

LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE

François Héleine

Volume 4, numéro 2, 1973

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059759ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059759ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Héleine, F. (1973). LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE. *Revue générale de droit*, 4(2), 154–179. <https://doi.org/10.7202/1059759ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1973

Cet document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE

par François HÉLEINE,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

La femme mariée peut exercer une activité professionnelle non seulement dans le cadre d'une entreprise familiale mais aussi en louant ses services à un tiers employeur ou en vendant des biens ou services. Lorsque les époux œuvrent ensemble pour la bonne marche de l'entreprise de l'un d'eux ou pour la prospérité de l'exploitation commune, les dangers que comporte cette activité sont ressentis et supportés par l'un et par l'autre. Leur collaboration à une même œuvre pose peu de problèmes au juriste si ce n'est celui de la nature juridique de cette collaboration¹. Mais lorsque des époux exercent des professions séparées, surgissent les problèmes de leurs rapports personnels et de la responsabilité de l'un aux dettes nées de l'activité de l'autre. Facilement solubles lorsqu'il s'agit du mari, ces problèmes deviennent complexes lorsqu'ils concernent la femme. Il convient, en effet, de se demander dans quelle mesure on peut reconnaître à celle-ci le libre exercice d'une profession souvent souhaitable du point de vue pécuniaire, mais parfois génératrice d'un échec du mariage. Les réponses sont diverses et dépendent essentiellement du contexte législatif.

Le mariage crée entre deux individus une association d'intérêts dont ni l'un ni l'autre n'est plus absolument maître². Il les soumet ainsi à un statut bien particulier de dépendance l'un à l'égard de l'autre qui se manifeste, soit dans l'égalité des deux époux, soit dans la subordination de l'un à l'égard de l'autre. Justifiée par le seul intérêt de la cellule familiale ainsi constituée, cette dépendance, quelle que soit la forme qu'elle prend, influe fortement sur les conditions d'exercice par l'épouse d'une profession distincte de celle de son mari. Plusieurs solutions sont possibles qui devront tenir compte et de la condition de dépendance dans laquelle le législateur a entendu maintenir la femme, et de la struc-

¹ V. à ce sujet F. HÉLEINE, *Le contrat de travail entre époux à travers son histoire; de l'intransigeance à la tolérance; de l'entraide au salariat*, Mélanges L. Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1973.

² OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968, introduction, p. 1 et s.

ture de la famille. En d'autres termes, la liberté professionnelle de la femme mariée variera en raison de sa capacité juridique et de l'existence d'une hiérarchie familiale faisant du mari l'arbitre des intérêts communs. L'influence de ces deux facteurs peut être plus ou moins importante. Conjugués, ils conduisent à une conception très restrictive de la liberté professionnelle, pour ne pas dire à son absence. Le seul intérêt de la famille réclame une solution plus nuancée qui fait de l'activité professionnelle un droit soumis à contrôle. Le statut capacitaire n'est pas en lui-même un élément qui permette d'opter pour une formule donnée; il ne fait que justifier a posteriori la solution adoptée. C'est qu'en effet, il n'est que la conséquence d'une option qui, au sein de la famille, fait de la femme soit « une servante », soit une « égale ».

Ainsi, dans un système familial si hiérarchisé qu'il soumet tous les actes de la femme au visa du mari, il ne peut être envisagé qu'une activité professionnelle autorisée par le mari. Le XIX^e siècle qui sacrifia la réalité féminine au culte de l'individualisme masculin, organisa des situations juridiques de ce type. Éternelle mineure, auprès d'un mari omnipotent, la femme devait solliciter l'autorisation de son époux pour entrer dans la vie active. Garant des intérêts familiaux, celui-ci décidait discrétionnairement de l'opportunité d'une telle activité, et les tribunaux n'intervenaient qu'en l'absence d'une possibilité d'exercice par le mari de ses pouvoirs discrétionnaires³.

La consécration d'une pleine capacité juridique peut ne pas soustraire entièrement la femme à la tutelle de son mari dans le domaine professionnel. Le mariage crée dans certaines législations une hiérarchie fonctionnelle entre deux individus égaux en droit. L'un des époux se voit alors confier la mission de veiller aux intérêts communs et de représenter la cellule familiale à l'égard des tiers. Si souple que soit cette hiérarchie, elle n'en soumet pas moins l'autre époux à un statut de dépendance et influe, par là même, sur son statut professionnel. L'époux, arbitre des intérêts communs pourra s'opposer à l'entrée dans la vie professionnelle de son conjoint. C'est une formule de ce type qui avait été retenue par le législateur français de 1938 à 1942. En faisant du mari un chef de la famille, exerçant cette fonction dans l'intérêt commun du

³ V. *infra*, le régime juridique de l'autorisation maritale.

ménage et des enfants ⁴, il soumettait la vie professionnelle de la femme au visa de son conjoint. Mais, venant heurter un droit fondamental, ce visa ne devait avoir d'effet que dans la mesure où il répondait au but fixé par l'institution. Se manifestant a posteriori sous forme d'opposition, il demeurerait soumis à un contrôle judiciaire portant sur l'existence de circonstances qui faisaient de l'exercice du droit à la profession une activité contraire à l'intérêt commun.

Par contre, la négation d'une hiérarchie familiale liée à un statut de pleine capacité juridique conduit à la consécration d'un droit au travail sans limitation. Dans cette hypothèse, en effet, les fondements du contrôle d'un époux par l'autre, même s'il est assorti de garanties, ne se justifient plus et il constituerait une atteinte inadmissible à une liberté publique et à un droit découlant de la personnalité. Ce système confie à chacun des époux le soin de veiller, par son propre comportement, aux intérêts communs. A une époque où l'on désire que chacun prenne conscience de ses responsabilités, politiques, sociales ou familiales, cette formule qui fait se rejoindre le juridique et le sociologique, demeure la seule possible. Mise en œuvre par le législateur québécois moderne, elle fait l'objet de critiques par certains juristes qui admettent difficilement, aujourd'hui encore, que « les procédures sur l'exercice par la femme mariée d'une profession distincte et sur les recours judiciaires auxquels cet exercice peut donner lieu ⁵ » relèvent de l'hypothèse d'école et de la théorie pure.

Relevant, hier, du pouvoir discrétionnaire du mari (section 1) le droit au travail est aujourd'hui une prérogative essentielle de la femme qu'on ne saurait venir lui contester (section 2).

⁴ Art. 216 C.N., formulation du 18 février 1938: « le mari peut, sauf dans les cas prévus par le troisième alinéa de l'art. 213 [perte de la qualité de chef de famille] s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée. Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, le tribunal peut, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à passer outre à cette opposition... L'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme. » Cette solution avait été reprise à l'art. 223 C.N., formulation du 22 septembre 1942.

⁵ J. Foyer, rapporté par M. HAMIAUT, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1965, p. 56. La référence à la doctrine étrangère n'est faite qu'à titre comparatif.

Section 1

L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DANS LE DROIT ANCIEN.

Le droit qui régissait l'activité professionnelle de la femme mariée avant la réforme de 1964 avait été élaboré à une époque où il était exceptionnel que l'épouse aille louer ses services à autrui. Elle se contentait d'aider son mari dans l'exercice de sa profession ou de vaquer à des occupations ménagères d'autant plus accaparantes que les maternités étaient alors très fréquentes. Parfois cependant, elle se livrait à l'exercice d'une activité commerciale au domicile commun et en son propre nom. Exceptionnelle en fait, l'activité professionnelle de la femme allait conserver ce caractère en droit ⁶.

Commerciale, cette activité s'exerçait dans un domaine où il est particulièrement dangereux de n'être pas un initié. Les biens du ménage risquant fort de servir à éponger des dettes commerciales, le législateur voulut restreindre dans la mesure du possible l'exercice d'une profession commerciale par une femme mariée. Dans ce but, il fit du mari l'arbitre des intérêts du ménage. L'autorisation qu'il donnait à sa femme d'exercer une activité professionnelle l'obligeait aux dettes résultant de cette activité. Lourde de conséquences possibles, cette autorisation était laissée à son appréciation, et ce n'est que dans la mesure où il ne pouvait pas manifester sa volonté qu'on suppléait cette autorisation par un visa judiciaire.

Paragraphe 1

LE CONTRÔLE DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE
DE LA FEMME PAR LE MARI.

1. L'AUTORISATION MARITALE.

Les auteurs québécois s'entendaient pour admettre que la véritable raison de l'inégalité conjugale « ce n'est pas la faiblesse de la femme mais bien plutôt parce que la loi croit qu'il est de l'intérêt d'une association qu'il n'y ait qu'un chef et de la dignité humaine que le commandement repose dans les mains du mari ⁷ ». Cette inégalité était consacrée dans le domaine professionnel par l'obli-

⁶ L. TREMBLAY, *Les biens réservés de la femme mariée*, Montréal, 1946, p. 11, n° 3.

⁷ W. A. BAKER, *Incapacité de la femme mariée*, 1895, 1 R.L. ns 154.

gation où se trouvait la femme de demander à son mari de lui permettre une activité rémunératrice. La nécessité de l'autorisation maritale ne faisait l'objet d'une disposition spéciale qu'en ce qui concerne la femme marchande publique⁸; mais l'ensemble de la doctrine considérait qu'elle s'étendait à l'exercice de toute profession séparée⁹.

Si l'on veut bien se rappeler que la codification a été réalisée par une société patriarcale et agricole, on ne peut s'étonner de la portée restreinte de l'art. 179 C. C. ancien. En 1866, rares étaient les femmes qui louaient leurs services à autrui. Mères de famille nombreuse, elles étaient accaparées par leurs tâches ménagères. Tout au plus, ouvraient-elles boutique au domicile commun. C'est de la situation de ces quelques boutiquières que le législateur s'est préoccupé. Avec le XX^e siècle est apparu le salariat féminin. L'émancipation féminine, la nécessité croissante de main-d'œuvre, la baisse de la natalité, la diminution du temps consacré aux tâches ménagères, que rendit possible l'entrée de la mécanisation dans la famille, le décalage entre l'accroissement rapide des besoins de confort et l'évolution lente des revenus, a obligé la femme à contribuer avec son mari à la constitution d'un budget familial en louant ses services aux employeurs intéressés à recruter une main-d'œuvre féminine. Pour ce type d'activité point n'était besoin d'une législation spéciale. Tout salariat suppose un contrat de travail; il suffisait d'appliquer les règles du droit commun pour retrouver l'autorisation maritale exigée expressément dans l'hypothèse de l'exercice d'une profession commerciale¹⁰. Incapable, la femme devait être relevée de son inaptitude à contracter par une autorisation maritale spéciale mais non formaliste. Enfin, les fruits de ce travail

⁸ Art. 179 C.C., formulation 1866: « la femme si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée ». Cette disposition resta en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 1). Sauf précision contraire, les textes législatifs cités en référence sont ceux actuellement en vigueur.

⁹ *Langstaff c. Bar of the Province of Quebec*, 1915, C.S. 131; P. B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 1, Montréal, 1895, p. 539 (a contrario) A. PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, 1936, p. 673; L. TREMBLAY, *Les biens réservés de la femme mariée*, Montréal, 1946, p. 41 et s.; R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 351; C. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, Montréal, 1966, p. 17; G. BRIÈRE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée*, Lois nouvelles, Montréal, 1965, p. 9; *La réforme de la capacité de la femme mariée dans la Province de Québec*, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1966, p. 84.

¹⁰ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 17.

étant soumis à la loi du régime matrimonial choisi, et les dettes professionnelles, de nature essentiellement délictuelle, ne donnant pas lieu à recouvrement sur les biens du conjoint ou sur les biens communs ¹¹, il n'avait pas paru nécessaire d'aménager, pour les femmes communes en biens, un régime spécifique de salariat féminin.

L'activité commerciale, par contre, présentait pour le mari des risques financiers importants. Par l'application de l'adage « qui auctor se obligat », il devenait responsable des dettes professionnelles de l'épouse, à titre personnel et en qualité de commun en biens. L'obligation de l'autorisation préalable répondait donc autant à un souci de protection des intérêts pécuniaires du mari qu'à la nécessité de consacrer sa primauté au sein de la famille ¹².

a) *Fondement de l'autorisation préalable.*

La justification de cette autorisation faisait appel à des arguments juridiques et sociologiques. Les articles 176 et 177 C.C. maintenaient, pour diverses raisons plus ou moins pertinentes ¹³, la femme dans un état de sujétion: il ne lui était possible ni de contracter ni d'ester en justice sans l'autorisation de son époux ¹⁴. Son incapacité lui interdisait de participer à la vie professionnelle, et marquait du sceau de la nullité toutes ses opérations juridiques. L'autorisation maritale lui permettait d'accéder à la vie juridique journalière et de ne plus vivre dans l'ombre de son mari. Le devoir

¹¹ *Sabetta c. Delmca*, 1948, R.P. 90.

¹² W. A. BAKER, *Incapacité de la femme mariée*, 1895. 1 R.L. ns. 154; G. WASSERMAN, *Puissance maritale*, 1953 R. du B. 339 et s.; E. COLAS, *Evolutions juridiques sur un même thème: le mari*, 1953 R. du B. 163; L. BAUDOIN, *Les réformes de l'incapacité de la femme mariée*, 1952 R. du B. 214; R. LABERGE, *L'incapacité de la femme mariée*, 1963 R. du B. 575; L. MARCEAU, *La sanction du défaut d'autorisation maritale*, 1963 R. du B. 569 et s.; BUREAU DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, Montréal, 1963, p. 8 et 10.

¹³ GIDE, *Etudes sur la condition de la femme, dans le droit ancien et moderne*, 1867, p. 478; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 4, 1874, n° 117, p. 137; W. A. BAKER, *article précité*, p. 154; P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 534; J.-E. ROY, *Autorisation maritale*, 1904 R. du N., p. 127; Ch. LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, t. 3, Paris, 1908, p. 30; A. PERRAULT, *op. cit.*, n° 1182, p. 662 et s.; L. TREMBLAY, *op. cit.*, n° 2; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, 1942, p. 502, 559, 561; L. BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, 1953, p. 268; *Commission des droits civils de la femme*, 1^{er} rapport, Québec, 1930, p. 8.

¹⁴ J.-E. ROY, *Article précité*, 1904, 7 R. du N. 127; BUREAU DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport précité*, p. 6 et 7; L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Paris, 1967, p. 277; G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Bruxelles, 1960, p. 223, n° 209.

d'obéissance à son mari que le législateur de 1866 avait imposé à la femme ¹⁵ conduisait aussi à exiger cette autorisation préalable. C'eût été manquer à la logique que de permettre à un dépendant d'ignorer la présence de celui qui exerçait sur lui une tutelle juridique, psychologique et économique ¹⁶. Certes, on a pu prétendre que l'incapacité n'étant que la résultante de l'existence du devoir d'obéissance, les deux arguments capacité-puissance maritale n'en formaient qu'un. Mais c'était, semble-t-il une erreur. Ce n'était pas la puissance maritale qui engendrait l'incapacité civile de la femme car « l'incapacité intéressait le patrimoine de la femme tandis que la puissance maritale était une autorité sur la personne ¹⁷ ».

Le principe de la répartition des tâches au sein de la famille pouvait aussi servir à justifier la nécessité d'autorisation préalable en matière professionnelle. Les fonctions féminines étant essentiellement ménagères, par vocation et par tradition, il apparaissait normal d'exiger que le mari consente à ce que sa femme délaisse ses occupations habituelles pour s'adonner à une activité rémunératrice ¹⁸. Dans la famille traditionnelle, chaque époux participait à sa façon au maintien de l'association conjugale: Le mari par les apports en argent qu'il retirait de son activité professionnelle; la femme par son travail au foyer. Permettre à la femme de perturber impunément ce schéma, aurait conduit à mettre en cause la stabilité de la famille. On estimait, en effet, que l'activité de la femme était « de nature à exercer une influence considérable sur les destinées du ménage: aux risques financiers de l'activité professionnelle s'ajoutait celui de la trop grande indépendance de la femme à l'égard du mari ». La possibilité légale pour ce dernier de toujours pouvoir remettre en cause le droit au travail de son épouse, la maintenait psychologiquement en état de dépendance ¹⁹.

¹⁵ Art. 174 C.C., formulation 1866: « le mari doit protection à la femme; la femme doit obéissance à son mari ». Cette disposition restera en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 1).

¹⁶ P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 7, Montréal, 1906, p. 597; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 272.

¹⁷ M. NAST, *Commentaire législatif*, D.P. 1939-4, p. 3; J. L. BAUDOUIN, *Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme québécoise*, 1965, *R. du B. Can.*, p. 401; L. MARCEAU, *Traité de l'admissibilité des contrats entre époux*, Montréal, 1960, n° 43 et s., spécialement n° 46; M. PLANIOL, *Droit civil français*, t. 2, par A. ROUAST, n° 384, p. 307.

¹⁸ G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *op. cit.*, p. 209.

¹⁹ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 2, Paris, 1936, p. 587, n° 695; G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *op. cit.*, p. 223, n° 209; p. 225, n° 210; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, 1948-1953, p. 796, n° 722; Cl. RENARD, *La situation juridique de la femme mariée*, 3^e leçon, I.N.R. « Au carrefour des idées ».

b) *Le régime juridique de l'autorisation.*

Les dispositions légales concernant cette autorisation étaient fort peu nombreuses. Elles résultaient de la combinaison des art. 176, 179 et 180 C.C.²⁰. Il avait donc fallu à la jurisprudence créer le régime juridique de l'autorisation maritale. Fort libérale, celle-ci avait transformé le système théorique d'autorisation a priori en un système effectif d'opposition a posteriori.

1° *Le système théorique d'autorisation a priori.*

La nécessité de l'autorisation préalable ressortait de l'art. 179 C.C. (formulation de 1866): « Elle [la femme] ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée. » Quoi qu'on ait pu prétendre à son sujet, cette disposition faisait plus que rappeler l'incapacité qui frappait la femme mariée puisqu'elle introduisait une faille dans le formalisme habituelle du retour au principe capacitaire des adultes, qui résultait du concours du mari à l'acte ou de son consentement par écrit. Spéciale, cette autorisation l'était par sa forme, par son contenu et par son caractère. Bien que l'autorisation expresse du mari n'était pas inconcevable, la connaissance de l'exercice par la femme d'une activité rémunératrice constituait, en l'absence de toute opposition du mari, la forme la plus courante de consentement²¹. Un ensemble d'indices concordants²² ou le concours du mari à l'activité de sa femme conduisait à la même conclusion²³.

La règle de la spécialité de l'autorisation maritale qui obligeait l'épouse à obtenir un visa pour chaque opération juridique à accom-

²⁰ Art. 176 C.C., formulation 1866: « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari quand même elle serait non commune ou marchande publique. Celle qui est séparée de biens ne le peut faire non plus si ce n'est dans les cas où il s'agit de simple administration. »

Art. 180 C.C., formulation 1866: « Si le mari est interdit ou absent, le juge peut autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Libéralisées en 1931 (L.Q. 1930-1931, ch. 101), ces deux dispositions restèrent en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q., 1964, chap. 66, art. 1).

²¹ « Qui ne dit mot consent », « Patientia manti, pro consensa est », *Vézina c. Lefebvre et vir*, 1879, 2 L.N. 179; *Bourgouin et al. c. Roy et vir*, 1887, 3 C.S. 168; *Freidman c. Lajoie*, 1936, 74 C.S. 26; 43 R.L. 72; *Shorey et al c. Radford*, 1898, 5 R.J. 42; G. TRUDEL, t. 1, Montréal, 1942, p. 540; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 70-a.

²² *Smith c. Wheeler*, 1893, 4 C.S. 21.

²³ *Adams c. Brunet*, 1890, 6 C.S. 241; Ch. LYON-CAEN et L. RENAUD, *Traité de droit commercial*, t. 1, n° 245; E. THALLER et J. PERCERON, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e éd., n° 159; L. LACOUR et M. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. 1, n° 103; Ch. AUBRY, G. RAU et E. BARTIN, *Cours de droit civil français*, t. 8, 8^e éd., n° 472, p. 248.

plir²⁴ était écartée en matière d'activité commerciale ou salariale. Ces deux domaines s'opposaient cependant en ce que l'autorisation de devenir marchande publique était spéciale à une activité bien déterminée²⁵, alors que celle de louer ses services permettait à la femme non seulement de choisir son employeur et le type d'activité salariée qui lui convenait le mieux, mais aussi d'en changer²⁶.

2. *Le système effectif d'opposition a posteriori.*

Le système d'autorisation préalable était très vite devenu fort théorique. La présomption dont elle était assortie, avait fait que très vite on avait glissé de l'autorisation préalable à l'opposition *a posteriori*. Au fil des ans, le décalage entre le statut juridique de la femme mariée et sa situation de fait dans la société était devenu si grand que les juges en étaient venus à adopter une interprétation très libérale de toutes les dispositions qui tendaient à relever la femme de la tutelle dans laquelle le droit la maintenait encore. Ainsi, de simples indices épars devenaient les éléments d'une présomption quasi irréfragable d'autorisation; ainsi, de l'absence de toute opposition du mari, résultait la preuve de son consentement; peu importait qu'il ait eu ou non connaissance de l'activité professionnelle de sa femme: on supposait ce point acquis; ainsi, l'opposition du mari devait s'inscrire dans les faits par une dénonciation aux tiers co-contractants ou employeurs ou par un recours judiciaire visant à faire interdire à la femme de poursuivre son activité. Finalement, ce libéralisme des magistrats avait conduit les auteurs à prétendre qu'en fait « la femme pouvait exercer une profession séparée, sauf à son mari le droit de s'y opposer²⁷ ».

Lorsque le législateur de 1930 à 1933 commença à donner des coups de boutoir dans le traditionnel système de l'incapacité de la femme mariée en créant des secteurs de capacité à l'intérieur de

²⁴ Cf. 181 C.C., formulation 1866, interdisant toute autorisation générale, même par contrat de mariage: « Toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ». Cette disposition restera en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 1).

²⁵ *Emery c. Martel*, 1899, 15 C.S. 622; *Durnin c. Henery*, 1917, 51 C.S. 515; *Accessoire de cuisine Ltée c. Pagé*, 1953 R.L. 208; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 510 et 511, t. 6, p. 394 et 395; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 666, n° 1185 et s.; VIGNANCOUR, *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*, thèse, Paris, 1928, p. 30; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 271; G. RIPERT, *Traité de droit commercial*, Paris, 1963, t. 1, n° 269, p. 133; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 70-a.

²⁶ P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 2, Paris, p. 325.

²⁷ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 17. Comp. R. SAVATIER, *l'Amour, le droit et la liberté*, Paris, 1936, p. 53, n° 29 et 30.

l'ensemble incapacitaire²⁸, on s'est demandé si les lois nouvelles ne reléguent pas au passé la nécessité de l'autorisation préalable. Un conflit était susceptible de s'élever en effet entre deux textes impératifs l'un et l'autre. L'art. 179 C.C. subordonnait l'activité professionnelle de la femme au consentement du mari, l'art. 1425-a C.C. laissait à la femme l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens réservés²⁹. Ne pouvait-on pas, dès lors, considérer que l'autorisation maritale devenait superflue lorsque la femme était titulaire de biens réservés ? Certains étaient pour le maintien de l'autorisation³⁰; d'autres pour sa négation³¹. En fait, cette réforme³² qui améliorerait considérablement la situation de la femme mariée n'entendait pas aller jusqu'à la soustraire au contrôle marital. Le consentement du mari à l'exercice d'une profession donnée ne pouvait valoir pour une autre, parce qu'il avait été donné compte tenu des risques financiers que présentait cette profession. La possibilité d'un transfert eût permis de faire peser sur le mari et sur la communauté une responsabilité plus lourde que celle qu'il avait acceptée. Admettre d'ailleurs que l'article 1425-a C.C. l'emportait sur l'art. 179 C.C. était confondre le moyen et le résultat. Moyen, le travail était soumis à l'autorisation préalable; résultat, les biens réservés échappaient, dans une très large mesure³³, au

²⁸ (1930-1931) 21 Geo V, ch. 101; (1933) 23 Geo V, ch. 102.

²⁹ Art. 1425-a C.C., formulation du 11 mars 1931: « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute convention au contraire, les produits du travail personnel de la femme, les économies en provenant et les meubles ou immeubles qu'elle aura acquis en en faisant emploi ainsi que l'indemnité reçue par elle sur action d'injure en vertu de l'art. 1298-a, sont réservés à l'entière administration de la femme. La femme peut, sans autorisation, réclamer, même en justice, les biens ainsi réservés et les aliéner à titre onéreux. Ces biens ne comprennent pas les gains résultant du travail commun des époux. »

Dans sa formulation de 1931, cette disposition restera en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 27).

³⁰ A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1191; L. TREMBLAY, *op. cit.*, n° 18 et 66.

³¹ E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, 8^e éd., n° 161, p. 119.

³² Cette réforme était devenue une nécessité (cf. R. LABERGE-COLAS, *L'incapacité de la femme mariée*, 1963 *R. du B.* 575): Les revenus professionnels de la femme commune en biens, tombaient en communauté et risquaient d'être dilapidés par le mari. Commerciaux, ces revenus étaient nécessaires pour l'autofinancement de l'entreprise et pour la constitution d'un volant de trésorerie.

³³ Art. 1425-b C.C., formulation du 11 mars 1931: « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés dans l'intérêt du ménage, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari peut en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie, sur requête dûment signifiée, par un juge de la Cour Supérieure du district où est le domicile des époux. En cas d'urgence, le juge peut enjoindre provi-

contrôle du mari. Les deux ordres publics n'étaient absolument pas contradictoires: le premier protégeait le mari, titulaire d'une autorité; le second protégeait la femme, titulaire de pouvoirs propres sur le produit de son travail et sur ses revenus salariaux³⁴. Cette solution s'inscrivait d'ailleurs dans une logique de l'ascension de la femme vers la capacité. Commerçante, la femme se voyait reconnaître une certaine indépendance juridique; il devenait dès lors normal que sa sœur salariée bénéficie d'avantages équivalents.

2. L'AUTORISATION JUDICIAIRE.

Pour ne pas soumettre l'épouse à la volonté discrétionnaire du mari, le législateur tout en lui ménageant un « statut de mineure » lui permettait, dans certaines circonstances, de recourir à l'arbitrage judiciaire: adoptée dans son intérêt, cette tutelle ne devait pas lui nuire. Ainsi, jusqu'en 1933, lorsque le mari était interné ou absent, le juge pouvait autoriser la femme, soit pour ester en justice, soit pour contracter³⁵. Cette possibilité, assez restreinte, de remplacer l'autorisation maritale par l'autorisation judiciaire ne s'étendait cependant pas à l'exercice d'une activité professionnelle. La doctrine et les tribunaux s'entendaient pour déclarer l'art. 179 C.C. impératif³⁶. C'est qu'en effet le juge pouvait fort bien apprécier une opération donnée à effectuer et en peser les conséquences avant de l'autoriser. Par contre, lorsqu'il s'agissait d'autoriser à exercer une activité professionnelle, les éléments d'appréciation manquaient au magistrat. Un certain nom-

soirement de surseoir à tout acte que la femme se propose de passer avec un tiers. Les jugements rendus en vertu des dispositions ci-dessus sont exécutoires nonobstant appel. Ils peuvent, même lorsqu'ils seront devenus définitifs, être modifiés, de la même façon si la situation respective des époux le justifie. Au cas d'aliénation simulée ou frauduleuse, le mari peut dès avant la dissolution de la communauté, en poursuivre l'annulation par action ordinaire. » Cette disposition restera en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 22). Lui succéda alors une disposition aux effets beaucoup moins drastiques et discriminatoires pour la femme (art. 1425 C.C., formulation 1964, renvoyant à l'art. 1298 C.C.).

³⁴ *Gendron c. Dame Levesque et vir*, 1955 C.S. 412; J. C. BEUSOLEIL, *La femme mariée commerçante*, 1965-66, 7 C. de D. 371; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 674, n° 1191.

³⁵ Art. 180 C.C., formulation 1866.

³⁶ *Re Spinelli*, 1907, 8 R.P.Q. 346; *Sheridan c. Hunter*, 1894, 5 C.S. 472, confirmé en révision, 1894, 6 C.S. 258; *McFarlar c. Leggo*, 1894, 6 C.S. 309; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1, 5^e éd. 1894, n° 641, p. 381; Ch. AUBRY et G. RAU, *op. cit.*, t. 1, p. 423, t. 5, n° 472, note 39; Ch. BEUDANT, *op. cit.*, t. 2, n° 615, p. 587; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, Montréal, 1942, p. 539, 548; J. Ch. COUTU, *L'autorisation judiciaire de la femme mariée*, 1959-1960, 35 Th. 120; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 72.

bre d'opérations juridiques allaient être effectuées dans le futur qui suivant les circonstances économiques, le sens des affaires, la chance, l'habileté et le travail du professionnel pouvaient être heureuses ou malheureuses. Face à tant d'aléas, il n'appartenait pas au juge d'habiliter la femme. Seul le mari était en droit d'accepter les risques de l'activité de son épouse car seul il était en mesure d'en apprécier l'importance ³⁷. Une nullité absolue de tous les actes accomplis sanctionnait la non-observation de cette exigence ³⁸.

Ce rigorisme, s'il pouvait se comprendre en 1866, était devenu anachronique dès le début de ce siècle, et obligea les juges à imaginer de bonnes raisons qui leur permirent de motiver leur intervention. Le refus injustifié du mari, son insolvabilité, la nécessité pour la femme de faire vivre sa famille ou même une impossibilité du mari de manifester sa volonté, soit pour absence soit pour toute autre raison, entraînaient un quasi-transfert » de l'autorité maritale à l'autorité judiciaire qui, au vu de la preuve, pouvait alors habiliter la femme à exercer une activité professionnelle ³⁹.

Le législateur prit acte de cette distorsion jurisprudentielle sous la poussée des faits et modifia ses textes en conséquence. Il n'alla toutefois pas, comme le suggéraient certains auteurs, jusqu'à organiser un recours général de la femme en cas du refus du mari ⁴⁰. Il se contenta de permettre à celle-ci de se prévaloir du visa judiciaire lorsque le mari était interdit ou dans l'impossibilité

³⁷ P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 529, 539; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1188; G. RIPERT, *op. cit.*, t. 1, n° 271.

³⁸ Art. 183, C.C., formulation 1866: « Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel. »

Cette disposition resta en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 1). *Leclaire c. Huot et Parizeau*, 1900, 6 R.J. 460; 3 R.P. 395; *Joliette et Fournier c. Gauthier*, 1905, 11 R.J. 386; *Martin c. Raukin*, 1908, 14 R.L., n° 154; *Lamontagne c. Lamontagne*, 1895, 7 C.S. 162; *Contra: Thomas c. Charbonneau*, 1892, 1 C.S. 253; *Biron c. Laprade*, 1917, 51 C.S. 462; L. FARI-BAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, p. 179; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 75.

³⁹ *Ex parte Gagnon*, 1881, 4 L.N. 108; *Turcotte c. Nollet*, 1893, 4 C.S. 438; *Ex parte White*, 1898, 1 R.P. 93; *Rochon c. Deschamps*, 1899, 16 C.S. 21; *Roberge c. Loyer*, 15 sept. 1894 (juge de Lorimier), non publié; *Thérien c. Major*, 3 déc. 1891 (juge de Lorimier), non publié; *Aubin c. Chevrier*, 1925, 27 R.P. 403; *Emery c. Martel*, 1899, 15 C.S. 622; L. J. LORANGER, *De l'incapacité légale de la femme mariée*, Montréal, 1899, p. 19; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, 1905, p. 319; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Lyonnais et Desjardins*, 1952 B.R. 534.

⁴⁰ Cf. l'attitude d'une certaine doctrine française, à ce sujet: J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Principes de droit commercial*, t. 1, n° 317; M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *op. cit.*, n° 386.

de faire connaître sa volonté en temps utile soit par éloignement, soit pour toute autre cause ⁴¹. Dans les autres cas, l'épouse devait, pour recouvrer une liberté qui la soustrayait à la tutelle maritale, intenter une action en séparation de corps. De protectrice d'intérêts collectifs ou individuels, l'autorisation risquait fort de devenir destructrice ⁴².

A la veille de la réforme de 1964, le système de l'autorisation préalable était devenu sociologiquement indéfendable. A l'absolutisme originel avait fait place une construction dont l'incertitude était le principal caractère. Certes, les hardiesses des magistrats étaient souhaitables devant le statisme de la règle de droit. Elles n'en soumettaient pas moins la femme à un droit casuel dépendant plus des réactions personnelles du juge que d'une règle préétablie ⁴³. L'entrée du judiciaire dans le secteur de la vie familiale allait transformer les droits découlant de la puissance maritale. De discrétionnaires, ils devenaient contrôlés ⁴⁴. Critiquable dans certains cas, bénéfique dans d'autres, cette intervention faisait du magistrat l'arbitre de conflits moraux entre époux (domaine de la puissance maritale) et l'administrateur des intérêts pécuniaires de la famille (domaine de l'incapacité) ⁴⁵.

Paragraphe 2

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE ⁴⁶.

Il n'aurait pas été sans intérêt d'étudier le statut juridique de la femme mariée exerçant une activité professionnelle autorisée. Il est apparu cependant préférable de limiter l'analyse à l'activité commerciale. La location de services pose en effet assez peu de

⁴¹ Art. 180 al. 1 et 2 C.C., formulation de 1933: « Si le mari est interdit, ou dans l'impossibilité de faire connaître sa volonté en temps utile, soit par éloignement ou autrement, le juge peut autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. Le juge peut aussi, en ce cas, l'autoriser à être marchande publique, mais alors pour ce qui concerne son négoce, la femme n'oblige pas son mari, même s'il y a communauté entre eux. »

⁴² *Ouellette c. Guay*, 1937, 43 R.L. 89.

⁴³ L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, p. 278; *Le droit civil de la province de Québec*, p. 271.

⁴⁴ A. ROUAST, *Droits discrétionnaires et droits contrôlés*, 1942 *Rev. trim. dr. civ.*, p. 1; L. AULAGNON, *L'intervention du juge à propos de l'exercice des droits des époux*, Mélanges Ripert, t. 1, Paris, 1950, p. 390.

⁴⁵ Sur la distinction des deux notions puissance maritale-incapacité, cf. *supra* fondement de l'autorisation préalable et sp., p. 9, texte et note 3.

⁴⁶ J. E. ROY, *De la femme marchande publique*, 1912, 15 *R. du N.* 141; A. PERRAULT, *op. cit.*, t. 2, chapitre 6, La femme mariée et le commerce.

problèmes sur le plan de la capacité juridique ⁴⁷ et sur celui de la responsabilité encourue dans le cadre du contrat de travail. Par contre, l'exercice d'une profession commerciale, parce qu'elle aboutit à la création de liens personnels entre le commerçant et ses clients ou fournisseurs nécessite pour la validité des opérations juridiques effectuées, la reconnaissance d'une certaine capacité juridique et le droit d'obliger certaines masses patrimoniales sur lesquelles celui-ci a des droits personnels ou concurrents.

1. L'ACCESSION À LA CAPACITÉ PAR LA PROFESSION.

L'octroi d'une capacité d'exercice spéciale portant atteinte au principe général de l'incapacité devait être d'interprétation stricte ⁴⁸. On remarquait cependant que la jurisprudence pour faire bénéficier la femme d'un statut plus favorable, avait tendance à élargir le domaine de la commercialité et à ne pas sanctionner de la nullité absolue les actes effectués dans l'illégalité. Au lendemain de la codification, on exigeait de la femme, pour qu'elle pût bénéficier du statut de commerçante, l'exercice d'une activité commerciale distincte de celle de son mari . . . Une activité commune des deux époux ne faisait acquérir la qualité de commerçant qu'au seul mari. Quant à la femme, elle détaillait seulement les marchandises du commerce de son mari ⁴⁹. Sous la poussée des faits, les juges commencèrent à admettre que, dans une telle hypothèse, le mari pouvait être l'employé de sa femme ⁵⁰ ou même son associé ⁵¹. Cette restriction originaire avait donc disparu et les seules exigences qui subsistaient étaient qu'elle ne servît pas de prête-nom à son époux ⁵² ou n'en fût pas, en fait, l'employé ⁵³, qu'elle ait assuré,

⁴⁷ La législation sur les biens réservés sera étudiée séparément, car elle est toujours d'actualité et intéresse à la fois la salariée et la commerçante.

⁴⁸ « *Speciala sunt restringenda* ». Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 278.

⁴⁹ Coutume de Paris, art. 235: « La femme n'est réputée marchande publique pour débiter la marchandise dont son mari se mêle: mais est réputée marchande publique quand elle fait marchandise séparée et autre que celle de son mari. »

⁵⁰ *Beauregard c. Beauregard et Dame Daning*, 1913, 15 R.P. 430; *David c. Turner*, 1913, 15 R.P. 153; *Chalifour c. Guérin et Dame Dupont*, 1923, 25 R.P. 270; *Banque de Montréal c. Besner et Dame Gross et al.*, 1927, 65 C.S. 210, 43 B.R. 148.

⁵¹ *Guertin c. Brunet*, 1918, 27 B.R. 123; *Champagne c. Gougeon*, 1939, 77 C.S. 76; *Leblanc c. Saint-Pierre*, 1942 C.S. 229.

⁵² P. E. BEAUDOIN, 1928, 8 *Can. Bar. Rev.* 379; *Decary c. Meloche et Dame Lemoine*, 1902, 21 C.S. 486.

⁵³ G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 538.

à l'exercice de son activité, la publicité requise par les textes⁵⁴ et qu'elle effectuât à titre habituel, des opérations commerciales⁵⁵. Cette dernière exigence n'était pas réalisée lorsqu'il s'agissait d'une loueuse de chambre ou d'une maîtresse de pension, mais une jurisprudence libérale considérait assez généralement comme commerciales ces deux activités⁵⁶. Le libéralisme judiciaire ne s'arrêta pas là: des professionnels artisans ou travailleurs indépendants acquièrent la qualité de commerçant. Cette solution se justifiait sans doute lorsqu'il s'agissait d'une coiffeuse pour dame⁵⁷; elle prêtait assurément le flanc à la critique lorsqu'elle commercialisait une cantatrice⁵⁸.

La capacité commerciale que se voyait reconnaître la femme n'était pourtant pas sans limite. Certes, l'autorisation générale de commercer l'habilitait, une fois pour toutes, à effectuer tous les actes purement commerciaux: acheter et vendre les marchandises de son commerce, acquérir tout matériel proprement commercial, engager, rétribuer, diriger et congédier des employés, souscrire, accepter, endosser tous effets de commerce, contracter toutes assurances de mobilier, marchandises et gens de service, transiger sur les difficultés relatives à son commerce, etc. . . Certes, elle pouvait aussi faire valablement tous actes civils relatifs à son commerce: passer les baux des locaux nécessaires à l'exploitation du fonds, acquérir des immeubles pour y installer son commerce et y faire effectuer des travaux d'aménagement ou de construction, etc.⁵⁹.

⁵⁴ Cette exigence ne concernait ni les femmes communes en biens (cf. Ph. BAUDOUIN, *Déclaration de commerce par la femme*, 1899, 5 R.L. n° 399; A. PERREAULT, *op. cit.*, n° 1192 p. 674), ni les femmes séparées de biens exploitant un commerce très modeste (*Ross c. Prudhomme*, 1882, 6 L.N. 37).

⁵⁵ A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1187, p. 668; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 538

⁵⁶ *Sheridan c. Hunter*, 1894, 5 C.S. 472, confirmé en révision: 1894, 6 C.S. 258; *Perrie c. Quinn*, 1884, 8 L.N. 19; *Smith c. Wheeler*, 1893, 4 C.S. 21; *McFarlane c. Leggo*, 1894, 6 C.S. 309; *Contra: Joseph c. McDonald*, 1896, 11 C.S. 406; *Parizeau c. Huot*, 1901, 7 R.J. 350, 3 R.P. 395, 19 C.S. 379; *Biron c. Laprade*, 1917, 51 C.S. 462. L'institution des biens réservés apporte une solution définitive à ce problème. La location de chambres et le service de repas furent alors considérés « actes d'administration » sur des biens réservés: *Coté c. Clément*, 1933, 36 R.P. 163; *Chevrette c. Dame Roy*, 1949 C.S. 411.

⁵⁷ *La lumière c. Gerbaud*, 1933, 37 R.P. 160.

⁵⁸ *Plante c. Bolduc*, 1940, 68 B.R. 555.

⁵⁹ P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 543; J.-E. ROY, *De la femme marchande publique*, 1912, 15 R. du N. 141; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 540; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 272; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1196 et s., p. 678, Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 253; P. VIGNANCOUR, *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*, *Caldron c. Poirier*, 1936, 40 R.P. 295; *Beaubien c. Husson*, (B.R.

Mais cette capacité constituait une exception à la règle de l'incapacité générale et devait s'interpréter restrictivement.⁶⁰

Dès lors, seuls les actes « relativement à son négoce », c'est-à-dire les actes commerciaux par nature ou par « accessoire », bénéficiaient de la faveur du législateur⁶¹. Dans ce domaine, ils étaient présumés commerciaux à l'égard de la femme et civils à l'égard des tiers contractants. En cas de contestation, il suffisait à celle-ci de prétendre nul l'acte litigieux pour que ceux-là soient obligés d'en démontrer la nature commerciale. Par contre, son silence faisait présumer effectuée dans le cadre de l'exploitation de son commerce, toute opération juridique de la vie commerciale⁶².

Le principe de la pleine capacité commerciale ne faisait cependant pas obstacle à ce que certains actes continuassent à demeurer interdits à la femme mariée. Ainsi, elle ne pouvait fonder une société de personne avec un tiers, ni, en régime communautaire, céder son fonds de commerce⁶³. Ainsi, elle ne pouvait cautionner un autre commerçant même si ce cautionnement lui permettait de s'assurer un bénéfice ou de s'épargner une perte. Ainsi, l'autorisation de commercer ne pouvait non plus faire obstacle à l'observation des conventions matrimoniales: il ne pouvait dès lors être question pour une commerçante commune en biens d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles propres pour se procurer des fonds à employer dans son commerce⁶⁴.

1962), 10 R.J.R.Q. 148, 512; *Vezina c. Lefebvre*, 1879, 2 L.N. 179; *Renauld c. Brown*, 1897, 12 C.S. 237; *Gendron c. Levesque*, 1955 C.S. 412; *Marsan c. Western Assurance Co. et Laporte et Martin Ltée*, 1926, 42 B.R. 381.

⁶⁰ J.-E. ROY, *article précité*, 15 R. du N. 141; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1197, p. 678.

⁶¹ L'acte par lequel la femme achetait le fonds de son commerce qu'elle comptait exploiter n'était pas commercial par anticipation, et était soumis au régime général de l'autorisation maritale préalable: *Nolet c. Nolet et vir*, 1907, 13 R.L. n.s. 111.

⁶² J.-E. ROY, *article précité*, 1912, 15 R. du N. p. 142; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, n° 1197, p. 678; n° 1198 p. 681; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 542, prétendaient que la présomption de commercialité n'était applicable, à l'égard de la femme, qu'en ce qui concernait les actes commerciaux par nature. Cette solution était critiquable en droit (cf. la rédaction de l'art. 179 C.C. ancien) et en fait (elle pouvait rendre fort difficile l'exploitation d'un fonds de commerce). Dans le sens d'une présomption générale de commercialité à l'égard de la femme: *Joseph c. McDonald* 1896, 11 C.S. 406; *Perron c. Duguay*, 1900, 17 C.S. 192; *Industrial and heating Co. Ltd. c. Samson*, 1953 C.S. 208; *Accessoire de cuisine Ltée c. Pagé*, 1953 R.L. 208; P. VIGNAN-COUR, *op. cit.*, ref. *supra*.

⁶³ A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 681, n° 1199; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 540.

⁶⁴ L.-J. LORANGER (*Commentaire sur le Code civil*, vol. 2, p. 534, n° 464) rattachait cette interdiction au principe général de l'incapacité de la femme mariée. A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 680, n° 1199: la solution adoptée et sa justification, répond à la question de l'auteur.

On a prétendu que la loi sur les biens réservés avait modifié, de fond en comble, le problème de la capacité de la professionnelle. Cette affirmation est inexacte en ce sens que la capacité spéciale reconnue à la femme en ce domaine (capacité assortie de pouvoirs sur des biens à vocation d'acquêts en régime communautaire) ne lui permettait pas le libre exercice d'une profession mais lui donnait des droits de gestion sur les fruits de son travail⁶⁵. Certes, la commerçante pouvait employer ses bénéficiaires commerciaux à l'acquisition d'immeubles ou à la constitution d'un porte-feuille boursier; certes, elle pouvait ensuite aliéner ou hypothéquer les immeubles ainsi acquis ou céder ses actions et obligations; mais ces opérations ne concernaient que ses réservés et n'étaient possibles que parce qu'elles portaient sur des biens réservés. La loi nouvelle ne modifie pas sensiblement, dans le domaine extra-judiciaire, la capacité juridique de la commerçante: elle lui accorde seulement les pouvoirs qui lui manquaient sur les bénéficiaires de son entreprise⁶⁶.

Dans le domaine judiciaire par contre, l'œuvre jurisprudentielle et législative allaient se rencontrer pour libérer la femme de la tutelle maritale. En 1866, le législateur fit une distinction entre la capacité juridique de la femme mariée commerçante à valablement contracter seule, et la capacité à ester en justice même dans le cadre de sa vie professionnelle. Sur le plan judiciaire, celle-ci restait soumise au droit commun de l'incapacité: « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait non commune ou marchande publique⁶⁷ ». Demanderesse ou défenderesse, elle devait obtenir l'autorisation maritale d'ester en jugement⁶⁸ ou être habilitée à cette fin, par le Tribunal⁶⁹. Une nullité absolue sanctionnait toute

⁶⁵ Art. 1425-a C.C., formulation du 11 mars 1931.

⁶⁶ *Gendron c. Dame Lévesque et vir*, 1955 C.S. 412; BUREAU DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, Montréal, 1963, p. 8.

⁶⁷ Art. 176 C.C., formulation 1866.

⁶⁸ *En demande*: *Neron c. Breton*, 1898, 15 C.S. 339; 2 R.P. 86; *Fournier c. Gauthier*, 1905, 11 R.J. 386; *Montmigny c. Paquet*, 1931, 69 C.S. 561; *Corbeil c. London, Garentee et Accident Co.*, 1931, 69 C.S. 304; *McFarreau c. The Montreal Park, and Railways Co.*, 1900, 30 S.C.R. 410; *Desjardins c. Chrétien*, 1870, 15 R.J. 56.

En défense: *Brousseau c. Duchêne et Uxor*, 1900, 17 C.S. 350; *Leclaire c. Huot*, 1900, 6 R.J. 460. *Remplacée par une simple mise en cause du mari*: *Laforest c. Bélanger*, 1909, 11 R.P. 80; *Roy c. Betournay*, 1890, 34 L.C.J. 203; *Bouneau c. Laterreur*, 1875, 1 Q.L.R. 351.

⁶⁹ *Carrières c. Peter de la Court*, 1899, 16 C.S. 207; *Hannan c. Cook*, 1908, 15 R.L. n° 12; 18 B.R. 127; *Dame Tessier c. Lanthier*, 1929, 67 C.S. 42; *Marmen c. Brown et vir*, 1894, 5 C.S. 245.

violation de cet impératif textuel⁷⁰. Cette solution excessive ne correspondait plus à l'état des mœurs familiales et économiques du Québec des années 1930 et il ne fallait donc pas s'étonner des distorsions entre la règle et son application judiciaire. Souvent contradictoires, les décisions des tribunaux devaient s'analyser en une tentative continue d'échapper au carcan textuel⁷¹.

La loi de 1930-1931⁷² allait permettre aux magistrats de justifier dans une certaine mesure, leurs solutions. Le nouvel art. 1425-g C.C.⁷³ autorisait, en effet, la femme mariée à ester en justice sans visa marital « dans toute action ou contestation relative à ses biens réservés ». Les hésitations de certains juristes à considérer que l'art. 1425-g C.C. constituait une dérogation générale à l'art. 176 C.C. en ce sens qu'il permettait à la femme mariée commerçante d'ester en justice sans autorisation spéciale, dans toutes les contestations relatives à son commerce⁷⁴, n'empêchèrent pas la jurisprudence d'opter très largement pour cette solution, et cela, au lendemain même de la promulgation de la loi nouvelle⁷⁵: « Lorsqu'une femme mariée commune en biens exerce seule un négoce, ce commerce fait partie des biens réservés de l'épouse⁷⁶. » Capable d'ester en justice sur ces dits biens, elle le devenait dans le cadre élargi de la vie commerciale⁷⁷. Du résultat de l'exploitation, on était passé à l'exploitation elle-même. Et, alors qu'on continuait à exiger l'autorisation préalable à l'exercice d'une profession commerciale en déclarant que « les articles 1425-a et sui-

⁷⁰ *Fournier c. Gauthier*, 1905, 11 R.J. 386; *Martin c. Rankin*, 1908, 14 R.L. n° 154; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 511; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 250; *Tremblay c. Dame Eugène St-Pierre*, 1962, R.P. 285.

⁷¹ L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 270 et s., p. 275 et s.

⁷² L.Q. 1930-1931, chap. 101, art. 27, loi du 11 mars 1931.

⁷³ Art. 1425-g C.C., formulation 1931: « La femme peut ester en justice sans autorisation dans toute action ou contestation relative à ses biens réservés. » Cette disposition resta en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 25).

⁷⁴ A. PERREAU, *op. cit.*, t. 2, p. 689, n° 1204. Cet auteur considérait que « l'art. 1425-g s'applique uniquement aux litiges ayant directement les biens réservés pour objet: salaires, gains, bénéfices provenant du commerce (il faut ici distinguer si le capital engagé dans le commerce provient ou non de ses économies) ». Pour une reconnaissance du pouvoir d'ester en justice sans autorisation: Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, n° 65. Pour un maintien du statut antérieur: E. THALLER et J. PERCFROU, *op. cit.*, n° 172 bis; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. 1, n° 114; P. VIGNANCOUR, *op. cit.*, p. 35, n° 43.

⁷⁵ *Lalumière c. Gerbaud*, 1933, 37 R.P. 160.

⁷⁶ *Soulard c. Lafleur*, 1946, C.S. 49.

⁷⁷ *Friedman c. Lajoie*, 1936, 74 C.S. 26; 43 R.L. 72; *Plante c. Bolduc*, 1940, 68 B.R. 555; *Richard c. Dubreuil*, 1946 R.P. 186.

vants C.C. n'écartent pas les dispositions de l'art. 179 C.C. ⁷⁸ on admettait qu'en matière de capacité « à ester en justice », « l'art. 1425-g C.C. est ici applicable et non pas l'art. 176 C.C. ⁷⁹. L'ordre public de l'autorisation maritale l'emportait sur l'ordre public libertaire des articles 1425-a et suivants C.C. L'incapacité générale cédant le pas à une capacité d'exception, dans la même loi, un même ordre public avait des effets différents sur les dispositions d'exceptions. Seule la poussée des faits pouvait expliquer cette incohérence dans laquelle se complaisaient juristes et législateur. Et, finalement, il n'était plus faux de prétendre, à la veille de la réforme du statut juridique de la femme mariée que, par le travail, la femme accédait indirectement à la capacité.

2. LE RETOUR À UNE SOLUTION COLLECTIVE: LE CUMUL DES OBLIGATIONS AUX DETTES COMMERCIALES.

Par le travail, la femme acquérait une quasi indépendance juridique qui lui permettait de s'engager pour les fins de son commerce. Devant les conséquences de cette autonomie, on eût pu décider que la femme allait être seule responsable des engagements qu'elle contractait. Le législateur ne s'était pas arrêté à cette solution. Même commerçante, la femme mariée restait soumise aux règles de son régime matrimonial et pouvait obliger par ses actes son mari et la communauté. Cette obligation venait se superposer à celle qu'elle contractait personnellement et assurait aux tiers un maximum de garanties.

a) *L'engagement du mari commun en biens.*

Les règles de fonctionnement du régime matrimonial communautaire faisaient des dettes contractées par la femme du consentement du mari, des dettes communes ⁸⁰. L'autorisation préalable du mari à l'exercice par la femme d'une profession commerciale conférait à celle-ci, pour le futur, le droit de « s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce ⁸¹ ». Ce consentement général du mari faisait donc des dettes commerciales de la femme des dettes com-

⁷⁸ *Gendron c. Dame Lévesque et vir*, 1955 C.S. 412.

⁷⁹ *Freidman c. Lajoie*, 1936, 74 C.S. 26.

⁸⁰ Art. 1280 par. 2 C.C., formulation 1866: « La communauté se compose passivement: 2. Des dettes tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari, pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf récompense dans les cas où elle a lieu . . . » Cette disposition resta en vigueur jusqu'en 1969 (L.Q. 1969. ch. 77, art. 33).

⁸¹ Art. 179 al. 1 C.C., formulation 1866.

munes qui engageaient les biens communs puisque l'exécution des obligations contractées par la femme comme marchande publique pouvait être poursuivie contre la communauté⁸² et que les créanciers pouvaient poursuivre le paiement des dettes que la femme avait contractées avec le consentement du mari sur les biens communs: le mari et la femme avaient des droits communs sur la communauté. Le mari, gérant de la communauté, détenait à ce titre des pouvoirs exclusifs sur celle-ci. Par son autorisation, il transférait à la femme ses pouvoirs d'engager le patrimoine commun⁸³. Toutefois, lorsque le juge suppléait à une absence ou à un refus d'autorisation maritale, les biens de la communauté n'étaient engagés que jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient pu en retirer: sans doute, le juge avait-il pu valablement relever la femme d'une absence d'autorisation maritale; mais il lui était impossible de retirer au mari les droits et pouvoirs qu'il tenait de son régime matrimonial. Permettre à la femme d'engager les biens communs à l'insu ou en dépit d'une opposition du mari, eût en effet abouti à engager le mari malgré lui puisque les dettes communes étaient aussi dettes de celui-ci⁸⁴.

Quatre dispositions législatives, les art. 179, 1280 al. 2, 1290 et 1296, permettaient donc de circonscrire les conditions de l'obligation aux dettes de la communauté et du mari. Théoriquement simple lorsque l'autorisation maritale était remplacée par un visa judiciaire⁸⁵, le problème se compliquait sérieusement lorsque le

⁸² Art. 1296 C.C., formulation 1933: « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, même avec l'autorisation de la justice, n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle profite, à moins que la femme n'ait contracté comme marchande publique autorisée selon l'art. 179, et pour le fait de son commerce. » Cette disposition resta en vigueur jusqu'en 1964 (L.Q. 1964, chap. 66, art. 14).

⁸³ Art. 1290 C.C. *Shorey c. Redford*, 1898, 5 R.J. 42; *Sanitary Floor Ltd. c. Tomassino*, 1962, C.S. 420; *Bourboin c. Roy*, 1887, M.L.R. 3, C.S. 168; *Samson c. Pelletier*, 1905, 28 C.S. 394; G. TRUDEL, t. 1, p. 544; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 70-b; P. VIGNANCOURT, *op. cit.*, p. 37, n° 47 et 48.

⁸⁴ L'art. 1296 C.C. (formulation de 1933) venait rappeler ce principe: « les actes faits par la femme sans le consentement du mari, même avec l'autorisation de la justice, n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle profite ». Du non engagement de la communauté, résultait a fortiori le non-engagement du mari. *Metropolitan MnFg Co. c. Languidge*, 1890, 34 J. 230; *Augé c. Daoust*, 1893, 4 C.S. 113; J.-E. ROY, *article précité*, 1912, 15 R. du N. p. 142; P. VIGNANCOURT, *op. cit.*, p. 36, n° 45; L. FARIBAUT, t. 10, p. 179; R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, n° 73-a.

⁸⁵ Cette simplicité sur le plan des principes était sérieusement tenue en échec dans les faits lorsqu'il s'agissait de savoir dans quelle mesure la communauté avait profité de l'activité commerciale de la femme: en pratique, au moment de la dissolution du régime, la communauté pouvait être

commerce s'exerçait au vu et au su du mari, sans opposition de sa part. Certes, le mari était alors obligé à la dette ⁸⁶; mais l'était-il personnellement ou simplement en qualité de commun en biens ? Assez tôt, la jurisprudence admit l'engagement personnel du mari ⁸⁷, en dépit d'une doctrine qui resta longtemps divisée.

Devant le silence du législateur, la doctrine fit appel aux principes généraux du droit pour justifier ses prises de position. L'application de la maxime « *qui auctor est se non obligat* », militait en faveur de l'engagement du mari en qualité de commun en biens seulement: « It is elementary that the simple authorization to some one else to undertake an obligation does not oblige or involve the responsibility of him who authorizes ⁸⁸. » La confusion existant pendant le mariage entre les biens du mari et ceux de la communauté, pouvait justifier en cours de régime la mise à la charge du mari des dettes nées du chef de la femme. La disparition de cette confusion à la liquidation du régime devait normalement limiter la responsabilité du mari à la moitié des dettes ou jusqu'à concurrence de son émolument communautaire ⁸⁹. Il paraissait d'ailleurs excessif en fait de tenir le mari personnellement responsable et pour la totalité des dettes commerciales de sa femme. A ce point de vue, la solution qui consistait à séparer les dettes, lorsque la

tenue de rendre compte du profit qu'elle avait réalisé par entrée des bénéfices commerciaux dans la masse commune.

Le mari n'était aucunement tenu des dettes commerciales de sa femme (art. 180, al. 2 C.C.); la communauté n'était tenue que dans la mesure du profit qu'elle avait retiré de l'exploitation du fonds de commerce.

⁸⁶ Art. 179 C.C. (formulation 1933), in fine: « ... et en ce cas elle oblige aussi son mari ».

⁸⁷ *Adams c. Brunet*, 1890 M.L.R. 6 C.S. 241; *May c. Cochrane*, 1890, 20 R.L. 410; *Child c. Libby*, 1892, R.J.Q. 1 C.S. 153; *Smith c. Wheeler*, 1893, 4 C.S. 21; *Shorey c. Radford*, 1898, 5 R.J. 42; *Samsen c. Pelletier*, 1905, 28 C.S. 394; *Gendron c. Levesque*, 1955 C.S. 412; *Sanitary Floor Ltd. c. Tomasino*, 1962 C.S. 420; *Miquelon c. Larivée*, 1943 C.S. 177; *Perrault c. Charlebois*, 1890, 13 L.N. 283; 6 C.S. 311; *Vezina c. Lefebvre et vir*, 1879, 2 L.N. 179; *Bourgouin et al. c. Roy et vir*, 1887, 3 C.S. 168.

⁸⁸ *Ross c. Collard*, 1968 McGill L.J., p. 465; P.-B. MIGNAULT, op. cit., t. 1, p. 193; J.-E. ROY, 1912, 15 R. du N., p. 143; F. LAURENT, *Droit civil*, Paris, 1887, t. 22, n^o 109 et s.; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, 10^e et par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, n^o 289. P. VIGNANCOUR, op. cit., p. 40 n^o 52; M. PLANIOL, G. RIPERT et A. NAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. 8, n^o 365 et s.; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 7, n^o 623; E. THALLER et J. PERCEROU, op. cit., n^o 176 et 177; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, 3^e éd., Paris, 1906, n^o 587 et s.

⁸⁹ Art. 1372, 1373 et 1374 C.C.

confusion des masses patrimoniales cessait, semblait fort équitable⁹⁰.

Cette thèse, qui visait à ne considérer le mari engagé qu'en qualité de commun en biens, était vivement critiquée par un certain nombre d'auteurs qui entendaient faire du mari un obligé personnel aux dettes commerciales de sa femme. En autorisant celle-ci à exploiter un fonds de commerce, il avait, par avance, accepté toutes les conséquences possibles de la gestion. De plus, le risque d'être tenu au passif commercial était largement compensé par l'éventualité de participer au partage des bénéfices professionnels réalisés. L'autorisation maritale devait de plus s'analyser en un cautionnement qui faisait du mari un obligé personnel. Certes, cette approche constituait une dérogation à la maxime « *qui auctor est se non obligat* »; mais elle avait été créée en faveur des tiers, en faveur du mari et surtout en faveur de la femme: en faveur des tiers qui, sans cela, n'auraient eu d'action que sur la nue-propiété des biens de la femme; en faveur du mari, chef de communauté, dont l'intérêt était de voir le patrimoine commun bénéficier de l'activité des conjoints; en faveur de la femme commerçante surtout qui voyait son assiette de crédit s'élargir par le fait même que les engagements qu'elle contractait avec le consentement de son mari étaient garantis par leur double patrimoine. Cette solution était d'ailleurs conforme au principe de l'article 1371 C.C. et rendait parfaitement compte de la dation de pouvoirs qui s'opérait par le biais de cette autorisation⁹¹. Finalement, le fonctionnement du régime commu-

⁹⁰ Art. 1371 C.C., formulation 1866: « le mari est tenu envers les créanciers pour la totalité des dettes de la communauté par lui contractées: sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, s'ils acceptent pour la moitié des dettes ou jusqu'à concurrence de leur émoluments. »

Art. 1372 C.C., formulation 1866: « Il n'est tenu que pour la moitié de celles personnelles à la femme et qui sont tombées à la charge de la communauté, à moins que la part afférente à la femme ne suffise pas pour acquitter sa moitié. »

Art. 1373 C.C., formulation 1866: « La femme peut être poursuivie pour la totalité des dettes qui procèdent de son chef et qui sont entrées dans la communauté: sauf son recours contre le mari ou son héritier pour la moitié de ses dettes, si elle accepte, et pour la totalité, si elle renonce. »

Art. 1374 C.C., formulation 1866: « la femme qui, pendant la communauté s'oblige avec son mari, même solidairement, est censée ne le faire qu'en qualité de commune, en acceptant, elle n'est tenue personnellement que pour moitié de la dette ainsi contractée, et ne l'est aucunement si elle renonce. »

Ces quatre dispositions restèrent en vigueur jusqu'en 1969 (L.Q. 1969, ch. 77, art. 70).

⁹¹ L. BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, p. 1009; L. FARIBAUT, *op. cit.*, t. 10, p. 155 et s., p. 330; R. COMTOIS, *op. cit.*, p. 100, n° 71-a; Ch. AUBRY, G. RAU et E. BARTIN, *op. cit.*, t. 8, n° 509 et 520; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, t. 3, 1^{re} éd., p. 109; R. TROPLONG, *Du*

nautaire, la sécurité des tiers et le besoin de crédit de la femme, nécessitaient la reconnaissance d'un tel engagement personnel du mari.

Le mari pouvait toutefois limiter son obligation à la dette en retirant à la femme l'autorisation qu'il lui avait donnée de commercer. Ce retrait nécessitait un avis personnel à tous ceux qui faisaient commerce avec elle, et n'avait effet que pour l'avenir; les engagements passés lui restaient toujours opposables⁹². Il lui était loisible aussi, encore que cette formule fut critiquable et guère satisfaisante, d'informer les tiers qu'il ne répondait pas des dettes professionnelles de sa femme. Informés, les tiers avaient le choix entre accepter de contracter avec la femme à leurs risques et périls et refuser de le faire, compte tenu de l'étroite assiette de crédit de celle-ci. Légale, une telle clause ne l'était que dans la mesure où l'article 179 C.C., n'était pas d'ordre public. Les praticiens ne semblent pas en avoir douté⁹³.

L'obligation personnelle que contractait le mari en autorisant sa femme, avait un caractère légal mais pouvait-on aller jusqu'à la prétendre solidaire ? Ne se heurtait-elle pas à la règle de l'art. 1105 C.C., selon laquelle la solidarité ne se présume pas ? Certes, cette règle cessait dans les cas où la solidarité avait lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi, mais pouvait-on découvrir un texte qui eût permis de prétendre à une telle solidarité ? Certains ont voulu voir dans l'art. 1290 C.C. un tel texte parce qu'il permettait de poursuivre le paiement des dettes contractées par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari, pour la totalité sur les biens personnels de l'un ou de l'autre époux, au choix du créancier⁹⁴; mais la jurisprudence n'avait jamais voulu faire sien un

contrat de mariage, 3^e éd., Paris 1857, n° 803; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., Paris 1957, n° 396 et s.; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 1, p. 431, n° 488. Tirer argument de la doctrine française pour aller à l'encontre de la maxime « *qui auctor est se non obligat* », n'était peut être pas si pertinent qu'on le pensait. L'autorisation maritale, n'avait pas, en effet exactement le même fondement en droit français qu'en droit québécois: de plus les textes québécois relatifs au passif communautaire différaient légèrement des dispositions du Code civil français: enfin, il n'avait jamais été admis au Québec qu'une autorisation judiciaire pût briser un refus marital.

⁹² *May c. Cochrane*, 1890, 20 R.L. 410; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 73-a; L. FARIBAUT, *op. cit.*, t. 10, p. 182.

⁹³ L. FARIBAUT, *Traité de Droit civil du Québec*, t. 10, p. 157; R. COMTOIS, *op. cit.*, n° 71-b.

⁹⁴ P. VIGNANCOUR, *op. cit.*, p. 39, n° 50, Cass. 27 juin 1922, D.P. 1922.1.200.

tel raisonnement et considérait qu'il convenait de respecter un ordre dans les poursuites. Le débiteur principal devrait être poursuivi avant la « caution personnelle ⁹⁵ ».

Par un autre raisonnement, on arrivait au même résultat. Puisqu'en matière commerciale la solidarité était toujours présumée ⁹⁶, il suffisait de prétendre commercial à l'égard du mari et de la femme les engagements de cette dernière pour obliger solidairement son époux ⁹⁷. En fait ce raisonnement n'était satisfaisant qu'en apparence: commercial à l'égard de la femme, l'engagement n'était que civil à l'égard du mari.

b) L'engagement de la femme commune en biens.

Si la jurisprudence admit très vite que le mari, par l'autorisation qu'il donnait à sa femme d'exploiter un fonds de commerce, s'engageait personnellement à payer éventuellement les dettes commerciales de celle-ci, elle fut beaucoup plus longue à reconnaître que la femme commerçante s'obligeait personnellement à solder le passif de son entreprise.

Selon certains magistrats, le caractère commercial de ces dettes ne changeait pas leur vocation communautaire. Contractées par la femme du consentement du mari, elles tombaient dans le passif commun et ne pouvaient acquérir à la dissolution du régime le statut de dettes personnelles. Pendant la communauté, le paiement n'en était poursuivi que contre les biens communs ou les biens personnels du mari. A la dissolution du régime, la femme n'était tenue envers ses créanciers commerciaux que pour la moitié de ses dettes ou jusqu'à concurrence de son émolument. Si elle renonçait à la communauté par contre, ses biens réservés constituaient, en ce qui la concernait, le seul gage de ses créanciers ⁹⁸. Cette prise de position, parce qu'elle venait contredire des textes

⁹⁵ *Goldrone c. Poirier*, 1936, 40 R.P. 295; *Daigneault c. Wells et Uxor*, 1902, 8 R.J. 489; *Friedman c. Dame Lajoie*, 1937, 43 R.L. 72; 74 C.S. 26.

⁹⁶ Art. 1105, al. 3. C.C., formulation 1866, toujours en vigueur: « elle (la règle de la solidarité expressément stipulée) ne s'applique pas non plus aux affaires de commerce, dans lesquelles l'obligation est présumée solidaire, excepté dans les cas régis différemment par des lois spéciales. »

⁹⁷ T. J. LORANGER *Commentaire sur le Code civil*, t. 2, p. 534, n. 465.

⁹⁸ *Bourgouin c. Roy*, 1887, M.L.R. 3 C.S. 168; *Lecours c. Focteau et Jobidon*, 1890, 18 R.L. 95; *Daigneault c. Wells et Uxor*, 1902, 8 R.J. 489; *Childs c. Libby*, R.T.Q. 1 C.S. 153; *Perrault c. Charlebois*, 1892, 13 L.N. 283, confirmé en révision, 6 M.L.R. (C.S.) 311; *Samson c. Pelletier*, 1905, 28 C.S. 394; J.-E. ROY, *article précité*, 15 R. du N. 142 et 143. P.-B. MIGNAULT, t. 6, p. 179.

qui organisaient en faveur de la commerçante un statut capacitaire, était semble-t-il condamnable. L'autorisation maritale relevait la femme de son incapacité et lui permettait de s'obliger à l'égard des tiers. Pour l'obliger en qualité de commune seulement, il n'aurait pas été nécessaire de lui accorder une capacité; il aurait suffi de lui déléguer des pouvoirs. C'est finalement à la thèse de l'obligation personnelle de la femme que s'est ralliée la jurisprudence, suivie en cela par la doctrine⁹⁹. Il était injuste en effet, de permettre à la femme de se soustraire par la renonciation à la communauté, à ses engagements commerciaux, et de faire peser sur le seul mari les effets d'une malchance ou d'une mauvaise gestion.

L'analyse des articles 1370 et 1374 C.C. dont l'un précisait que la femme n'était tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, et l'autre affirmait qu'elle n'était censée s'obliger qu'en qualité de commune, avait permis de prétendre qu'on ne pouvait pas poursuivre le paiement des dettes commerciales de celles-ci sur ses biens propres. C'était oublier cependant le contenu de l'art. 179 C.C. qui disposait que « la femme, si elle est marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ». Cette dernière disposition constituait une exception aux principes généraux de l'obligation à la dette d'époux mariés en communauté de biens: exception, elle créait une obligation personnelle à la dette commerciale, à l'encontre de la femme commerçante. Peu importait donc que la femme renonçât ou non à la communauté. A la dissolution du régime, ses créanciers pouvaient poursuivre le paiement de leur créance sur les biens dont elle devenait ou restait propriétaire. En cours de régime, cependant, l'usufruit de ses biens personnels échappait aux poursuites des créanciers si le commerce n'était exercé que sur autorisation judiciaire: le juge avait pu la relever d'une incapacité; il n'avait pu lui transférer les droits du mari sur les biens communs¹⁰⁰.

⁹⁹ *Perrier c. Quinn*, 1884, 8 L.N. 19; *Mitchell c. Lazarus et vir*, 1886 9 L.N. 50; *Metropolitan Mngf Co. c. Languidge*, 1890, 34 J. 230; *Inglis c. O'Connor*, 1893, 4 C.S. 88; *Renaud c. Brown*, 1897, 12 C.S. 237; *Coldrone c. Poirier*, 1936, 40 R.P. 295; *Shorey c. Redford*, 1899, 5 R.J. 42; A. PERREAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 704, n° 1213; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 1, p. 543; *Samson c. Pelletier*, 1905, 28 C.S. 394; *Joseph c. McDonald*, 1897, 11 C.S. 406; *Montmigny c. Paquet*, 1931, 69 C.S. 571.

¹⁰⁰ P. VIGNANCOUR, *op. cit.*, p. 36, n° 45.

Le contrôle marital de l'activité professionnelle de la femme mariée était devenu très théorique. Les mœurs et les nécessités économiques poussaient les juges à reléguer au passé cet attribut de la puissance maritale. Contesté dans les faits, ce droit du mari sur la personne de sa femme, obligeait à découvrir des solutions aux bases juridiques contestables. Ces solutions étaient d'autant plus nécessaires que dans le cadre d'une incapacité générale, la femme accédait par le travail à un statut de capable. Or, la difficulté en la matière venait de ce que la reconnaissance du droit au travail avait comme conséquence de faire confluer le droit du mariage et le droit des régimes matrimoniaux. Jusqu'en 1931, une dissociation existait entre ces deux domaines: seules les dispositions en faveur de la femme mariée commerçante remettaient en cause cette dichotomie. La législation sur les biens réservés en faisant accéder toute professionnelle à la capacité et aux pouvoirs matrimoniaux rompit cette harmonie. Le droit au travail participa alors du droit au mariage et du droit matrimonial et permit le développement d'une jurisprudence fort critiquable, par certains côtés. Il ne restait plus, pour revenir à la cohérence juridique qu'à consacrer à la fois la pleine capacité juridique de la femme mariée et son droit personnel à la vie professionnelle*.

(A suivre)

* Dans une seconde partie, nous étudierons l'activité professionnelle de la femme mariée dans le droit actuel: après quelques revers, la femme remporta enfin la victoire. On lui reconnut une indépendance sans limites sur le plan professionnel.