfice, et nonobstant toute disposition contraire, ces droits ainsi que ceux accumulés au titre d'un autre régime de retraite sont cessibles et saisissables pour le partage du patrimoine familial.

Les principes qui se dégagent de ces articles peuvent se résumer de la façon suivante. Une fois déterminé le montant que l'époux créancier aura le droit de réclamer de son conjoint, ce dernier aura le choix de s'acquitter de sa dette soit en argent, soit par le transfert de biens jusqu'à concurrence de la somme due. Dans ce dernier cas, ces biens pourront consister tout autant en des biens familiaux qu'en des biens autres que ceux du patrimoine familial.

Advenant que l'époux débiteur ne soit pas en mesure de payer immédiatement le montant qu'il doit et que son conjoint refuse de lui accorder un délai de paiement ou advenant que les époux ne s'entendent pas

sur le choix des biens qui pourraient être transférés en exécution du partage, le tribunal aura le pouvoir soit d'attribuer certains biens en paiement des sommes dues, soit, si cela est nécessaire pour éviter un préjudice, d'ordonner que le paiement de la créance soit échelonné sur une période ne pouvant dépasser dix ans avec obligation ou non de fournir une sûreté.

Quant aux biens qui pourront être attribués par le tribunal à l'époux créancier, il pourra s'agir non seulement de biens familiaux, mais aussi, selon les termes de l'article 462.7, « d'une partie des droits que l'époux débiteur possède dans l'entreprise familiale » ainsi que, fort probablement, de tout autre bien non familial, puisque l'exemple donné quant aux droits possédés dans l'entreprise familiale est précédé du mot « notamment » et que le mot « biens » utilisé en début d'article n'est nullement restreint à une catégorie particulière de biens. Le tribunal se voit également accordé par le législateur le pouvoir d'ordonner, le cas échéant, toute autre mesure qu'il pourra estimer nécessaire pour assurer la bonne exécution du jugement.

Soulignons, par ailleurs, que peu importe qu'elles soient prévues par le tribunal ou par les parties elles-mêmes, les modalités d'exécution du partage ne pourront, en aucun cas, avoir pour effet de priver le titulaire des droits accumulés au titre d'un régime de retraite, régi ou établi par une loi, de plus de la moitié de la valeur totale des droits qu'il a accumulés avant ou pendant le mariage ou de conférer à l'époux bénéficiaire plus de droits que n'en possède le titulaire de ces droits. Comme le signale M^e Sénécal, cette prohibition, prévue par l'article 462.13, ne s'appliquerait cependant pas « à l'égard d'un régime enregistré d'épargne-retraite puisqu'un tel régime n'est pas « établi ou régi par une loi » au sens des lois relatives aux régimes de retraite [...] »⁵⁴. En autant qu'il ne soit pas régi par une loi relative aux régimes de retraite, plus de 50 % d'un régime enregistré d'épargne-retraite pourrait donc être transféré d'un époux à l'autre.

Soulignons enfin, comme l'indique le dernier alinéa de l'article 462.13, que tous les droits accumulés dans un régime de retraite seront cessibles et saisissables pour le partage du patrimoine familial et ce nonobstant toute disposition contraire.

2. Commentaires

Nos commentaires porteront, d'une part, sur l'exécution du partage par dation en paiement et, d'autre part, sur le pouvoir conféré par le législateur au tribunal d'attribuer des biens non familiaux.

54. Cet auteur souligne également que par exception les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi par la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* fédérale pourraient être transférés en entier, l'article 25(4) de cette loi le prévoyant expressément. Voir J. P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 42, p. 67.

a) À propos de l'exécution du partage par dation en paiement

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner⁵⁵, il est curieux de constater qu'à l'article 462.6 le législateur ait pris soin d'indiquer que l'exécution du partage pouvait se faire par dation en paiement. Ce mode de paiement étant, en effet, déjà prévu à l'article 1592 C.c.B.-C. et ouvert à tout débiteur, à la condition que son créancier y consente, dès qu'une obligation de payer une somme d'argent existe, il s'avérerait inutile que le législateur y réfère expressément à l'article 462.6, s'il voulait simplement que les règles habituelles s'appliquent.

Il semble donc que l'intention du législateur ait été, contrairement à ce qui se serait produit si seule l'exécution en numéraire avait été prévue, de laisser le choix au débiteur de décider du mode de paiement de son obligation. En vertu des règles générales, lorsqu'une obligation doit être exécutée au moyen du paiement d'une somme d'argent, le créancier ne peut être forcé de recevoir des biens en paiement à moins qu'il n'y ait expressément consenti. Or, ici en vertu de l'article 462.6, le débiteur se verrait accorder cette possibilité de contraindre l'époux créancier à recevoir des biens en paiement⁵⁶.

On peut cependant se demander si les biens ainsi transférés pourront être choisis unilatéralement par l'époux débiteur ou si, au contraire, les époux devront s'entendre sur le choix des biens à être ainsi transférés. À notre avis, le second alinéa de l'article 462.6 répond à cette question en prévoyant que « Si l'exécution du partage a lieu par dation en paiement, les époux peuvent convenir de transférer [...] ». Au cas d'exécution du partage par dation en paiement, ce serait donc les époux qui conviendraient du choix des biens à être transférés, ces biens pouvant, par ailleurs, comme l'indique la fin de l'article, consister autant en des biens familiaux qu'en des biens autres que ceux du patrimoine familial.

Cette solution se justifie d'ailleurs pour deux autres raisons. D'abord parce qu'il s'avérerait illogique, alors même que ces dispositions ont été créées pour avantager l'époux créancier, que le paiement reçu puisse consister en des biens qui, ayant été choisis unilatéralement par son conjoint,

55. Voir M. BOUDREAU et L. CHAREST, *Document explicatif sur la Loi 146: Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1989, p. 11, note 13.

56. Voir en ce sens J. P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 42, p. 66. En cas de désaccord entre les époux sur le choix des biens à être transférés, nous ne pouvons cependant admettre la solution que préconise M^e Sénécal selon laquelle « Ce devrait être alors les règles du partage qui s'appliquent: confection de lots, tirage au sort, etc. ». En l'absence de tout droit réel indivis, les règles du partage nous apparaissent inappropriées tout au moins comme solution devant alors s'imposer entre les époux. Il reviendrait plutôt au tribunal, comme le prévoit l'article 462.7 de décider du choix des biens qui devront être remis à l'époux créancier en paiement de ce qui lui est dû.

pourraient se révéler de qualité médiocre ou de peu d'utilité pour l'époux concerné. Ensuite parce que même si l'on soutenait que le choix des biens familiaux puisse être fait unilatéralement par l'époux débiteur, il suffirait à l'époux créancier, au cas de désaccord, de s'adresser au tribunal pour que celui-ci soit appelé à choisir les biens qui seront transférés. Ainsi, en se prévalant de cette possibilité que lui accorde l'article 462.7, l'époux créancier ne pourrait se voir imposer unilatéralement par son conjoint le choix des biens qui lui seront transférés.

b) À propos du pouvoir laissé au tribunal d'attribuer certains biens

L'article 462.7 confère au tribunal, entre autres, le pouvoir d'attribuer certains biens à l'un des époux. Tel que rédigé, cet article semble laisser au tribunal toute la latitude voulue pour qu'il puisse exercer ce pouvoir à son entière discrétion et dans tous les cas où il le jugera à propos. On ne note, en effet, aucune condition qui viendrait restreindre l'exercice de ce pouvoir. Au contraire, la mention que le pouvoir d'attribution pourrait porter sur un bien exclu du patrimoine familial, soit les droits que l'époux débiteur possède dans l'entreprise familiale, et fort probablement sur tout autre bien non familial, vu l'emploi du mot « notamment » et l'absence de toute restriction quant au sens qui doit être donné au mot « biens », donne à penser que le législateur a voulu favoriser un large pouvoir d'intervention judiciaire.

Or, un tel pouvoir accordé de façon aussi large au tribunal ne manque pas de surprendre et ce, pour plusieurs raisons. On peut d'abord remarquer qu'ayant eu le choix de décider si le partage du patrimoine familial donnerait naissance à un droit réel dans les biens ou à un simple recours personnel contre l'époux débiteur, on comprend mal pourquoi le législateur, ayant préféré opter pour cette dernière solution, voudrait par la suite conférer un large pouvoir d'attribution au tribunal. Si ce pouvoir devait être interprété largement, ce serait en fait reconnaître que le tribunal pourrait, à sa seule discrétion, accorder des droits réels à un époux alors que le législateur n'a pas voulu, en principe, que le partage du patrimoine familial donne naissance à de tels droits. En se fondant sur ce choix du législateur, on serait donc porté à penser que ce pouvoir devrait, malgré les termes de l'article 462.7, être interprété de façon plus restrictive.

Ainsi comment devrait-on interpréter l'article 462.7 dans l'hypothèse où un époux, refusant de recevoir un paiement comptant de son conjoint et préférant obtenir plutôt la propriété de certains biens, s'adresserait au tribunal pour lui demander que celui-ci exerce son pouvoir d'attribution? Devrait-on alors interpréter restrictivement le pouvoir d'attribution du tribunal et le circonscrire aux seuls cas où l'époux ne veut ou ne peut payer comptant le montant dû ou interpréter plus largement ce pouvoir et reconnaître que le tribunal pourrait intervenir même si le débiteur entend s'acquitter de sa dette comptant?

Compte tenu du principe que le législateur a lui-même établi en n'accordant à l'époux créancier qu'un droit personnel, il semblerait plus logique de refuser, dans un tel cas, tout pouvoir d'intervention au tribunal. Suivant cette interprétation, le pouvoir d'attribution du tribunal ne serait donc reconnu que si le débiteur n'est pas en mesure de payer comptant la somme qu'il doit ou que si l'époux débiteur ayant choisi de payer par dation en paiement, mais ne s'entendant pas avec son conjoint sur les biens à être transférés, l'intervention du tribunal s'avérerait justifiée pour trancher le litige. Si ce n'était de la rédaction fort large de l'article 462.7, une telle interprétation, tout en ne lésant aucunement l'époux créancier qui recevrait son dû, apparaîtrait, à notre avis, beaucoup plus conforme et dans l'esprit des choix faits par le législateur.

On peut ensuite constater que ce pouvoir d'attribution, surtout s'il est interprété largement, sera susceptible, au cas de décès de l'époux débiteur, d'entrer en conflit avec les dernières volontés exprimées par ce dernier. On peut ainsi penser au cas où le tribunal voudrait attribuer au conjoint de l'époux décédé des droits dans un bien, alors même que ce bien aurait été légué par le défunt à une autre personne. Bien que certains arguments puissent alors être invoqués en vue de restreindre le pouvoir d'attribution du tribunal⁵⁷, tout au moins lorsque le bien concerné a été légué à titre particulier, il n'en reste pas moins que dans tous les cas où il pourrait le faire, le tribunal se trouverait par l'exercice d'un tel pouvoir à contrecarrer les dernières volontés du défunt. De façon à limiter les possibilités qu'un tel conflit survienne, il y aurait donc, encore là, motif d'interpréter restrictivement ce pouvoir et notamment de le restreindre véritablement qu'aux seuls cas où la succession ne pourra s'acquitter de son obligation en numéraire.

On peut enfin se demander pour quelles raisons, à l'article 462.7, le pouvoir d'attribution du tribunal se trouve à être étendu à des biens exclus du patrimoine familial. Comment justifier, en effet, que le législateur puisse conférer au tribunal, dans le cadre de dispositions portant sur le patrimoine familial, le pouvoir d'accorder à un époux des droits sur certains biens de son conjoint, alors même que ces biens sont, comme dans le cas de l'entreprise familiale, totalement étrangers à la législation mise en place. Qu'un tel pouvoir ait pu être attribué au tribunal par le législateur lorsqu'il s'agit du paiement d'une prestation compensatoire peut toujours, en raison de la nature de la dette, se comprendre⁵⁸. Mais comment expliquer qu'un pouvoir semblable ait également été accordé au tribunal sous l'article 462.7?

Alors que la logique et la cohérence du système mis en place par le législateur auraient voulu que le pouvoir d'attribution du tribunal soit interprété restrictivement comme nous l'avons ci-dessus mentionné et limité aux seuls biens faisant partie du patrimoine familial, cette extension du

57. Voir à ce sujet J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 43, p. 687.

58. Article 462.16.

pouvoir accordé au tribunal apparaît, dans le cas présent, non seulement incongrue, mais modifie également la perception que l'on aurait dû avoir de ce pouvoir. Il apparaîtra évidemment difficile de soutenir que l'article 462.7 doive être interprété restrictivement si le législateur a lui-même choisi d'étendre ce pouvoir à des biens qui ne sont nullement concernés par la législation en cause.

Ajoutons enfin que cette décision d'accorder, sous l'article 462.7, un tel pouvoir au tribunal apparaît presque indécente. Il faut bien voir, en effet, que par le projet de loi 146 le législateur se permet, comme jamais auparavant, de décider de ce que les gens pourront faire de leurs biens tant au moment de leur mariage qu'au moment de leur décès. On leur impose ainsi, malgré leur volonté et les raisons fort justifiées qu'ils pourraient avoir de s'y soustraire, l'obligation de partager la valeur de certains biens dès qu'ils se marient et l'obligation de fournir des aliments, même au-delà de leur décès, à certaines personnes⁵⁹. Que l'on soit ou non d'accord avec les objectifs recherchés, il n'en reste pas moins exact de constater que le législateur s'ingère de plus en plus dans les intérêts privés des gens. Que ce dernier se permette ainsi de décider de ce qu'il adviendra des biens de chacun peut toujours, à la rigueur et sous réserve qu'un débat intervienne un jour sur cette question, se comprendre. Mais là où, à notre avis, la position adoptée par le législateur ne peut plus se défendre, c'est lorsque ce dernier, ayant lui-même décidé des effets qu'entraînerait sa législation, accorde ensuite le pouvoir au tribunal d'y déroger à son entière discrétion. Autrement dit, non satisfait d'intervenir lui-même dans les rapports pécuniaires des gens, le législateur, délègue, en plus, au tribunal le pouvoir d'intervenir à sa guise dans le patrimoine d'une personne et de décider si les biens de cette dernière, peu importe leur nature, demeureront ou non sa propriété.

Pour toutes ces raisons, il est à espérer que les tribunaux auront le réflexe d'interpréter de façon restrictive le pouvoir qui leur est accordé et qu'ils sauront, dans les cas où ils s'en serviront, ne l'utiliser qu'à bon escient.

III. DISPOSITIONS TRANSITOIRES

A. PRINCIPES

Les articles 42 à 46 du projet de loi 146 prévoient un certain nombre de mesures transitoires. Parmi les plus importantes de ces mesures, on peut d'abord noter l'article 42 qui permet aux époux mariés avant le

59. Voir les articles 607.1 et suivants C.c.B.-C. qui ont également été introduits au Code civil par le projet de loi 146.

1^{er} juillet 1989 de s'exclure, en tout ou en partie, de l'application des articles 462.1 à 462.13. Pour ce faire, les époux devront avoir manifesté, avant le 1^{er} janvier 1991, par acte notarié ou déclaration judiciaire conjointe faite au cours d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage dont il est donné acte, leur volonté de ne pas être ainsi assujettis à l'application de ces nouvelles dispositions. Par exception, cette exclusion ne privera cependant pas les époux du droit au partage de leurs gains inscrits en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents.

Une telle convention exigera dans tous les cas le consentement des deux époux. Si elle est faite par acte notarié, l'acte en question devra, toujours selon l'article 42, être inscrit au registre central des régimes matrimoniaux à la diligence du notaire instrumentant.

Le même article prévoit également, comme autre mesure transitoire, que les règles du patrimoine familial ne seront pas applicables, à moins de reprise de la vie commune, aux époux qui, avant le 15 mai 1989, avaient cessé de faire vie commune et avaient réglé, par une entente écrite ou autrement, les conséquences de leur séparation. Il en sera également de même à l'égard des demandes en séparation de corps, divorce ou annulation de mariage ayant été introduites avant le 15 mai 1989.

Signalons aussi l'article 43 qui précise que l'article 462.8, relatif à l'aliénation avant le partage d'un bien qui faisait partie du patrimoine familial, est inapplicable à l'égard des actes d'aliénation conclus avant le 1^{er} juillet 1989, à moins qu'ils n'aient été faits dans le but de diminuer la part de l'époux auquel aurait profité l'inclusion de ce bien au patrimoine familial.

Enfin, les articles 44 à 46 prescrivent certaines mesures techniques sur lesquelles il n'apparaît pas opportun de s'attarder ici.

B. COMMENTAIRES

Nous nous bornerons simplement à souligner que les époux mariés avant le 1^{er} juillet 1989 sous le régime de la société d'acquêts ou de la communauté de biens auront tout intérêt à se soustraire à l'application des articles 462.1 à 462.13. Étant, en effet, déjà mariés sous un régime de partage et les règles de leur régime secondaire étant à bien des égards supérieures et plus complètes que celles du patrimoine familial⁶⁰, les époux préféreront certainement que les règles applicables à tous leurs biens soient non seulement celles de leur régime secondaire, mais également les mêmes pour tous les deux, plutôt que de se retrouver dans une situation où les règles de partage pourront différer selon la nature des biens possédés par chacun d'entre eux.

60. À l'exception, peut-être, du partage des droits à la retraite. Pour cette raison, s'ils veulent que les règles du patrimoine familial continuent de s'appliquer quant à ces droits, les époux pourraient opter pour une exclusion partielle.

On peut ainsi penser, à titre d'exemple, aux règles applicables à des biens achetés pendant le mariage à même des économies qui auraient été réalisées avant le mariage. Il est alors fort probable, compte tenu de la nature des sommes utilisées, que des époux mariés sous le régime de la société d'acquêts préféreront voir la valeur de tels biens être exclue de tout partage, plutôt que l'inverse si la législation sur le patrimoine familial devait s'appliquer. On peut également penser aux déductions prévues par l'article 462.5 qui, différant des règles de récompense sous les régimes de la société d'acquêts et de la communauté de meubles et acquêts, pourront avoir un impact parfois fort considérable sur la valeur finale de la masse partageable⁶¹.

CONCLUSION

Comme nous avons pu le constater, les dispositions portant sur le patrimoine familial soulèvent plusieurs problèmes. Certains d'entre eux, comme ceux touchant aux biens faisant partie du patrimoine familial, constituent des problèmes d'interprétation inhérents à toute nouvelle législation qu'il aurait été difficile d'éviter totalement. Mais plusieurs autres relèvent soit d'une conception floue, par le législateur, du système qu'il a voulu mettre en place, soit d'un manque de clairvoyance des difficultés d'application que pouvaient présenter cette nouvelle législation.

61. Avec les dernières modifications apportées par le projet de loi 47 à l'article 462.5, un tel impact pourra notamment se faire sentir sous le régime de la société d'acquêts. Il y aura, en effet, au moins deux hypothèses où les déductions de l'article 462.5 pourront désormais avoir pour effet de diminuer la valeur de la masse partageable par rapport à ce qu'aurait été celle-ci en vertu des règles de la société d'acquêts. Il s'agit d'abord de l'hypothèse où un bien ayant été acquis avant le mariage et dont une partie seulement du coût d'acquisition aurait été payée à ce moment, aurait pris de la valeur entre la date de son acquisition et la date du mariage. Comme les déductions de l'article 462.5 sont établies en fonction de la valeur nette du bien, plutôt qu'en proportion seulement des sommes payées avec des propres comme c'est le cas sous le régime de la société d'acquêts, ce sera donc la totalité de la plus-value acquise par un bien avant le mariage qui sera déductible plutôt qu'une partie seulement de celle-ci. De même et pour les mêmes raisons une plus grande partie de la plus-value acquise par un tel bien pendant le mariage sera également déductible. Il y a ensuite l'hypothèse où un bien profitant d'une des déductions prévues par l'article 462.5 aurait diminué de valeur au jour de la liquidation du patrimoine familial. Contrairement à ce qui se produit sous le régime de la société d'acquêts, où une telle diminution de valeur aurait alors été supportée en proportion des propres et des acquêts utilisés, la diminution de valeur d'un tel bien sera, sous l'article 462.5, entièrement supportée par la masse partageable. En effet, le plein montant de la déduction pourra toujours être réclamée et ce même si le bien a entretemps perdu de sa valeur. Cette déduction pourra même, si elle excède la valeur du bien concerné au jour de la liquidation du patrimoine familial, être prise à l'encontre de la valeur nette des autres biens partageables (voir *supra*, pp. 449 et ss.) réduisant ainsi d'autant le montant auquel pourra avoir droit le conjoint et l'époux propriétaire. On s'aperçoit donc que les nouvelles règles formulées par l'article 462.5, plutôt que de favoriser le conjoint de l'époux propriétaire, pourront avoir pour effet de le défavoriser, tout au moins lorsque celui-ci est marié sous le régime de la société d'acquêts.

On ne peut que déplorer qu'une loi aussi importante, puisqu'elle affecte les droits de tous les couples mariés, ait pu être conçue avec autant d'empressement et si peu de consultation alors même qu'elle recelait de si nombreux problèmes d'ordre juridique. Le mal étant cependant déjà fait, il ne reste plus qu'à espérer que le législateur interviendra le plus rapidement possible pour corriger les principales difficultés que soulève cette loi. Et bien que le projet de loi 47 constitue déjà un pas dans cette direction, force nous est, pour le moment, de constater que celui-ci demeure encore, à bien des égards, nettement insuffisant.