

L'AFFECTATION DES BIENS EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Une approche globale de la notion

Brigitte Roy

Volume 103, numéro 3, décembre 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046051ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046051ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Roy, B. (2001). L'AFFECTATION DES BIENS EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS : une approche globale de la notion. *Revue du notariat*, 103(3), 383–446.
<https://doi.org/10.7202/1046051ar>

L'AFFECTATION DES BIENS EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

(Une approche globale de la notion)*

Brigitte ROY**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. NOTION D'AFFECTATION : MANIFESTATIONS ET RÔLE

1.1. L'idée d'affectation

1.2 Les fonctions de l'affectation

1.2.1 Dans la propriété pure et simple

1.2.1.1 Relativement à la distinction des biens

a) Les meubles immobilisés par affectation

b) Les meubles par anticipation

1. Les matériaux

2. Les fruits et autres produits du sol

1.2.1.2 Relativement à la distinction entre capital, fruits et revenus

1.2.1.3 Relativement aux intérêts éventuels d'un conjoint

* Essai présenté pour l'obtention de la maîtrise en droit à la Faculté de droit de l'Université Laval sous la direction de François Frenette, professeur titulaire, mai 2000.

** LL.M., notaire.

- 1.2.2 En matière de modalités de la propriété
 - 1.2.2.1 Relativement à la manifestation de certaines formes de copropriété indivise
 - a) L'indivision forcée
 - 1. La mitoyenneté
 - 2. Les cours, allées, ruelles, jardins, etc.
 - 3. Les parties communes dans la copropriété divise
 - b) L'indivision ordinaire
 - 1. L'affectation à des fins personnelles
 - 2. L'affectation à un but durable
 - 1.2.2.2 Relativement à la copropriété divise
- 1.2.3 En matière de démembrements du droit de propriété
 - 1.2.3.1 Dans l'usufruit et l'usage
 - 1.2.3.2 Dans la servitude
 - 1.2.3.3 Dans l'emphytéose
 - 1.2.3.4 Dans l'hypothèque conventionnelle
- 1.2.4. En matière de patrimoines sans titulaire
- 1.3 Les techniques de mise en œuvre de l'affectation
 - 1.3.1 Dans la propriété pure et simple
 - 1.3.2 Dans les modalités de la propriété
 - 1.3.3 Dans les démembrements de propriété
 - 1.3.4 Dans les patrimoines sans titulaire

2. CERTAINES DIFFICULTÉS RELIÉES À LA NOTION D'AFFECTATION

- 2.1 Les limites de l'affectation
 - 2.1.1 En fonction de la nature du bien
 - 2.1.2 En fonction de l'effet dans le temps
- 2.2 La concurrence des affectations
- 2.3 La distinction des fiducies à but

CONCLUSION

« [...] choisir, c'est renoncer... à tout le reste [...] »
André Gide, *Les nourritures terrestres*

INTRODUCTION

Le Code civil présente la propriété comme le droit à l'exercice d'un certain nombre de prérogatives sur un bien¹. Ces prérogatives sont le droit d'user d'un bien (*jus utendi*), le droit d'en percevoir les fruits et revenus (*jus fruendi*), le droit d'en disposer (*jus abutendi*) et le droit résiduaire de retirer toute la potentialité de ce bien (*vis attractiva*)². Une lecture attentive du Code révèle toutefois que le propriétaire dispose également de la faculté de procéder à l'affectation d'un ou de plusieurs de ses biens³.

L'affectation se pose en effet et de prime abord comme le fondement ou le moteur de certaines institutions juridiques reconnues au Code. Qu'il suffise de citer l'affectation d'un meuble à l'utilité d'un immeuble⁴, l'affectation de certains

1 C.c.Q., art. 947.

2 François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439. *La vis attractiva* est « ... la faculté unique du maître, sur le plan juridique, d'attirer à lui les fragments épars de son droit ... » à la page 443. Chez les auteurs français, ce droit est exprimé sous d'autres vocables. Il était qualifié « d'arrière-droit » (DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété » 1905, 4 *Rev. Trim. dr. civ.*, p. 444-445) ou de « droit résiduaire » (Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.G., 1960, p.31). L'existence de cette prérogative se manifeste de façon éloquente dans le droit de réversion retenu par le propriétaire, dans l'emphytéose, qui lui assure le retour de l'immeuble à la fin de l'emphytéose (C.c.Q., art. 1209), François FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983, p.88). Plus simplement, mais non de façon moins intéressante, l'effet de la *vis attractiva* se fait également sentir lorsque sont modifiées ou abrogées certaines lois particulières qui imposaient des conditions à l'exercice du droit de propriété sur un bien, le propriétaire reprenant alors le ou les services auparavant interdits ou réglementés par telles lois. Ces empêchements étant alors levés, le propriétaire recouvre alors, en tout ou en partie, la plénitude de son droit. Également, le droit d'accession est la manifestation de la *vis attractiva* du propriétaire d'un bien qui lui attire la propriété de ce que le bien produit ou de ce qui s'y unit accessoirement. (C.c.Q., art. 948 et 1116).

3 C.c.Q., art. 2 al. 2 et 915.

4 C.c.Q., art. 901 et 903 et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c.57, art. 48.

biens au bénéfice de la famille⁵, les patrimoines d'affectation⁶, l'affectation d'un ou de plusieurs biens à l'exécution d'une obligation⁷, l'affectation des biens sujets à la copropriété divisée ou indivise⁸, le respect de l'affectation d'un bien tenu en usufruit⁹, l'affectation d'un immeuble au service d'un autre immeuble dans le cadre de la servitude¹⁰. Il apparaît ainsi que l'affectation exerce une emprise particulière aussi certaine que déterminante dans la vie d'un bien. Cette emprise, et c'est là toute la question cependant, est-elle l'expression singulière d'une prérogative déjà connue de la propriété ou constitue-t-elle, au contraire, un nouvel attribut à la fois inhérent et méconnu du droit de propriété ?

Suivant notre point de vue, l'affectation s'exercerait dans le cadre d'une prérogative fort connue du droit de propriété, soit le *jus utendi* et, plus particulièrement, le *jus utendi* dans son aspect juridique¹¹. À vrai dire, l'affectation est l'expression même du droit d'usage dans son aspect juridique, expression réglementée au Code chaque fois que sa manifestation entraîne des conséquences durables dans la vie d'un ou de plusieurs biens. Aussi convient-il d'abord de cerner la notion de près et d'en expliquer son principe. L'examen des principales hypothèses d'affectation prévues au Code en matière de propriété pure et simple, de modalités et de démembrements de la propriété ainsi que dans les patrimoines sans titulaire permettra précisément de mieux comprendre, d'une part, le rôle joué par

5 C.c.Q., art. 401 et suiv. et 414 et suiv.

6 Notamment : C.c.Q., art. 1256 et suiv., 1260 et suiv.

7 C.c.Q., art. 2660.

8 C.c.Q., art. 1053, 1016 et 1030.

9 C.c.Q., art. 1120.

10 C.c.Q., art. 1177.

11 Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 154. Tous les attributs du droit de propriété se manifestent sous un aspect matériel et un aspect juridique. La dualité de ces finalités du *jus utendi* peut s'énoncer comme suit : « Dans son aspect matériel, (...) cet attribut permet au propriétaire de se servir lui-même, personnellement et individuellement, de l'objet de son droit. Dans son aspect juridique, il autorise le maître à décider du rôle, de l'emploi désiré pour son bien ... » (François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439, 445-446.

l'affectation dans certaines institutions juridiques reconnues et, d'autre part, les techniques conduisant à la réalisation même de l'affectation. Nous envisagerons ensuite certaines situations complexes dont la bonne intelligence repose essentiellement sur une perception on ne peut plus juste de la notion d'affectation.

1. NOTION D'AFFECTATION : MANIFESTATIONS ET RÔLE

Nonobstant la formulation légèrement déficiente du Code¹², le droit de propriété comprend absolument toutes les utilités et tous les services qui peuvent être tirés d'un bien¹³. L'affectation fait donc logiquement partie des utilités escomptées d'un bien par son propriétaire. Encore faut-il toutefois découvrir la place qu'occupe très précisément l'affectation au sein de ces utilités qui, considérant leur nombre indéfini, ont fait l'objet de regroupements bien définis en doctrine¹⁴.

12 Le *Code civil du Bas Canada* posait de façon claire que la propriété était le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (C.c. B.C., art. 406). Les termes employés au *Code civil du Québec* sont plus réservés. Il énonce que la propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi (C.c.Q., art. 947). Mais, il y a plus. Les prérogatives traditionnelles du droit de propriété sont énumérées au Code (le droit d'user, de jouir et de disposer) sans laisser à entendre que le titulaire du droit a vocation à l'ensemble de tous les services quelconques dont le bien est susceptible, que ces services soient présentement disponibles ou non. Le droit de propriété « libre et complet » n'en demeure pas moins un droit absolu, comme dans l'ancien droit, que seule la loi ou la coexistence en société peuvent tempérer. Sur ce, lire : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, T. 2, Montréal, Théorêt, 1896, p. 477; Patrick KENNIFF, « Le contrôle de l'utilisation du sol et des ressources en droit québécois -1 », (1975) 16 *C. de D.* 763, 828.

13 Le nombre et la nature de ces utilités qui peuvent être tirées d'un bien ne sont pas limités. Elles ont trait soit à la jouissance du bien, comme dans les patrimoines avec ou sans titulaire (C.c.Q., art. 1256 et suiv. et 1260 et suiv.), dans certaines modalités de la propriété (C.c.Q. art. 1016, 1030 et 1053) ou dans les démembrements nommés de la propriété (l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose (C.c.Q., art. 1119)), soit à sa valeur économique (comme pour le cas de l'hypothèque (C.c.Q., art. 2660)).

14 Savoir et tel que déjà mentionné : le droit à l'usage, aux fruits et revenus, à la disposition du bien, prérogatives générales auxquelles il faut ajouter l'arrière-droit à tous services.

1.1 L'idée d'affectation

L'affectation se présente à première vue comme un acte d'autorité du propriétaire¹⁵ à l'égard de son bien ou d'une masse de biens, acte d'autorité visant à réserver une chose à une fin déterminée¹⁶. Ainsi, le propriétaire d'un timbre-poste peut décider de le verser dans sa collection ou de l'employer pour affranchir son courrier. S'agit-il d'un chapeau de paille, qu'il choisira de l'utiliser pour décorer les murs de sa maison ou de le porter pour se protéger des rayons du soleil. En présence d'une terre en friche, l'agriculture sera privilégiée au détriment du reboisement ou inversement. Bref, l'affectation traduit, nous semble-t-il, l'expression d'un choix décisif parmi les utilités possibles d'un bien. Elle consiste en la détermination d'une finalité particulière pour ce bien sur le plan de son utilité¹⁷. L'affectation assigne ainsi à un bien une vocation particulière parmi les différentes utilités envisageables en l'espèce.

L'affectation imprime au bien une destination¹⁸, une direction, un but¹⁹. Affecter, c'est donc d'abord et avant tout **exprimer**

- 15 La source de l'affectation peut également être la loi plutôt que la volonté de son propriétaire. C'est le cas de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles* (L.R.Q., c.P-41.1), de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (L.R.Q., c.A-19.1) et de la *Loi sur les biens culturels* (L.R.Q., c.B-4). Nous n'abordons toutefois pas ces thèmes dans la présente étude, ni l'affectation des biens en droit public.
- 16 *École de technologie supérieure c. Société d'ingénierie Cima*, [1997] R.J.Q. 2852 (C.S.). Au sujet de l'affectation à l'utilité publique de l'article 916 du *Code civil du Québec*, le tribunal souligne : « Le mot « affecte » est employé dans le sens de « destiner, réserver à un usage ou à un usager déterminé », à la page 2863 du jugement précité.
- 17 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1994, affectation.
- 18 Les termes destination et affectation sont synonymes. Le terme « destination » est par ailleurs défini comme l'usage auquel une chose est affectée : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1994, affectation, destination. Dans le même sens : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, affectation p. 27 et destination p. 181; Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J. 1976, n° 39, p.33. Aussi, le principe bien connu de l'affectation générale des biens d'un débiteur à l'exécution de ses obligations est-il traduit de « destination des biens à la satisfaction des créanciers » : Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p.1. En matière de patrimoine d'affectation, le terme destination est aussi utilisé : John E.C. BRIERLEY « De certains patrimoines d'affectation. Les articles 1256-1298 », dans *La Réforme du Code civil*, T. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 735, à la page 747.
- 19 Henri DE PAGE et René DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 5, Bruxelles, Émile Bruylant, 1952, n° 585, p. 558.

ce choix, cette discrimination parmi les utilités d'un bien²⁰. Selon les mots de Guinchard : « ...l'affectation est d'abord " quelque chose " qui a une existence et qui se manifeste par certains traits particuliers... bref, elle vit »²¹.

Affecter un bien à une ou à certaines utilités implique, par voie de conséquence, que les autres utilités qui pourraient être tirées de ce bien ne sont plus disponibles²², temporairement du moins. L'affectation du bien a donc pour résultat de restreindre²³, non pas le droit de propriété lui-même, mais bien **les modalités d'exercice de ce droit** dans l'une ou l'autre de ses facultés inhérentes.

La seule volonté d'affecter du maître ne suffit toutefois pas en soi pour lui donner effet sur le plan juridique. Entre l'idée et le geste, comme nous l'avons signalé et comme nous le verrons plus tard, l'affectation ne se réalisera que par le respect des moyens prévus à cet effet en loi. Et, une fois le geste posé, il s'agira par ailleurs d'examiner son effet sur l'un ou l'autre des attributs du droit de propriété.

1.2 Les fonctions de l'affectation

Plus encore qu'une idée, affecter juridiquement un bien à une fin donnée, c'est exercer, avons-nous dit, une option entre plusieurs utilisations possibles de ce bien²⁴ et, de ce fait, c'est le réserver à cet usage déterminé. L'affectation sous-entend que le bien est réservé à cette finalité particulière qui, par voie de conséquence, exclut les autres pour un temps. Nous allons examiner comment, dans certaines institutions juridiques reconnues, l'affectation joue un rôle d'importance en droit québécois, tant pour ce qui a trait à la propriété pure et simple, à ses modalités et démembrements, que pour ce qui a trait aux patrimoines sans titulaire.

20 François FRENETTE, « La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès du Barreau du Québec*, Montréal, 1998, p. 71, à la p. 71, 72.

21 Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976, n° 13, p.13.

22 *Id.*, n° 214, p. 187.

23 *Id.*, n° 215, à la page 189 : « ... l'idée d'affectation s'apparente en somme à celle de restrictions. »

24 *Id.*, n° 24, p. 24.

1.2.1 DANS LA PROPRIÉTÉ PURE ET SIMPLE

Dans la propriété pure et simple, la plénitude des droits tenant à un faisceau de prérogatives qui n'est ni éclaté²⁵ ni partagé²⁶ permet tout naturellement au propriétaire d'un bien d'affecter celui-ci à quelque destination que ce soit, qu'elle soit ou non conforme à sa nature, de changer cette affectation et, plus encore, de ne réserver son bien à aucune utilité particulière. L'affectation est ainsi et précisément l'expression du *jus utendi* dans son aspect juridique. Le pouvoir d'affectation du propriétaire d'un bien, dans le cadre de la propriété pure et simple, est d'abord et avant tout l'exercice d'un libre choix. Dans certains cas, ce pouvoir d'affectation aura des répercussions sur le plan juridique. En effet, la seule volonté n'est toujours pas créatrice d'effets juridiques, dans la propriété pure et simple. C'est précisément le cas en matière de qualification des biens comme nous le verrons.

1.2.1.1 Relativement à la distinction des biens

Dans la propriété pure et simple, l'affectation joue un rôle important dans la qualification de certains biens. La division des biens, corporels et incorporels, en immeubles et en meubles est fondamentale en droit civil²⁷. Le rattachement d'un bien à l'une ou l'autre de ces grandes catégories a comme conséquence de le soumettre à un régime juridique particulier²⁸. Dans

25 Comme dans les démembrements du droit de propriété (C.c.Q., art. 1119 et suiv.).

26 Comme dans les modalités de la propriété (C.c.Q., art. 1009 et suiv.).

27 C.c.Q., art. 899.

28 La distinction des biens, en meubles ou immeubles, a un intérêt pratique notamment en matière de procédure civile (compétence *rationae loci* (art. 68, al. 1 et 73 C.p.c.), saisie (C.p.c., art. 572, 553.2, C.c.Q., art. 2648, C.p.c., art. 580 à 616.1, C.p.c. art. 660-732), preuve (C.c.Q., art. 2943, 928 et 1454), sûretés (C.c.Q., art. 2665, hypothèque immobilière (C.c.Q., art. 2693 et suiv., hypothèque mobilière (C.c.Q., art. 2696 et suiv. 2683 et 2685), délais de préavis (C.c.Q., art. 2758), libéralités (forme de la donation : C.c.Q., art. 1824), publicité des droits (C.c.Q. art. 1455, 2938, opposabilité : C.C.Q., art. 2941), prescription (acquisitive : C.c.Q. 2917 à 2919, extinctive : C.c.Q., art. 2798 et 2799), droit international privé (conflit de loi : C.c.Q., art. 3098 et 3114), tutelle et curatelle (pouvoirs sur les biens : C.c.Q., art. 208 et suiv.), fiscalité (*Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., C.-D. 15.1, art. 2, art. 9 *in fine* et art. 1.0.1, *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., c. F-2.1, art. 1, 31 et 203), régimes matrimoniaux (en matière de communauté de meubles et acquêts : art. 1268 à 1425 C.c.B.C.). Sur tous ces sujets, lire : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 48 et suiv..

nombre de cas, la nature intrinsèque d'un bien le range dans l'une ou l'autre de ces catégories²⁹. Ainsi en est-il d'un terrain, qui est un immeuble, d'une bicyclette, qui est un bien meuble. Dans d'autres cas, l'affectation assujettira un bien à un régime juridique ne correspondant pas à sa nature intrinsèque. En effet, les meubles qui sont incorporés à un immeuble, qui perdent leur individualité et qui assurent l'utilité de l'immeuble sont considérés comme immeubles³⁰. Également, les meubles matériellement attachés ou réunis, à demeure, à un immeuble, qui n'ont pas perdu leur individualité, qui n'y sont pas incorporés et qui assurent l'utilité de l'immeuble sont considérés comme des immeubles³¹. Par ailleurs, un immeuble peut, par anticipation, devenir meuble³². Dans tous ces cas, c'est l'affectation donnée à ces biens, et non leur nature, qui détermine alors la catégorie juridique à laquelle ils sont rattachés. Examinons le phénomène de plus près.

a) Les meubles immobilisés par affectation

L'affectation de certains meubles à l'utilité d'un immeuble peut, *in se*, les faire passer au rang d'immeuble. Le rapport étroit entre ces biens, soit le service que le meuble procure à l'immeuble, appelle une qualification à la fois unique et identique. Une telle affectation caractérise ainsi certains meubles, selon qu'ils sont incorporés ou attachés ou réunis à l'immeuble, comme nous allons le voir.

Tout ce qui fait partie intégrante d'un immeuble est normalement immeuble³³. Sont considérés faire partie intégrante d'un immeuble les meubles qui y sont incorporés, qui perdent à cette occasion leur individualité et **qui assurent l'utilité de l'immeuble**³⁴. L'incorporation d'un tel meuble à un immeuble

29 Essentiellement, sont immeubles, les fonds de terre, les constructions et ouvrages permanents qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante (C.c.Q., art. 900) Sont par ailleurs meubles, les choses qui peuvent se transporter (C.c.Q., art. 905) et généralement tous les autres biens que le loi ne qualifie pas (C.c.Q., art. 907).

30 C.c.Q., art. 901.

31 C.c.Q., art. 903 et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 48.

32 C.c.Q., art. 900 al. 2.

33 C.c.Q., art. 900 al. 1.

34 C.c.Q., art. 901.

le transforme en immeuble et lui fait, en conséquence, épouser le même régime juridique. C'est l'incorporation du meuble à l'immeuble et sa perte d'individualité, conjuguées à son affectation à l'utilité de l'immeuble, qui le placent au même rang que l'immeuble qu'il dessert. Par exemple, les fenêtres, les portes, la brique d'un immeuble sont immeubles. Toutefois, le bien meuble incorporé à un immeuble qui perd son individualité, mais qui n'est pas affecté à l'utilité de l'immeuble, demeurera un meuble et restera soumis au régime juridique des meubles. Toute la différence est là et tient à l'affectation au service d'un immeuble plutôt qu'à l'exploitation d'une activité ou d'une entreprise sur cet immeuble. Par exemple, le four à pain, la chambre-forte, la chambre froide, le comptoir d'un restaurant, etc. incorporés à un immeuble sont et restent tous autant de biens meubles.

Par ailleurs, tous les meubles qui sont, à demeure, matériellement attachés ou réunis à l'immeuble, mais sans perdre leur individualité et sans y être incorporés, et **qui assurent l'utilité de l'immeuble** deviennent des immeubles; les meubles qui, dans l'immeuble, servent à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'activités demeurant meubles³⁵. Ainsi, les tables et les bancs d'un restaurant, les comptoirs réfrigérés, les monte-charge, les ponts roulants réunis ou attachés à l'immeuble et sans y être incorporés, restent meubles³⁶ alors que les ascenseurs, les systèmes de chauffage et de climatisation deviennent immeubles. L'attache ou la réunion de meubles à un immeuble (sans incorporation) n'est donc déterminante en matière de qualification de biens que si ces meubles sont affectés au service et à l'utilité de l'immeuble avec lequel ils ont ce lien physique. Seuls ces meubles

35 C.c.Q. art. 903 et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 48. Cet article est une disposition de droit substantif venue modifier l'article 903 du Code civil du Québec, au moment même de l'entrée en vigueur de celui-ci.

36 La jurisprudence récente confirme ce principe. Au sujet d'allées de quilles, Lire : *Corporation d'assurance de personnes La Laurentienne c. Ville de Québec*, [1994] R.J.Q. 1432 (C.Q.); pour des étagères, des isoloirs, armoires, bibliothèques, comptoir-accueil, etc. : 2949-0208 *Québec inc. c. Vitrierie universelle & Boissonneault inc.*, J.E. 95-727 (C.S.). Pour un inventaire commenté et exhaustif, lire : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 85 à 113.

attachés ou réunis, et non incorporés à l'immeuble³⁷, sont susceptibles d'être soumis au régime juridique des immeubles. Les meubles rattachés à un immeuble, en fonction de la vocation économique de cet immeuble, ne passent pas quant à eux au rang des immeubles.

La notion d'affectation n'est cependant pas entièrement nouvelle dans la qualification des biens. L'ancien droit reconnaissait déjà le rôle joué par la volonté du propriétaire en matière de qualification de biens. L'ancien article 379 du *Code civil du Bas Canada* énonçait :

« Les objets mobiliers que le propriétaire a placés sur son fonds à perpétuelle demeure, ou qu'il y a incorporés, sont immeubles par destination tant qu'ils y restent. »

Ainsi sont immeubles, sous ces restrictions, les objets suivants et autres semblables :

1. Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes;
2. Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines.

Sont aussi immeubles par destination les fumiers ainsi que les pailles et autres substances destinées à le devenir. »

[Soulignement ajouté]

Puis, l'ancien article 380 du *Code civil du Bas Canada* ajoutait :

« Sont censés avoir été attachés à perpétuelle demeure les objets placés par le propriétaire qui tiennent à fer et à clous, qui sont scellés en plâtre, à chaux ou à ciment, ou qui ne peuvent être enlevés sans être fracturés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. »

Sous le *Code civil du Bas Canada*, des meubles placés par leur propriétaire sur son immeuble à perpétuelle demeure ou incorporés à son immeuble, qu'ils étaient affectés au

37 S'ils sont incorporés, ils sont immeubles tel qu'explicité plus avant. (C.c.Q., art. 901).

service de cet immeuble ou qu'ils servaient à l'exploitation d'une entreprise sur cet immeuble, se qualifiaient au titre d'immeubles, dans la catégorie des immeubles par destination. Or, le droit nouveau réduit les effets de l'affectation en la matière au seul cas où les meubles visés sont affectés à **l'utilité de l'immeuble**, excluant expressément de la catégorie des immeubles les meubles incorporés, attachés ou réunis à un immeuble qui servent à l'exploitation d'une entreprise, ces meubles restant meubles.

En droit nouveau, c'est seulement l'affectation au service et à l'utilité physique d'un immeuble, excluant toute affectation à des fins économiques, qui assure la métamorphose d'un meuble en immeuble. En droit nouveau, partant, le domaine d'application des meubles immobilisés par l'affectation qu'en a faite son propriétaire est donc plus limité, mais non moins important, que celui des immeubles par destination dans l'ancien droit³⁸. La qualification des biens en vertu de la loi nouvelle a, du fait de l'application immédiate de celle-ci³⁹, entraîné automatiquement des requalifications de biens et, par voie de conséquence, des changements de régime juridique⁴⁰.

38 Ce changement a été bien signalé dans *Caisse populaire Desjardins de Sainte-Thérèse c. Québec (sous-ministre du Revenu)* [1995] R.J.Q. 751, (C.A.).

39 La loi nouvelle a eu un effet immédiat sur les situations juridiques en cours lors de son entrée en vigueur (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992 c. 57, art. 3). Ainsi, la qualification des biens dans une situation juridique en cours relève de la loi nouvelle.

40 En principe, la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992 c. 57, art. 2 al. 1), elle ne remet pas en cause une situation juridique valablement créée sous la loi ancienne. Partant, l'hypothèque immobilière sur un bien autrefois qualifié d'immeuble par destination, parce que servant à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'une activité sur un immeuble, ne devrait pas être anéantie parce que ce bien est maintenant meuble, n'étant pas affecté à l'utilité de l'immeuble. Cela est vrai, mais pour éviter une dualité de système qui aurait pu mener une grande confusion, le législateur a adopté une règle de droit transitoire prévoyant que les hypothèques sur des biens qui, en raison de l'application de la loi nouvelle, ont changé de nature devaient, pour conserver ce rang, être publiées avant le 1^{er} janvier 1995, au Registre des droits personnels et réels mobiliers; à défaut de tel renouvellement, la sûreté immobilière détenue par un créancier a perdu son effet; l'hypothèque pourrait néanmoins encore être publiée au Registre des droits personnels et réels mobiliers au moyen d'un avis de renouvellement mais prendrait alors rang selon la date de sa publication et ne pourrait donc pas être opposable aux tiers qui auraient entre-temps acquis des droits sur ces meubles (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c.57, art.134, al. 2).

L'affectation joue donc un rôle discriminatoire important quant à la qualification de certains meubles, soit ceux incorporés, réunis ou attachés à un immeuble et qui sont affectés à l'utilité de cet immeuble, entraînant par voie de conséquence leur classification dans le régime juridique des immeubles plutôt que dans le régime juridique des meubles. C'est donc la fin réservée à un meuble qui le distinguera des autres meubles incorporés, attachés ou réunis à l'immeuble; les meubles ainsi incorporés, attachés ou réunis qui serviront plutôt à l'exploitation de l'immeuble (par opposition à son utilité) restent meubles. La notion même d'affectation, comme nous pouvons le constater, est au cœur de la classification des « meubles immobilisés » au sens des articles 901 et 903 du *Code civil du Québec*.

En soumettant certains meubles au régime juridique des immeubles, la loi permet et assure ainsi une identité de régime juridique pour ces meubles et l'immeuble auquel ils sont intimement liés par leur affectation à celui-ci. Le sort des premiers sera lié à celui du second. Ces biens seront soumis au même régime d'administration, de disposition, d'opposabilité des droits, de prescription, de sûretés hypothécaires, etc. L'affectation joue donc un rôle protecteur pour cet immeuble et pour les meubles qui sont devenus des accessoires indispensables à son utilité en soumettant ces biens au même régime juridique.

b) Les meubles par anticipation

Nous venons de voir qu'un meuble peut, du fait de l'affectation décidée par son propriétaire, devenir immeuble lorsque la loi l'autorise⁴¹. L'inverse est également possible. Un immeuble ou certaines de ses parties intégrantes peuvent devenir meubles et être de ce fait assujettis au régime juridique propre aux meubles plutôt qu'à celui des immeubles. C'est le phénomène de la mobilisation par anticipation. Les parties intégrantes d'un immeuble qui en sont définitivement détachées deviennent meubles par le seul effet de leur enlèvement matériel⁴². Mais, avant ce détachement, le propriétaire

41 C.c.Q., art. 901 et 903.

42 C.c.Q., art. 902 *a contrario* et 905.

d'un immeuble peut décider que tout ou partie de celui-ci soit, aux fins d'une transaction donnée, d'ores et déjà considéré comme bien meuble.

1. Les matériaux

Le propriétaire d'une construction peut décider de s'en servir pour son habitation, de la laisser à l'abandon ou même d'en détacher les matériaux et autres choses en faisant partie intégrante. Il s'agit d'autant d'actes d'affectation. Cependant, la décision du propriétaire d'une construction de disposer de ses matériaux pourra avoir, avant leur enlèvement, des répercussions dans la qualification juridique de ces biens, à titre de meubles par anticipation⁴³. Force est d'admettre que la décision d'un propriétaire d'enlever certains matériaux ou autres parties intégrantes d'une construction implique certainement que ceux-ci ne sont plus, selon lui, utiles à l'immeuble. Si l'affectation d'un meuble à l'utilité d'un immeuble peut le faire devenir immeuble⁴⁴, l'affectation peut exercer en certains cas une force similaire lorsque cette utilité cesse⁴⁵.

En effet, cette nouvelle affectation, si elle s'exprime dans **un acte de disposition**⁴⁶, emportera un changement de régime juridique pour ces matériaux ou autres parties intégrantes d'un immeuble en les faisant passer au rang des meubles avant même qu'ils soient détachés. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble peut vendre ou autrement en aliéner les matériaux ou autres choses en faisant partie intégrante, avant qu'ils ne

43 Le principe de la mobilisation par anticipation est codifié au deuxième alinéa de l'article 900 C.c.Q., pour les fruits et produits du sol. Il est réitéré à l'article 2698 C.c.Q. pour l'affectation hypothécaire des matériaux. Il semble donc que la notion de meubles par anticipation peut s'étendre à un autre domaine que celui des fruits et autres produits de sol, tels les matériaux. Lire également : François FRENET-TE, « L'état du droit des biens au cinquième anniversaire du *Code civil du Québec* », *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 81 à la page 83; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p.140.

44 C.c.Q., art. 901 et 903.

45 Cette conséquence est exprimée à l'article 900 al. 2 du *Code civil du Québec* et à l'article 2698 du *Code civil du Québec*.

46 C.c.Q., art. 900 al. 2 et 2698.

soient enlevés, comme s'ils étaient des meubles, selon les formalités et avec les conséquences juridiques propres en matière mobilière, notamment quant aux principes d'opposabilité des droits⁴⁷.

2. Les fruits et autres produits du sol

Le propriétaire d'un fonds peut décider d'en consommer les fruits et autres produits du sol selon ses besoins, il peut décider de les laisser sur place ou il peut décider d'en disposer en vue de faire un profit. En principe, les fruits et autres produits du sol, sont immeubles tant qu'ils ne sont pas séparés ou extraits du sol⁴⁸. Les fruits et les autres produits du sol peuvent néanmoins être qualifiés de meubles, en certains cas, avant cette séparation ou extraction. En effet, la loi permet de considérer les fruits et autres produits du sol comme des meubles dans les actes de disposition dont ils sont l'objet⁴⁹. À titre d'exemple, le propriétaire d'un immeuble peut en aliéner les fruits ou autres produits d'avance, comme s'ils étaient des meubles, selon les formalités et avec les conséquences juridiques propres en matière mobilière, notamment quant aux principes d'opposabilité des droits⁵⁰.

47 Les droits que des tiers auraient acquis dans l'immeuble ne pourront alors s'étendre à ces matériaux ou autres choses en faisant partie intégrante que le propriétaire aura rendu meubles par un acte de disposition en faveur d'un autre tiers, conformément à la loi. Sous le même rapport, celui qui a acquis ces matériaux ou autres choses faisant partie intégrante pourra, dans la mesure où son droit dans ces biens a été dûment établi dans un acte de disposition, faire valoir son droit même contre un acquéreur de bonne foi de l'immeuble ou le créancier hypothécaire sur l'immeuble (C.c.Q., art. 2941). *Contra* : Denis-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.43-45.

48 C.c.Q., art. 900 al. 2. Les végétaux et les minéraux sont et restent meubles tant qu'ils ne sont pas séparés ou extraits du sol (art. 900 al.2, 1139 et 1141 C.c.Q.)

49 C.c.Q., art. 900 al. 2.

50 Les droits que des tiers auraient acquis dans l'immeuble ne pourront alors s'étendre à ces matériaux ou autres choses en faisant partie intégrante que le propriétaire aura rendu meubles par un acte de disposition en faveur d'un autre tiers, conformément à la loi. Sous le même rapport, celui qui a acquis ces matériaux ou autres choses faisant partie intégrante pourra, dans la mesure où son droit dans ces biens a été dûment établi dans un acte de disposition, faire valoir son droit même contre un acquéreur de bonne foi de l'immeuble ou le créancier hypothécaire sur l'immeuble (C.c.Q., art. 2941). *Contra* : Denis-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.43-45.

Les fruits de la terre sont ce qu'elle produit par culture ou exploitation sans que sa substance ne soit entamée⁵¹. Les autres produits de la terre qui entament ou épuisent sa substance⁵² ne sont pas des fruits. Ne sont pas davantage des produits du sol, la terre arable, le sable, le gravier, ni le minéral; ils forment le sol⁵³.

La décision du propriétaire d'un fonds de disposer des fruits et produits qu'il donne traduit un choix parmi toutes les utilités possibles d'un bien. Le législateur reconnaît ce choix et le respecte en autorisant leur mobilisation par anticipation.

1.2.1.2 Relativement à la distinction entre capital, fruits et revenus

Outre la classification des biens en meubles et immeubles, le *Code civil du Québec* divise les biens en capital, fruits et revenus⁵⁴. Le *Code civil du Bas Canada* connaissant déjà pareille distinction des biens en qualifiant toutefois les fruits et revenus de fruits naturels, industriels et civils⁵⁵. Ce qui est neuf en la matière, c'est le rôle que joue l'affectation dans la distinction entre capital, fruits et revenus.

Sont du capital les biens affectés à produire des fruits et revenus⁵⁶. Les fruits sont ce que produit spontanément le bien, ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un

51 C.c.Q., art. 910, tels les fruits, les légumes, les fleurs, les céréales, le tabac et les plantations d'arbres destinés à la coupe ou à la production. *Lessard c. Charplan Inc.*, [1994] R.D.I. – 181 (C.A.) (arbres).

52 La tourbe nous apparaît être un autre produit du sol plutôt qu'un fruit du sol.

53 Il serait donc inutile de chercher à « mobiliser » à l'avance ces composants de l'immeuble pour les assujettir au régime juridique des meubles. Il faudra faire appel à d'autres institutions juridiques reconnues pour établir des droits efficaces sur ces ressources. Néanmoins, certains jugements ont qualifié de meubles, de la terre de surface, du sable, du gravier et de la poussière de silice (*Maurice c. Morin* [1995] R.D.I. 10 (C.A.); *Silices St-Pierre Ltée c. Armand Sicotte et Fils*, [1976] C.S. 1420; *Vézina c. Morneau*, [1977] C.S. 668). Nous ne croyons pas que ces principes puissent être reconduits en droit nouveau en raison du libellé de l'article 900 al. 2 C.c.Q.

54 C.c.Q., art. 908.

55 C.c.B.C., art. 409.

56 C.c.Q., art. 909.

fonds, de même que le produit ou le croît des animaux (autrefois appelés fruits naturels et industriels), les revenus sont les sommes d'argent que le bien rapporte (autrefois appelés fruits civils)⁵⁷. Les fruits et revenus n'entament pas la substance du bien⁵⁸. Il est facile de penser à l'élevage des animaux et à la culture céréalière ou maraîchère, quant aux fruits tirés d'un bien, et aux loyers d'une maison à appartements, quant aux revenus. Il est plus difficile de concevoir juridiquement les biens, suivant leurs rapports entre eux, notamment dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise quand ce ne sont pas toujours les biens qui rapportent des revenus, mais le réinvestissement continu de ces revenus. En effet, la croissance même des entreprises dépend et résulte du remploi de ce qu'elle génère, le capital de départ ou les autres apports ne suffisant rapidement plus à répondre aux besoins de l'entreprise. C'est l'affectation des biens dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise qui départagera le capital des fruits et revenus. Les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise sont du capital⁵⁹. Les fruits et revenus tirés de l'entreprise deviendront du capital s'ils sont affectés en remploi au service ou à l'exploitation de l'entreprise⁶⁰; s'ils ne sont pas ainsi affectés, ils resteront des fruits et revenus. En définitive, lorsqu'un fruit ou un revenu est affecté à des fins d'expansion économique dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, il sera associé à du capital et sera traité comme tel, bénéficiant du même régime juridique et de la même protection que celui-ci.

Dans la distinction des biens suivant leurs rapports entre eux, l'affectation joue donc encore une fois un rôle protecteur en ce qu'il favorise le maintien et l'accroissement du capital pour garantir la meilleure exploitation de l'entreprise, assurant ainsi la production à la fois constante et accrue des fruits et revenus de ce capital.

Cette distinction entre capital, fruits et revenus est particulièrement utile quand elle s'insère dans une institution juridique donnée comme l'usufruit⁶¹, la fiducie⁶², l'administration

57 C.c.Q., art. 910.

58 C.c.Q., art. 910.

59 C.c.Q., art. 909.

60 C.c.Q., art. 909.

61 C.c.Q., art. 1126, 1129, 1130, 1133, 1134 et 1154.

62 C.c.Q., art. 1271, 1281, 1284 et 1286.

du bien d'autrui⁶³, etc., où les règles afférentes aux fruits et revenus diffèrent de celles relatives au capital. Si l'on examine de plus près ces institutions, force est de constater que le capital est généralement mieux protégé que le revenu. Ainsi, les principales dépenses relatives à un bien sont généralement défrayées par les revenus, telles les primes d'assurance, le coût des réparations mineures et les autres dépenses ordinaires de l'administration, la moitié de la rémunération de l'administrateur et des dépenses raisonnables qu'il a faites dans l'administration conjointe du capital et des fruits et revenus, les impôts payables sur les biens administrés, les frais acquittés pour protéger les droits du bénéficiaire des fruits et revenus et la moitié des frais de la reddition de compte en justice, l'amortissement des biens, sauf ceux utilisés à des fins personnelles par le bénéficiaire⁶⁴. D'une façon secondaire, voire résiduaire, le compte du capital sera débité des dépenses qui ne sont pas imputées au compte revenu, y compris celles qui sont afférentes au placement du capital, à l'aliénation des biens, à la protection des droits du bénéficiaire du capital ou du droit de propriété des biens administrés, les impôts sur les gains ou les autres montants attribuables au capital, lors même que la loi qui régit ces impôts les considère comme impôts sur le revenu⁶⁵.

Toute cette emphase mise sur le capital tient au fait, qu'en principe, le capital des biens ne doit pas être entamé au profit du bénéficiaire du revenu, mais plutôt réservé pour le bénéficiaire du capital⁶⁶, voire, en certains cas, conservé pour une fin à caractère durable⁶⁷. En matière de distinction des biens, l'affectation sert ici de rempart pour la sauvegarde du capital⁶⁸.

63 C.c.Q., art. 1345 à 1350.

64 C.c.Q., art. 1346.

65 C.c.Q., art. 1347.

66 C.c.Q., art. 1120, 1126 et 1284.

67 C.c.Q., art. 1259.

68 Par ailleurs, en matière de fiscalité, le principe d'imposition des lois fiscales repose sur la notion de revenu imposable (*Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1, 5^e supp.), alors que le capital lui-même ne l'est pas, sauf exception (ex : taxe sur le capital).

1213 Relativement aux intérêts éventuels d'un conjoint

Nous savons que le droit des biens est fondé d'abord et avant tout sur le droit de propriété, ses modalités et ses démembrements. On peut donc, à l'égard d'un bien, être titulaire d'un droit de propriété, d'un autre droit réel ou être possesseur d'un bien⁶⁹. De plus, les biens peuvent, par ailleurs, en certains cas, faire l'objet d'une affectation en faveur de certaines personnes.⁷⁰ Le droit de propriété, malgré son absolutisme de principe, est réglé par les conditions d'exercice fixées par la loi⁷¹. Le livre deuxième du *Code civil du Québec* « De la famille » régit plusieurs situations d'affectation de biens au bénéfice de la famille⁷². C'est le cas des meubles⁷³ et de la résidence⁷⁴ à l'usage de la famille du propriétaire où le conjoint de droit acquiert des intérêts juridiquement protégés. C'est également le cas du patrimoine familial⁷⁵, constitué des résidences principale et secondaire de la famille ou des droits qui en confèrent l'usage, des meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage de la famille, des automobiles utilisées par celle-ci et, enfin, des droits dans les régimes de retraite accumulés pendant le mariage⁷⁶. En ces matières encore, l'affectation de tels biens à l'usage de la famille procède d'abord et avant tout de la volonté de leur propriétaire. En effet, un époux est libre d'acquérir ou non des meubles, des résidences, des automobiles, des régimes de retraite. Ni la loi, ni l'autre époux l'oblige ou ne peut l'obliger à ce faire. Il pourrait ainsi louer un appartement, meublé qui plus est, se déplacer au moyen des transports publics et placer ses économies de retraite dans des fonds d'investissements ordinaires.

L'affectation joue donc et par ailleurs dès qu'un époux emploie ses deniers pour l'acquisition des biens ci-dessus

69 C.c.Q., art. 911.

70 C.c.Q., art. 915.

71 C.c.Q., art. 947.

72 La famille au sens du *Code civil du Québec* est ce regroupement par le mariage de deux personnes de sexe opposé, avec ou sans enfant.

73 C.c.Q., art. 401.

74 C.c.Q., art. 403 à 405.

75 C.c.Q., art. 414.

76 C.c.Q., art. 415.

mentionnés. Si le choix de l'époux est déterminant dans le sort des biens affectés au bénéfice de la famille, cette volonté **à elle seule** ne suffit pas pour entraîner des effets juridiques. Une fois ces acquisitions faites, c'est bel et bien la loi qui met en place ce régime spécial de protection en faveur du conjoint.

Les intérêts juridiquement protégés quant aux biens servant à l'usage de la famille et quant à ceux composant le patrimoine familial reposent ainsi essentiellement sur la notion d'affectation. Le législateur met au service du bénéficiaire de l'affectation, soit le conjoint non propriétaire, les outils nécessaires à la protection de ses intérêts⁷⁷.

77 L'époux qui est propriétaire des meubles qui servent à l'usage du ménage ne peut, sans le consentement de son conjoint, les aliéner, les hypothéquer ni les transporter hors de la résidence familiale (C.c.Q., art. 401). À défaut d'obtenir tel consentement, l'époux défaillant est passible de dommages et intérêts (C.c.Q., art. 408), sans préjudice aux droits du conjoint non propriétaire de demander la nullité de l'acte, en certains cas (C.c.Q., art. 402). Également, l'époux propriétaire d'un immeuble qui sert, en tout ou en partie, de résidence familiale, ne pourra l'aliéner, la grever d'un droit réel ou louer la partie réservée à l'usage de la famille, selon qu'il s'agisse d'un immeuble de cinq logements ou moins, sans le consentement de son conjoint (C.c.Q., art. 404 et 405). À défaut, et si une déclaration de résidence familiale a été préalablement inscrite contre l'immeuble, le conjoint non propriétaire pourra, soit réclamer des dommages et intérêts contre son époux, soit demander la nullité de l'acte aux termes duquel la résidence principale a été aliénée, grevée d'un droit réel ou louée, s'il s'agit d'un immeuble de moins de cinq logements (C.c.Q., art. 404) ou, s'il s'agit d'un immeuble de cinq logements et plus, demander qu'on lui consente un bail des lieux déjà occupés à des fins d'habitation ou, si la partie réservée à l'usage de la famille a été louée, demander la nullité de l'acte de location (C.c.Q., art. 405); l'inscription d'une déclaration de résidence familiale ayant alors pour effet de rendre opposables aux tiers les droits du conjoint non propriétaire de la résidence familiale d'où la sanction qui pèse sur celui qui acquerrait des droits au préjudice de celui-ci. Quant aux biens composant le patrimoine familial des époux, chaque époux aura droit, en principe, advenant la séparation de corps, la dissolution ou la nullité du mariage, à la moitié de la valeur nette du patrimoine familial, déductions faite de certains apports (de leur plus-value ou leur moins value) ou leur remploi (C.c.Q., art. 416 et suiv.).

1.2.2 EN MATIÈRE DE MODALITÉS DE LA PROPRIÉTÉ

Les principales modalités de la propriété sont la propriété superficière et la copropriété divisée et indivise⁷⁸. L'affectation ne joue aucun rôle particulier pour ce qui a trait à la propriété superficière, c'est-à-dire celle d'un immeuble superposé à la propriété immobilière d'autrui. Il en est autrement pour la copropriété, laquelle connaît deux variantes, soit la copropriété indivise et la copropriété divisée⁷⁹. Ces deux types de copropriété ont comme dénominateur commun que plus d'un titulaire exercent ensemble et concurremment sur un même bien leur droit de propriété⁸⁰, pour l'une, en l'absence complète d'une division matérielle du bien, pour l'autre, par le truchement de telle division pour la partie privative de la fraction du copropriétaire⁸¹. Nous allons examiner comment l'affectation agit dans l'une et l'autre des formes de copropriété et quelle est sa portée juridique.

1.2.2.1 Relativement à la manifestation de certaines formes de copropriété indivise

Outre la division de la copropriété en divisée et indivise, la copropriété peut également être ordinaire ou forcée. L'indivision ordinaire est celle dont le maintien dure du consentement

78 D'autres modalités de la propriété sont envisageables, mais ne seront pas développées dans la présente étude. La propriété conditionnelle (C.c.Q., art. 1497 et suiv.), la propriété inaliénable (C.c.Q., art. 1212 et suiv.), etc. sont d'autres modalités de la propriété : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, T.1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1009 C.c.Q., p. 592; Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 46; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 201.

79 C.c.Q., art. 1010.

80 Il faut noter que, par définition, la copropriété divisée ne peut s'exercer que sur une pluralité d'objets connus comme étant une partie privative, tenue en pleine propriété, et une quote-part de parties communes, tenues en copropriété indivise entre les copropriétaires. (C.c.Q., art. 1010 al. 3). En définitive, il n'existe, dans la copropriété divisée, de copropriété qu'en ce qui concerne les parties communes; la copropriété ne s'exerce pas sur la partie privative en soi.

81 Il faut cependant retenir que l'indivision est maintenue à l'égard des parties communes faisant partie de telle fraction, cette indivision étant cependant restreinte à celles-ci (C.c.Q., art. 1046).

mutuel des copropriétaires, que le droit au partage ait été reporté pour un temps ou non⁸², ou que le bien ait été affecté à un but durable⁸³. L'indivision forcée, au sens strict, a lieu dans le cas de la mitoyenneté⁸⁴, des allées, des cours et jardins et des parties communes affectées au service des parties exclusives dans la copropriété divise.

Nous allons voir que le *Code civil du Québec* favorise l'organisation de **l'exercice du droit de propriété** dans le cadre de ces modalités de la propriété, notamment, au moyen de la technique de l'affectation. Par ce biais, les rapports entre copropriétaires peuvent être en effet tempérés. Voyons ce qui en est sur ce point dans l'indivision forcée, puis dans l'indivision ordinaire.

a) L'indivision forcée

L'indivision forcée, au sens strict, résulte de l'affectation d'un bien commun à l'utilité et au service d'un ou de plusieurs immeubles. L'indivision forcée exclut toute idée de partage de ce bien commun qui, s'il était autorisé, aurait alors pour effet de priver ces immeubles de l'utilité procurée par le bien commun. Nous allons voir, à travers les diverses situations d'indivision forcée, toute l'emprise qu'exerce l'affectation en ce domaine.

1. La mitoyenneté

La mitoyenneté est une modalité de la propriété⁸⁵. Quelles que soient les origines de la mitoyenneté⁸⁶, l'ouvrage séparatif mitoyen (clôture, haie, fossé, mur, passage, balcon,

82 C.c.Q., art. 1013.

83 C.c.Q., art.1030. Dans ce dernier cas, il est vrai toutefois que cette indivision s'apparente à l'indivision forcée.

84 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 194; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 331.

85 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 194.

86 C.c.Q., art. 1003 et 1004. Sur les règles de la détermination et de l'acquisition de la mitoyenneté, lire : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 332 à 342.

escalier, etc.⁸⁷) est affecté au bénéfice et au service des immeubles respectifs des propriétaires voisins, lesquels peuvent chacun en faire usage⁸⁸. L'ouvrage mitoyen est un accessoire indispensable de chacun des fonds qu'il délimite, clôture ou sépare. Il existe pour l'utilité des immeubles limitrophes qu'il divise et non pas pour l'utilité d'un ou de quelques-uns des propriétaires de ces immeubles. Partant, un seul d'entre eux ne peut en provoquer le partage. L'indivision est donc forcée et la mitoyenneté ne cessera qu'avec le consentement de tous les propriétaires⁸⁹, sauf en cas d'abandon⁹⁰. La mitoyenneté apparaît donc établie à des fins réelles indépendantes de la personne du titulaire du droit de propriété sur les immeubles visés.

Le rôle que joue l'affectation dans la mitoyenneté est de protéger les intérêts économiques des copropriétaires. La mitoyenneté vise à réaliser, à travers un ouvrage commun, une économie de main-d'œuvre, argent, espace et matériaux. L'affectation vient faire en sorte que la réalisation de ladite économie de moyens ne peut être compromise d'aucune manière par la volonté d'un seul des copropriétaires.

2. Les cours, allées, ruelles, jardins, etc.

On voit se développer dans l'aménagement du territoire québécois certaines formules de mise en commun de biens au bénéfice de plusieurs propriétaires. Ainsi, des propriétaires voisins acquièrent ensemble un chemin privé se rendant à une route publique ou achètent en commun un terrain sur lequel ils aménagent une aire récréative (tennis, piscine, terrain de pétanque, cour), une installation d'épuration d'eaux usées, un réseau de distribution d'eau, un puits, un potager, etc. À l'instar des ouvrages mitoyens, ces biens appartiennent à ces copropriétaires pour l'exploitation de leurs propriétés

87 *DeChamplain c. Santerre*, [1952] B.R. 8 (passage), *St-Laurent c. St-Laurent* [1998] R.D.I. 577 (C.A.), *Lefrançois c. Sheito*, J-E 97-379 (haies et arbres), Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 194.

88 C.c.Q., art. 1006 al. 2.

89 Les propriétaires détiennent l'ouvrage mitoyen en copropriété, l'article 1007 du *Code civil du Québec* souligne d'ailleurs cette modalité de leur propriété.

90 C.c.Q., art. 1006.

respectives. Or, le but de l'établissement des rapports entre ces copropriétaires est complémentaire à leur droit de propriété principal qui, par définition, est voué à la pérennité.

Partant, on ne pourra davantage demander le partage de ces biens, celui-ci étant rendu impossible du fait de leur affectation au bénéfice des propriétés respectives des indivisaires⁹¹. Cette situation d'indivision forcée tient au rapport des biens entre eux. Devenus, par choix, indispensables les uns aux autres, ils sont indissociables, sauf décision unanime à l'effet contraire. Encore ici, comme dans la mitoyenneté, le rôle que joue l'affectation est de protéger les intérêts économiques des propriétaires qui ont mis en commun temps, argent, espace et matériaux à la réalisation d'ouvrages profitant à chaque propriété.

3. Les parties communes dans la copropriété divise

Une autre situation d'indivision forcée, justifiée par la relation de certains biens entre eux, est celle des parties communes dans la copropriété divise, chaque propriétaire d'une partie privative détenant une quote-part indivise des parties communes⁹². La loi affecte les parties communes au service et à l'usage commun de tous les copropriétaires⁹³ quoique certaines de ces parties puissent ne servir qu'à l'usage de certains copropriétaires ou d'un seul⁹⁴. C'est la déclaration de copropriété, dans son acte constitutif, qui définit l'affectation des parties communes⁹⁵. Les parties communes dans la copropriété divise sont affectées à l'usage plus ou moins commun des parties privatives et sont vouées à la même pérennité que le droit de propriété dans les parties privatives elles-mêmes. C'est d'ailleurs pour cette raison que la quote-part des parties communes afférentes à une partie privative ne peut faire l'objet séparément de cette partie privative d'une action en partage⁹⁶.

91 Ainsi, l'un des copropriétaires ne saurait, par l'action en partage et l'adjudication qui en découlerait, devenir le seul propriétaire de ces aménagements communs ou les faire vendre au tiers plus offrant.

92 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1030, p. 605.

93 C.c.Q., art. 1043 al. 1.

94 C.c.Q., art. 1043.

95 C.c.Q., art. 1053.

96 C.c.Q., art. 1048.

Le rôle que joue l'affectation dans les parties communes de la copropriété divise est de fournir à une pluralité de propriétés exclusives et individuelles une même infrastructure pour faciliter et favoriser l'exploitation et le développement de ces dernières pour la viabilité de l'ensemble immobilier⁹⁷.

b) L'indivision ordinaire

L'article 1016 du *Code civil du Québec* laisse à entendre qu'un bien détenu en indivision peut être affecté à une destination particulière. L'option est donc offerte aux indivisaires de déterminer, parmi toutes les utilités qui peuvent être tirées d'un bien, laquelle ou lesquelles sont réservées dans l'exercice de leur droit de propriété. Cette option s'exerce à travers l'aspect juridique du *jus utendi* des indivisaires. Les indivisaires ne pourront porter atteinte à cette destination ou à ce but dans l'usage effectif du bien en question⁹⁸. Les motivations des copropriétaires dans le choix de cette destination donnée au bien détenu en indivision peuvent relever de deux ordres, soit la satisfaction de leurs besoins individuels et collectifs propres, soit le choix et le maintien d'une direction qu'ils veulent imprimer à ce bien indépendamment de leurs intérêts personnels. Dans le premier cas, il s'agira de l'affectation à des fins personnelles, dans l'autre de l'affectation à un but durable⁹⁹.

1. L'affectation à des fins personnelles

En matière de copropriété indivise, chacun des indivisaires a, relativement à sa quote-part, les droits d'un propriétaire exclusif¹⁰⁰ et peut faire l'usage qu'il entend du bien à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des autres¹⁰¹. Certains usages faits par certains indivisaires pourraient cependant gêner les autres. Ainsi, dans le but d'harmoniser

97 François FRENETTE, « La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès du Barreau du Québec*, Montréal, 1998, p. 71, à la p. 87.

98 C.c.Q., art. 1016.

99 C.c.Q., art. 1030.

100 C.c.Q., art. 1015.

101 C.c.Q., art. 1016.

les usages faits dans un immeuble tenu en indivision, les indivisaires pourront imposer des usages déterminés et affecter, à l'unanimité¹⁰², l'immeuble à une destination spéciale, qu'elle soit résidentielle, professionnelle, commerciale, industrielle et même, à l'intérieur de ces grandes catégories, limiter l'exercice du droit de propriété des indivisaires dans l'immeuble à des usages plus restreints ou exclusifs, telles des fins médicales ou paramédicales, aux entreprises de services, aux commerces de détail seulement, etc. ou exclure spécialement certains usages tels les débits de boissons, salles de spectacle, etc.¹⁰³. Pour être opposable aux tiers, la convention portant affectation devra être publiée¹⁰⁴. Si toutefois, la convention d'indivision d'un immeuble n'a pas été publiée, l'acquéreur éventuel des droits d'un indivisaire n'est pas lié par les restrictions se rapportant à l'affectation du bien à une destination particulière, à moins qu'il n'ait assumé la convention d'indivision¹⁰⁵.

Les vertus de l'affectation dans la copropriété indivise ordinaire sont grandes. Lorsqu'elle est faite à des fins personnelles, l'affectation joue un rôle régulateur des rapports quotidiens dans l'exercice du droit d'usage des indivisaires.

2. L'affectation à un but durable

Il est un principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision¹⁰⁶. En conséquence un indivisaire peut demander le partage du bien indivis, ce qui peut conduire en cas de désaccord entre les indivisaires à la vente à l'enchère, à l'adjudication du bien et au partage du prix d'adjudication du bien, entre les indivisaires, selon leur part¹⁰⁷, à moins que les autres

102 C.c.Q., art. 1026 al. 2.

103 Si un indivisaire fait défaut de respecter la destination de l'immeuble établie conventionnellement, l'injonction ou le recours en dommages et intérêts est offert aux autres indivisaires pour faire respecter leurs droits et réparer le préjudice causé par la faute de l'indivisaire défaillant (C.c.Q., 1590).

104 C.c.Q., art. 1014.

105 Pour la situation du locataire d'une partie du bien indivis, lire : Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 151 et 152.

106 C.c.Q., art. 1030, sous réserve de la discrétion accordée au tribunal de surseoir à un partage immédiat, pour une période d'au plus deux ans, pour éviter une perte. (C.c.Q., art. 1032).

107 C.c.Q., art. 1037, 838, 862 et 863; C.p.c. art. 810 et 897 et suiv.

indivisaires ne désintéressent l'indivisaire insatisfait par une attribution éliminatoire¹⁰⁸. Les indivisaires peuvent toutefois conventionnellement reporter le droit de provoquer le partage du bien pour une période n'excédant pas trente ans¹⁰⁹, et ce, sans autre motif que leur bon plaisir. Mais il y a plus. L'indivision à l'égard d'un bien peut être maintenue pendant une période indéfinie si le partage a été rendu impossible du fait de l'affectation de ce bien à un but durable¹¹⁰.

Cette affectation à un but durable ne signifie pas que l'indivision sera perpétuelle, mais simplement qu'elle aura vocation à durer longtemps¹¹¹. Mais, un but est-il durable parce que les indivisaires l'entendent ainsi ? M^e Lucie Laflamme, dans une brillante étude sur le partage, signalait¹¹² :

« Pour déterminer si l'affectation est véritablement à but durable, il faut évaluer l'impact du partage sur le but poursuivi par les indivisaires. Si le but poursuivi par les indivisaires pour l'usage de leur bien risque d'être compromis par une demande en partage, l'affectation est à but durable. Une fois le partage mis en œuvre, le bien ne serait plus apte à remplir la mission que lui ont donnée les indivisaires. Cette interprétation s'explique par ailleurs par le texte de l'article 1030 *in fine* C.c.Q. : le partage a « été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable ». Ainsi, à l'article 1030 C.c.Q., le Législateur reconnaît que le but que poursuivent les indivisaires peut l'emporter, en termes d'importance, sur le droit de provoquer le partage. »

Il convient ici de faire certaines nuances sur la force que peut avoir l'affectation selon les intérêts visés à l'occasion d'une affectation à un but. Nous avons vu précédemment que la copropriété des ouvrages mitoyens, des allées, des cours et jardins ainsi que des parties communes dans la copropriété divise entraînaient une indivision forcée à l'égard de ces biens,

108 C.c.Q., art. 1033.

109 C.c.Q., art. 1013 et 1030, avec possibilité de renouvellement à l'expiration de ce terme.

110 C.c.Q., art. 1030. On pourrait alors parler d'indivision indéfinie à l'instar de l'indivision ordinaire sans qu'il ne s'agisse pour autant d'indivision forcée, comme nous l'avons vu précédemment.

111 Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 159.

112 *Id.*

vu le lien intime établi entre les biens auxquels ils sont affectés¹¹³. C'est l'affectation à des fins réelles. Dans ces situations, c'est le rapport d'accessoire à principal résultant de l'affectation qui conduit au maintien de l'indivision. Nous avons également examiné la situation des affectations personnelles faites pour la satisfaction des préoccupations individuelles et collectives des indivisaires qui peuvent même motiver les indivisaires à reporter le droit de chacun d'eux d'exiger le partage du bien indivis. M^e Laflamme, soulignait ainsi le rôle de la clause reportant le droit de provoquer le partage¹¹⁴ :

« Le rôle principal assigné à la clause reportant le droit de provoquer le partage est celui d'assurer la durabilité de l'indivision. La clause qui reporte le partage permet aux indivisaires de profiter pleinement du bien sans que l'épée de Damoclès représentée par le droit de provoquer le partage vienne troubler leurs initiatives. En s'assurant ainsi de la stabilité et de la durabilité de l'indivision, les indivisaires s'efforceront, entre autres, de conserver et d'améliorer le bien; ce que la perspective d'un partage rendait incertain. (...) Le report du droit de provoquer le partage qui assure la stabilité de l'indivision facilite, en outre, le financement des indivisaires. »

Dans les affectations à des fins personnelles, c'est la menace aux intérêts personnels qui justifie le report conventionnel du partage.

Mais, l'impossibilité du partage résultant de l'affectation à un but durable peut-il avoir lieu lorsque tel but est fixé dans l'intérêt de personnes, par l'affectation à des fins personnelles ? Le maintien indéfini de l'indivision sur un bien indivis par son affectation à un but durable ne peut-il avoir lieu plutôt que lorsque l'affectation n'est justifiée qu'à des fins réelles,

113 Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 160. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, « Les Biens », coll. Thémis/droit privé, 15^e éd., Paris, P.U.F., 1992 n^o 80, p. 155; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, « Biens, droit de propriété et ses démembrements », 8^e éd. Par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, n^o 1315, p. 48; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : Les Biens*, 3^e éd. Par Pierre JOURDAIN, Paris, Dalloz, 1995, p. 290.

114 Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 141.

en regard soit avec le bien lui-même, soit avec le rapport d'accessoire établi par rapport à d'autres biens ? Les commentaires du ministre de la Justice énoncent que l'article 1030 du *Code civil du Québec* vise le cas de la mitoyenneté ou d'un réseau de distribution d'eau¹¹⁵. C'est l'illustration des hypothèses que nous avons vues plus haut. À notre avis, ces commentaires circonscrivent la portée de l'article de loi lui-même. Nous croyons que le maintien de l'indivision du fait de l'affectation à un but durable ne peut être justifié que lorsque ce but vise l'utilité du bien en soi ou par rapport à d'autres biens, indépendamment des personnes. Ainsi, nous croyons que des copropriétaires ne peuvent affecter un bien à un but durable pour leur propre protection personnelle qui viserait à en rendre impossible le partage¹¹⁶.

Dans l'affectation à but durable, ce n'est pas la durabilité de l'indivision qui est visée dans l'intérêt personnel des indivisaires, mais en regard de et pour le bien lui-même. Dans l'affectation à but durable, les intérêts personnels des indivisaires sont mis de côté pour mettre en valeur le bien lui-même. Des indivisaires pourront donc affecter un bien à un

115 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 1030 C.c.Q., p. 605.

116 En cela nous allons plus loin que Me Lucie Laflamme qui, dans son ouvrage précité, à la page 163, soutenait : « Pour opérer un report valable du partage, l'affectation devrait avoir une cause supérieure à celle de la seule autosatisfaction des intérêts personnels de chacun des indivisaires pris individuellement. Pour vérifier la qualité, l'intensité du but poursuivi par les indivisaires, il suffit de reprendre le test de l'évaluation de l'impact que produirait la mise en œuvre d'un partage en nature sur le but poursuivi par les indivisaires. Si le partage compromettrait ce but, il existerait bel et bien affectation à un but durable. Tel serait le cas, par exemple, du partage d'un minuscule studio affecté à l'habitation. Le morcellement qu'opérerait un partage en l'espèce compromettrait gravement cette destination à l'habitation. Cette assertion vaut également pour l'affectation d'une maison tenue en indivision à la résidence d'une famille, et ce que les conjoints soient mariés ou non. Si le partage intervenait et qu'à la suite de celui-ci il était impossible de loger la famille, l'affectation serait à but durable. » Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 163. Les exemples donnés nous ramènent inéluctablement à des buts personnels des indivisaires. Le partage pouvant aussi conduire à la vente à l'enchère du bien indivis (et non inmanquablement à son morcellement) permettra, dans ces exemples, de monnayer les droits respectifs des indivisaires qui transporteront ailleurs leurs intérêts individuels.

but durable, et en conséquence en rendre impossible le partage¹¹⁷, lorsqu'il s'agira d'assurer la conservation de sa valeur patrimoniale, culturelle, écologique, etc.¹¹⁸.

Nous croyons que le but durable se conçoit non pas comme **le but poursuivi par les indivisaires personnellement**, mais comme **le but ou la direction ou la mission donnée au bien** par l'affectation. C'est ainsi que, dans l'affectation d'un bien indivis à but durable, l'affectation joue encore un rôle indéniable pour la conservation ou la mise en valeur du bien.

1.2.2 Relativement à la copropriété divise

Nous avons vu précédemment que les parties communes dans la copropriété divise jouissent de la protection de leur affectation aux parties privatives pour échapper à toute demande de partage, étant ainsi en situation d'espèce d'indivision forcée. L'affectation tient également un autre rôle dans la copropriété divise.

Nous savons que la copropriété divise est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien et sur lequel le droit de propriété se répartit entre elles par fraction comprenant chacune une partie privative, matériellement divisée, et une quote-part des parties communes¹¹⁹. La copropriété divise d'un immeuble s'établit au moyen d'une déclaration de copropriété qui doit définir la destination de l'immeuble, des parties privatives et des parties communes¹²⁰. Dans la copropriété divise, trois ordres d'affectation sont prévus par la loi et visent conséquemment trois réalités spécifiques. La détermination de ces destinations dans l'acte constitutif est l'expression des choix parmi toutes les utilités qui peuvent être tirées de ces biens; ce sont des actes d'affectation. Sans cette réserve quant à l'affectation de

117 Il ne s'agit néanmoins pas d'indivision forcée au sens strict du terme puisque l'affectation n'est pas alors faite au profit d'autres biens appartenant aux indivisaires; il s'agit d'indivision ordinaire à but durable.

118 Dans le même sens, pour un parc naturel ou un lieu historique : Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 164.

119 C.c.Q., art. 1010.

120 C.c.Q., art. 1053.

l'immeuble tenu en copropriété divise, de ses parties privatives et de ses parties communes, ses copropriétaires pourraient en user librement et complètement¹²¹, dans les limites de la loi.

La destination de l'**immeuble**, pris dans sa globalité, est son assujettissement à un usage déterminé (exclusif ou non) : destination résidentielle, commerciale, industrielle, mixte, destination particulière (exclusive ou non) pour une partie de l'immeuble, etc. La destination des **parties exclusives** est l'assujettissement, à l'intérieur de la catégorie définie pour la destination de tout l'immeuble, de la sous-catégorie à laquelle les parties exclusives peuvent appartenir. La destination de l'immeuble en soi et la destination de ses parties exclusives se distinguent et se ressemblent, tout à la fois. L'affectation de l'un est plus générale, l'autre plus spécifique, l'une s'imbriquant dans l'autre¹²². Un expert en la matière signalait :

« ...la différence entre la destination de l'immeuble et la destination des parties privatives est de la nature de celle qui existe entre le genre et l'espèce. Pareille différence est indéniable, mais n'exclut pas le fait d'une relation entre l'une ou l'autre destination. Ainsi, l'immeuble affecté dans son ensemble à (...) des activités de commerce comptera (...) des parties privatives réservées au commerce avec précision afférente quant à l'entreprise (services professionnels, services financiers, boutiques de tout genre ou non). »¹²³

121 C.c.Q., art. 947.

122 Elles sont par ailleurs gouvernées par des règles de modification différentes. Ainsi, sont prises à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant 90 % des voix de tous les copropriétaires, les décisions qui changent la destination de l'immeuble (art. 1098 (1°), C.c.Q.). Néanmoins, la stipulation d'une déclaration de copropriété faite avant le 1^{er} janvier 1994 qui pose la règle de l'unanimité pour les décisions visant à changer la destination de l'immeuble est toutefois maintenue (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 53, al. 2). Les décisions concernant la modification à la destination des parties exclusives ou des parties communes seront prises à la majorité des copropriétaires représentant les trois quarts des voix de tous les copropriétaires. (art. 1097 (4°), C.c.Q.).

123 François FRENETTE, « La copropriété divise et le rôle ambivalent de la déclaration », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès du Barreau du Québec*, Montréal, 1998, p. 71, à la p. 75.

Nous avons défini l'affectation comme étant l'acte par lequel le propriétaire assigne à son bien un usage déterminé, par choix, dont découle en conséquence une restriction parmi les autres utilités qui peuvent être tirées du bien¹²⁴. Plus le champ de l'affectation de l'immeuble aura été rétréci dans l'acte constitutif, plus l'orbe de l'affectation de ses parties privatives sera réduit. Ainsi, si l'immeuble tenu en copropriété divise a été affecté **exclusivement** à des fins d'habitation, ses parties privatives ne pourront être affectées dans l'acte constitutif ou ailleurs à d'autres fins, même utiles, voire compatibles avec l'occupation résidentielle. Ce choix exclusif parmi toutes les utilités du bien exclut, en l'occurrence, expressément toute autre utilisation. Ainsi, un notaire ne pourrait tenir son étude dans cet immeuble, une garderie¹²⁵ ne pourrait y être tenue, un dépanneur, un atelier de couture¹²⁶ ne sauraient y être ouverts, sans une modification à l'acte constitutif de la déclaration de copropriété prise à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant quatre-vingt-dix pour cent des voix de tous les copropriétaires.¹²⁷ À l'opposé, si l'immeuble tenu en copropriété divise est affecté **simplemment** à des fins résidentielles, ses parties privatives pourraient être affectées, dans l'acte constitutif ou par une modification à l'acte constitutif, à des fins non incompatibles avec l'affectation résidentielle générale de l'immeuble; l'exercice d'une profession pouvant alors coexister avec celle-ci, les services d'un dépanneur et d'une garderie également. Il va de soi qu'une activité qui relèverait plus de l'activité commerciale ne pourrait être introduite dans une copropriété divise à destination résidentielle (même non exclusive), car les fins commerciales dépassent les fins résidentielles.

De la même manière, lorsqu'un immeuble a été affecté exclusivement à des fins commerciales, ne saurait y être admis un usage professionnel ou résidentiel. En revanche, si l'immeuble n'est pas affecté exclusivement à telle fin, ses

124 Voir supra, paragr. 1.1.

125 *Bergeron c. Martine et al.*, [1997] R.D.I. 241 (C.S.).

126 *Fournier c. Lesiège*, [1986] R.D.I. 789 (C.S.).

127 C.c.Q., art. 1098.

parties privatives pourraient être affectées à des fins non incompatibles avec l'affectation commerciale générale de l'immeuble. Toutefois et dans le même ordre d'idées, une activité qui ne relèverait pas de l'activité industrielle ne pourrait être autorisée dans une copropriété divisée à destination commerciale (même non exclusive), l'une n'étant pas du même genre que l'autre.

L'affectation **des parties communes** quant à elle mérite également quelques commentaires. Si l'affectation de l'immeuble et l'affectation des parties privatives règlent les usages déterminés auxquels le bien est assujéti, l'affectation des parties communes vise un autre aspect de la réglementation des droits des copropriétaires. S'agissant des parties communes, les copropriétaires sont des indivisaires à leur égard, comme nous l'avons vu précédemment. L'affectation des parties communes est d'abord de servir d'accessoires à toutes ou quelques-unes des parties privatives en vue de leur exploitation. Certaines parties communes peuvent en effet être affectées au bénéfice de certaines parties privatives seulement. Ainsi en est-il souvent des balcons, ascenseurs, allées, etc. C'est par un acte d'affectation que l'usage des parties communes sera distribué ou établi.

Dans la copropriété divisée, un choix est donc d'abord fait par le ou les propriétaires de l'ensemble immobilier concerné **au moment de l'établissement de la copropriété divisée**, sur cet immeuble, c'est-à-dire **lors de la publication de la déclaration** en vertu de laquelle la propriété de l'immeuble est divisée en fractions¹²⁸. Un choix libre et décisif est fait parmi toutes les utilités possibles de l'immeuble qui y est assujéti ainsi que pour ses parties communes et de ses parties privatives. Ce choix s'insère dans le *jus utendi*, dans son aspect juridique, du propriétaire qui, souvent, est le promoteur du projet¹²⁹. Les copropriétaires verront ensuite leur droit à l'usage de leur fraction limité par cette destination originairement imprimée au

128 C.c.Q., art. 1038.

129 Dans l'hypothèse de la conversion en copropriété divisée d'un immeuble tenu en indivision par plusieurs propriétaires, ce sont eux qui détiennent et exercent alors, lors de la conversion, ce choix.

bien par le propriétaire ou subséquemment modifiée par les copropriétaires eux-mêmes¹³⁰ selon les règles applicables¹³¹.

Un courant de pensée¹³² laisse à entendre que la destination de l'immeuble peut être définie en dehors de la déclaration de copropriété, notamment en fonction d'un élément subjectif qui devrait tenir compte de l'ensemble des conditions qui ont motivé un acheteur à acquérir une fraction ainsi qu'en fonction d'un élément collectif représentant la sauvegarde de l'intérêt général des copropriétaires.

« Ces critères extrinsèques se traduisent par la qualité de la construction et des matériaux employés, par l'harmonie de l'ensemble immobilier, par les aménagements intérieurs et extérieurs, par l'environnement particulier ou la situation de l'immeuble, par exemple, dans un quartier luxueux ou populaire ou encore à proximité d'un cours d'eau ou d'une autoroute¹³³ »

130 En effet, l'exercice du *jus utendi*, dans son aspect juridique, passe aux mains des copropriétaires, au fur et à mesure que le promoteur aliène les fractions de l'immeuble (C.c.Q., art. 947).

131 Ainsi, sont prises à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant 90 % des voix de tous les copropriétaires, les décisions qui changent la destination de l'immeuble (art. 1098 (1°), C.c.Q.). Néanmoins, la stipulation d'une déclaration de copropriété faite avant le 1^{er} janvier 1994 qui pose la règle de l'unanimité pour les décisions visant à changer la destination de l'immeuble est toutefois maintenue (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 53 al. 2). Les décisions concernant la modification à la destination des parties exclusives ou des parties communes seront prises à la majorité des copropriétaires représentant les trois quarts des voix de tous les copropriétaires. (art. 1097 (4°), C.c.Q.).

132 Pierre BEAUDOIN et Benoît MORIN, « La copropriété des immeubles au Québec », (1970) 30 R. du B.4, 15-16, n^{os} 19-20; Serge BINETTE, « La notion de destination et le régime de l'article 442 f du *Code civil* en matière de copropriété divise », (1990) 2 C.P. du N. 67, 77-78, n^{os} 6-10; Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 113, n^{os} 151-152; Francine VALLÉE-OUELLET, « Les droits et obligations des copropriétaires », (1978) 24 R.D. McGill 196, 216; Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble » (2000) 1 C.P. du N., 79, 98 et suiv.

133 Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble » (2000) 1 C.P. du N., p. 79, 99.

Puis encore, on énonce « ... que la notion de destination de l'immeuble est un concept dynamique, qui évolue avec le temps, l'immeuble lui-même et la situation de ses occupants¹³⁴ ».

Avec d'autres¹³⁵, nous ne pouvons pas adhérer à ces préoccupations à la fois individuelles et communautaires, subjectives et évolutives, qui voudraient intervenir pour définir la destination de l'immeuble tenu en copropriété divise, tel qu'entendu au Code. Cette théorie ne se concilie pas avec la conception même de l'exercice de l'un des attributs de la propriété soit, le *jus utendi* dans son aspect juridique, dans la modalité de la propriété qu'est la copropriété divise.

La destination de l'immeuble est définie dans l'acte constitutif de copropriété par le propriétaire lors de l'assujettissement de l'immeuble à la copropriété divise¹³⁶. Par la suite, au fur et à mesure que ce propriétaire transfère son droit de propriété dans les fractions de l'immeuble, l'exercice du *jus utendi* passe aux mains des copropriétaires¹³⁷. Ce principe n'est pas différent lorsque des indivisaires convertissent leur immeuble en copropriété divise, c'est la volonté d'origine de ces copropriétaires qui fixe la destination de l'immeuble¹³⁸. Seule la volonté subséquentement exprimée par les copropriétaires, conformément à la loi, pourra modifier cette affectation. Accepter une évolution subjective de la destination dans la vie d'un immeuble tenu en copropriété divise, c'est rejeter que la modification de cette destination ne relève que des seuls copropriétaires selon des règles spéciales que pose pourtant

134 *Id.*

135 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 587 à 588 : « Pareilles définitions peuvent semer méprise et confusion. La destination d'un immeuble ne peut certainement pas être tributaire des considérations personnelles d'un acheteur qui l'ont incité à devenir copropriétaire (...). Qui plus est, la rédaction de la déclaration intervient antérieurement à tout acte d'acquisition des unités et ne peut donc subodorer les motivations des éventuels acheteurs ».

136 C.c.Q., art. 1053.

137 C.c.Q., art. 947.

138 Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble » (2000) 1 *C.P. du N.*, p. 79, 99.

le *Code civil du Québec*¹³⁹. Mais, évidemment, lorsque les copropriétaires modifieront subséquemment cette destination, ils pourront alors et à ce moment, prendre en considération tous les critères qu'ils entendront, subjectifs comme objectifs.

1.2.3 EN MATIÈRE DE DÉMEMBREMENTS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Dans les hypothèses d'affectation que nous venons d'examiner pour la propriété pure et simple et pour certaines modalités de la propriété, nous avons mis en évidence que le siège de l'affectation est le *jus utendi*, soit le droit d'utiliser et de se servir d'un bien. C'est plus précisément le *jus utendi* dans son aspect juridique qui est concerné en ce qu'il vise un choix parmi tous les usages possibles à la disposition du propriétaire d'un bien, les effets de ce choix se répercutant dans le mode effectif d'exercice du droit d'usage.

Le propriétaire d'un bien peut donc, dans l'exercice de son *jus utendi* dans son aspect juridique, régler les actes d'usage autorisés pour ce bien. C'est là que se réalise l'affectation du bien. Cette affectation pourra perdurer au-delà de la propriété pure et simple, lorsque certains actes d'usage ne seront pas posés par le propriétaire lui-même, mais par le titulaire d'un démembrement du droit de propriété sur ce bien.

Le *Code civil du Québec* envisage plus d'une fois l'affectation en matière de démembrements de propriété¹⁴⁰. Dans les démembrements du droit de propriété, le faisceau des prérogatives de droit de propriété est éclaté, tous les attributs du

139 Ainsi, sont prises à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant 90 % des voix de tous les copropriétaires, les décisions qui changent la destination de l'immeuble (art. 1098 (1^o), C.c.Q.). Néanmoins, la stipulation d'une déclaration de copropriété faite avant le 1^{er} janvier 1994 qui pose la règle de l'unanimité pour les décisions visant à changer la destination de l'immeuble est toutefois maintenue (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q., 1992, c. 57, art. 53 al. 2). Les décisions concernant la modification à la destination des parties exclusives ou des parties communes seront prises à la majorité des copropriétaires représentant les trois quarts des voix de tous les copropriétaires. (art. 1097 (4), C.c.Q.).

140 C.c.Q., art. 1119 et suivants, pour les démembrements nommés de la propriété.

droit de propriété n'étant pas détenus par le même titulaire¹⁴¹. Les démembrements de la propriété supposent un domaine supérieur. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements nommés du droit de propriété envisagés au Code¹⁴². Ces démembrements ont trait aux utilités de jouissance rattachées au bien lui-même. L'hypothèque est également un démembrement du droit de propriété¹⁴³, mais qui a trait à l'utilité économique du bien. Nous examinerons successivement la place de l'affectation dans chacun de ces démembrements de la propriété.

1.2.3.1 Dans l'usufruit et l'usage

L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même¹⁴⁴. Cette dernière expression est la marque de l'affectation en matière d'usufruit. En effet, « comme le propriétaire lui-même » ne signifie pas avec les mêmes pouvoirs, mais bien comme le faisait le propriétaire, en respectant le même usage que celui-ci en faisait. En matière d'usufruit, l'affectation donnée au bien par son propriétaire doit donc, **en principe**, être respectée par l'usufruitier. Ainsi, l'immeuble soumis à l'usufruit qui est affecté à l'exploitation agricole ne pourrait être transformé en carrière ou sablière ou en plantation d'arbres ou laissé en friche par l'usufruitier, etc.¹⁴⁵. Une exception particulière est toutefois prévue au Code permettant un

141 Alex WEILL, *Droit civil – Les Biens*, t. II, Paris, Dalloz, 1970, p.272, Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, Paris, P.U.F., 1969, p.97.

142 C.c.Q., art. 1119. Il existe des démembrements innommés de la propriété. : François FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose » dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 669 à la page 678; John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) I.R.I. C.C. 33, 37; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 299; Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 46; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 736.

143 François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.*, 803, 811.

144 C.c.Q., art. 1120. François FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose » dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 669, à la p. 671.

145 Signalons que le nu-propriétaire pourrait autoriser spécialement l'usufruitier à changer l'affectation du bien soumis à l'usufruit.

changement d'affectation par l'usufruitier, sans que l'acte constitutif ne le prévoie spécialement. En effet, l'usufruitier pourra commencer une exploitation agricole ou sylvicole, si le fonds soumis à l'usufruit s'y prête¹⁴⁶. En matière d'usufruit, le maintien de l'affectation du bien est donc la règle, le changement l'exception. Le respect de cette affectation permettra le retour du bien au nu-propiétaire, sans altération sensible de substance. En effet, nous savons que l'usufruitier fait siens les fruits et revenus du bien¹⁴⁷, le capital du bien soumis à l'usufruit étant, quant à lui, destiné à retourner au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit. Ainsi, étant du capital¹⁴⁸, les minéraux d'un fonds sujet à l'usufruit ne peuvent être extraits du fonds soumis à l'usufruit, sauf pour les réparations et l'entretien de ce fonds. Cependant, à titre exceptionnel, si l'affectation du fonds était déjà au début de l'usufruit une source de revenus, quoiqu'il puisse s'agir d'empiétement de capital, l'usufruitier pourra en continuer l'extraction de la même manière qu'elle a commencé¹⁴⁹. Encore ici, l'affectation encadrera l'exploitation minière en ce qu'elle règlera l'ampleur de l'extraction.

À son terme, l'usufruit rejoint la nue-propiété du bien entre les mains de son propriétaire. C'est le respect de l'affectation qui assure le retour du bien dans **son état et valeur d'origine**. À défaut de respecter cette affectation et en cas de contravention aux actes de jouissance autorisés, l'usufruitier pourra être déchu de son droit pour abus de jouissance et condamné à indemniser le nu-propiétaire du dommage qui résulterait pour ce dernier¹⁵⁰. Le respect de cette affectation est donc fait dans le but de protection du bien soumis à l'usufruit.

Pour le droit d'usage, qui est le droit temporaire de se servir d'un bien et d'en percevoir les fruits et revenus jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et des personnes qui habitent avec lui ou qui sont à sa charge¹⁵¹, la même règle du

146 C.c.Q., art. 1140. Avant de commencer une exploitation sylvicole, l'usufruitier devra faire approuver son plan d'exploitation par le nu-propiétaire et à défaut d'obtenir cette approbation, l'usufruitier pourra faire approuver ce plan par le tribunal.

147 C.c.Q., art. 1126 et 1120.

148 C.c.Q., art. 908, 909 et 910.

149 C.c.Q., art. 1141 al. 2.

150 C.c.Q., art. 1168.

151 C.c.Q., art. 1172.

respect de l'affectation donnée par le propriétaire à son bien trouve application. Cette affectation a un champ d'action plus limité soit la satisfaction des besoins personnels de l'usager¹⁵². La fonction jouée par l'affectation dans l'usage est encore ici le même rôle protecteur.

1.2.3.2 Dans la servitude

Le *Code civil du Québec* définit la servitude comme une charge imposée à un **immeuble en faveur d'un autre immeuble** obligeant le propriétaire du premier immeuble à supporter certains actes d'usage par le propriétaire de l'autre ou à s'abstenir d'exercer certains droits inhérents à la propriété¹⁵³. Par définition, lors de l'établissement d'une servitude, le propriétaire d'un immeuble choisit d'affecter son immeuble au service et à l'utilité d'un autre immeuble. Tous les services sont envisageables en la matière pourvu qu'ils soient à l'avantage d'un immeuble.

Il faut donc comprendre et conclure que si l'affectation visée dans une « servitude » est un service en faveur d'une personne ou d'une entreprise exploitée sur un immeuble, il ne peut y avoir servitude au sens propre et exact du terme. Il est inefficace de tenter de constituer en servitudes des avantages qui ne profitent pas à l'immeuble lui-même. La définition de la servitude au *Code civil du Québec* ne permet pas pareille extension¹⁵⁴. Cette définition **réserve** l'expression pour le service d'un immeuble à un autre, dans certaines utilités. L'affectation à des fins réelles est le fondement des droits de servitude. La servitude dite « personnelle » n'est donc pas une servitude au sens où l'entend le législateur dans le *Code civil du Québec*¹⁵⁵. Elle est autre chose qui pourrait néanmoins,

152 C.c.Q., art. 1176, 1120.

153 C.c.Q., art. 1177. Pour la servitude par destination du propriétaire, ce rapport d'un immeuble à un autre est également certain. (C.c.Q., art. 1183).

154 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 848. L'auteur souligne, à juste titre, que le *Code civil du Québec* a fait disparaître la fausse différence du *Code civil du Bas Canada* entre la servitude « réelle » et la « servitude personnelle ». Il nous apparaît que toute la doctrine et la jurisprudence sur les « servitudes personnelles » sont révolues.

155 *Contra* : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 339 et suiv.

dans certains cas, être classée parmi les démembrements, soit nommés soit innommés de la propriété¹⁵⁶. Ainsi, les « servitudes » dont l'avantage consiste en une maximisation de l'exploitation ou du rendement d'un bâtiment sur un fonds, qui bénéficiera en conséquence d'une plus-value, servent le bénéfice de l'entreprise exploitée sur le fonds plutôt que le fonds lui-même. C'est le cas des droits restreignant certains usages se rapportant, par exemple, à la non-concurrence. Ces droits ne peuvent être gouvernés par le régime juridique des servitudes.

Le choix du propriétaire, lors de la **constitution** d'une servitude, relève du *jus utendi* dans son aspect juridique. Dans l'**exercice** de la servitude, l'affectation d'un immeuble au service d'un autre immeuble aura pour conséquence, comme le précise le deuxième alinéa de l'article 1177 du *Code civil du Québec*, soit un partage du *jus utendi* dans son aspect matériel, soit une privation partielle par le propriétaire du fonds servant, le propriétaire du fonds servant pouvant continuer à avoir l'usage de son immeuble avec le propriétaire du fonds dominant, sauf renonciation¹⁵⁷.

1.2.3.3 Dans l'emphytéose

L'emphytéose est le droit qu'a une personne, pendant un certain temps, d'utiliser pleinement un immeuble appartenant à autrui, d'en tirer tous ses avantages, à la condition de ne pas en compromettre l'existence et à charge d'y faire des constructions, ouvrages ou plantations qui augmentent sa valeur d'une façon durable¹⁵⁸. Le motif et la finalité de la création de l'emphytéose par le propriétaire est l'amélioration de son immeuble. Lors de la constitution de l'emphytéose, le propriétaire affecte son immeuble à recevoir des constructions, ouvrages ou plantations. Cette affectation fait partie de l'essence même de l'emphytéose. L'emphytéote est tenu à ces améliorations, et il n'y a pas d'emphytéose sans améliorations.

156 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 848. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 267 et suiv.

157 Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 836.

158 C.c.Q., art. 1195.

Par ailleurs, et une fois cette affectation faite par le propriétaire, l'emphytéote jouit des droits attachés à la qualité de propriétaire, pendant la durée de l'emphytéose¹⁵⁹. Partant, dans l'emphytéose, le *jus utendi* dans son aspect matériel et le *jus utendi* dans son aspect juridique profitent à l'emphytéote, ce qui est exceptionnel.

Ainsi, dans le cadre défini de l'obligation d'amélioration imposée par le propriétaire, l'emphytéote peut décider de l'emploi et de l'utilisation qu'il fera de l'immeuble et des constructions, ouvrages ou plantations, librement et complètement sous réserve des limites et conditions fixées par la loi. Cette plénitude de droits peut cependant être menaçante pour le propriétaire qui, à la fin de l'emphytéose, prend les constructions faites, avec, par la force des choses, la marque de la destination donnée par l'emphytéote à l'immeuble. Ainsi, une construction faite par l'emphytéote dont la vocation est industrielle plutôt que sportive ou culturelle n'aura pas la même valeur économique pour le propriétaire. Dans nombre de cas, il importera pour le propriétaire que l'usage de la construction soit contrôlé, entre les mains de l'emphytéote, pour préserver la valeur de l'immeuble, son rendement ou son utilité. À cet égard, la loi permet de limiter l'**exercice** des droits des parties notamment pour accorder des garanties qui protègent la valeur de l'immeuble, son rendement, son utilité ou pour autrement préserver les droits du propriétaire¹⁶⁰. Les parties pourront donc régler le *jus utendi* de l'emphytéote au moyen de l'affectation de l'immeuble à un usage particulier, dans l'acte constitutif d'emphytéose.

Dans l'emphytéose, l'affectation joue d'abord un rôle dans la vocation même du terrain vacant à devenir immeuble bâti, selon certaines spécifications. C'est d'abord ce choix que fait le propriétaire¹⁶¹. Par delà cette décision sur le plan des

159 C.c.Q., art. 1200.

160 C.c.Q., art. 1200, al. 2.

161 La situation qui oblige le titulaire du démembrement du droit de propriété à exercer son droit est particulier et exceptionnel par rapport aux autres démembrements de la propriété. Par exemple, dans la servitude, le propriétaire du fonds dominant n'est pas obligé de se servir de l'utilité conférée.

utilités de l'immeuble, la destination particulière de l'immeuble ainsi amélioré pourra également être réglementée par le pouvoir de l'affectation. L'emphytéote usera de l'immeuble dans ce cadre de l'emploi préalablement fixé dans le *jus utendi*, dans l'aspect juridique, par le propriétaire¹⁶². C'est ainsi que les restrictions à l'utilisation d'un immeuble tenu en emphytéose sont admises¹⁶³.

1.2.34 Dans l'hypothèque conventionnelle

L'article 2660 du *Code civil du Québec* énonce que l'hypothèque est un droit réel sur un bien affecté à l'exécution d'une obligation. Le propriétaire d'un bien peut donc choisir de vouer ce bien à la satisfaction d'une obligation à l'égard d'un créancier en particulier¹⁶⁴. C'est un choix qu'il peut faire parmi toutes les utilités que peut lui procurer le droit de propriété dans un bien. Nous avons vu que le droit de propriété permet entre autres de profiter des utilités de jouissance d'un bien ou de ses utilités économiques. Dans le cas de l'hypothèque, c'est sur ce dernier plan que s'exerce l'affectation permettant à son propriétaire d'obtenir du crédit, d'emprunter sur la valeur que représente ce bien ou de garantir un engagement de faire ou de ne pas faire¹⁶⁵. Le droit d'hypothèque ne confèrera pas une utilité de jouissance sur le bien qui y est assujéti, le bien n'étant pas mis matériellement à la disposition du créancier puisque dans le rapport d'hypothèque, c'est toujours le débiteur qui dispose de la faculté de jouir et de disposer de son bien tant que l'exécution des recours hypothécaires ne l'oblige pas au délaissement. Dans ce cas, l'affectation ne vise pas les utilités de jouissance du bien, « ... le contenu du droit réel d'hypothèque, c'est la faculté de pouvoir tirer profit de la valeur de son objet... »¹⁶⁶.

162 François FRENETTE, « L'emphytéose », *R.D./N.S. - Biens - Doctrine - Document 1*, n° 68, p. 27.

163 *Groulx c. Pétroles Farand inc.*, [1987] R.L. 157 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Construction M.I.S. inc.*, [1989] R.J.Q. 1608 (C.S.); François FRENETTE, « L'emphytéose » *R.D./N.S. - Biens - Doctrine - Document 1*, n° 48, p. 21; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 277 et 278.

164 Notons d'abord que tous les biens d'un débiteur sont généralement affectés à l'exécution de ses obligations. (C.c.Q., art. 2644).

165 C.c.Q., art. 2660.

166 François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.*, 803, 812.

Dans l'hypothèque, l'affectation spécifique d'un bien à la garantie d'une obligation¹⁶⁷ permet à son propriétaire de puiser à même la valeur économique que ce bien représente, bref de s'en servir comme instrument de crédit. Le rôle de l'affectation est ici de faciliter le crédit, de favoriser le commerce. Par ailleurs, pour le créancier, l'affectation joue un rôle protecteur en sa faveur; il aura un droit de préférence sur tous les autres créanciers du débiteur¹⁶⁸.

1.2.4 EN MATIÈRE DE PATRIMOINES SANS TITULAIRE

Nous avons vu jusqu'ici les hypothèses d'affectation liées à la titularité d'un droit réel dans un bien, qu'il s'agisse de la propriété pure et simple, de ses modalités ou de ses démembrements. Dans tous ces cas, l'affectation procède du propriétaire du bien qui choisit pour l'avenir la direction donnée à un bien, direction qui transcendera son droit dans le bien, dans les modalités de la propriété et les démembrements. Dans les modalités de la propriété, les actes matériels et juridiques de jouissance des propriétaires sont subordonnés à l'affectation donnée au bien pour la protection des intérêts visés ainsi que par la meilleure exploitation ou protection du bien, selon le cas. Dans les démembrements de propriété, l'affectation protège le bien.

Le *Code civil du Québec* reconnaît, par ailleurs, que le patrimoine peut n'être supporté par aucun titulaire du droit de propriété. Il énonce que toute personne a un patrimoine¹⁶⁹ et que le patrimoine peut aussi, en certains cas, faire l'objet d'une affectation¹⁷⁰. L'idée d'affectation nous conduit inéluctablement vers les patrimoines d'affectation. Le titre sixième du Livre quatrième du *Code civil du Québec* « De certains patrimoines d'affectation » indique toutefois manifestement qu'il existe d'autres patrimoines d'affectation au *Code civil du Québec* que ceux de ce titre consacrés à la fondation et à la fiducie. On ne saurait donc se limiter, dans l'examen des patrimoines d'affectation, à ceux-ci.

167 C.c.Q., art 2733, 2763 et suiv.

168 Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976, n° 285, p. 244.

169 C.c.Q., art. 2.

170 C.c.Q., art. 915.

Le *Code civil du Québec* identifie et régleme donc nommément deux patrimoines d'affectation, soit la fondation, en certains cas¹⁷¹, et la fiducie¹⁷². Ces patrimoines d'affectation sont autonomes¹⁷³ des patrimoines du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire, et n'ont pas de sujet de droit. Personne ne peut prétendre à un droit réel sur les biens qui les composent¹⁷⁴. Ces patrimoines d'affectation sont également distincts de tout autre patrimoine, emportant ainsi un cloisonnement patrimonial parfait quant aux biens qui les composent. Seules la fondation et la fiducie sont des patrimoines d'affectation autonomes et distincts.

Il faut se garder de conclure, comme d'autres l'ont fait¹⁷⁵, que les patrimoines autonomes et distincts sont les seuls patrimoines d'affectation qui existent. Un patrimoine d'affectation est celui qui est affecté à la réalisation d'une finalité particulière sans égard à l'importance des biens le composant¹⁷⁶. Advenant pluralité de biens, c'est la finalité commune à laquelle de mêmes biens sont voués, qui assure l'unité du patrimoine d'affectation. En effet, c'est l'existence et l'identité du but autour duquel ces biens gravitent qui assure la cohésion de ces biens au sein d'un patrimoine d'affectation.

Il existe plusieurs types de patrimoines d'affectation en droit québécois¹⁷⁷. Une masse de biens peut être qualifiée de patrimoine d'affectation en raison de son affectation à une fin particulière, et non pas uniquement en fonction de son autonomie par rapport à une personne et de sa distinction de tout

171 L'article 1257 C.c.Q., dispose que les biens de la fondation constituent soit un patrimoine autonome et distinct de celui du disposant et de toute autre personne, soit le patrimoine d'une personne morale. Dans le premier cas, la fondation est régie par les dispositions du code sur les fiducies d'utilité sociale et dans le second cas, elle est régie par les lois applicables aux personnes morales de son espèce. Il faut donc se rappeler de cette distinction dans le présent texte.

172 C.c.Q., art. 1260 et suiv.

173 C.c.Q., art. 1257 et 1261.

174 C.c.Q., art. 1261.

175 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 48, p. 28.

176 Un seul bien peut composer un patrimoine d'affectation.

177 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2 C.c.Q., p. 5.

autre patrimoine. Il faut ramener l'institution qu'est le patrimoine d'affectation au motif de sa constitution soit, son affectation. C'est l'affectation qui est le fondement des patrimoines d'affectation. Ainsi, certaines masses circonscrites de biens peuvent ne pas être autonomes ou distinctes du patrimoine général de la personne à laquelle ils appartiennent¹⁷⁸. C'est que l'affectation transcende la question de la titularité du droit de propriété sur un patrimoine. Il existe en droit québécois des patrimoines d'affectation avec titulaire.

Parmi les patrimoines d'affectation avec titulaire se trouve le patrimoine familial qui vise à assurer l'égalité économique des époux¹⁷⁹. Ce patrimoine d'affectation n'est ni autonome, ni distinct. Les biens le composant ont un titulaire, font partie du patrimoine général de leur propriétaire et font l'objet du gage commun de leurs créanciers. Cependant, l'affectation n'en joue pas moins un rôle primordial reconnu, soit celui d'assurer l'égalité des époux en cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de décès.

Les biens faisant l'objet d'une substitution peuvent également être considérés comme un patrimoine d'affectation, soit un patrimoine destiné à être remis à un appelé¹⁸⁰. Telle est

- 178 L'idée d'affectation dans les patrimoines d'affectation n'impliquera pas toujours division du patrimoine; l'article 2 du *Code civil du Québec* est clair à l'effet que division et affectation sont des notions juridiques différentes. Il n'y aura division du patrimoine d'une personne, résultant de l'affectation, que si la loi le permet (C.c.Q., art. 2645).
- 179 C.c.Q., art. 414 et suiv.; *Loi modifiant le Code Civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q., 1989, c. 55. Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux » (1989) 2 *C.P. du N.* 1.
- 180 C.c.Q., art. 1218. Il faut ici distinguer entre la substitution *de residuo* et la substitution de biens particuliers. Seule la dernière est un véritable patrimoine d'affectation, la première pouvant être réduite à néant, le grevé n'étant tenu de rendre que ce qu'il en reste. À preuve, les créanciers du grevé peuvent faire saisir et vendre les biens grevés en justice, après discussion du patrimoine personnel du grevé, mais sous réserve du droit de l'appelé de faire opposition à la saisie et demander que celle-ci et la vente soient limités aux droits conférés au grevé par la substitution (art. 1233 C.c.Q.). Dans le cas de la substitution *de residuo*, les droits du grevé sont tellement larges que le grevé peut tout consommer et les créanciers du grevé peuvent tout saisir; les droits de l'appelé étant indéterminés dans ce type de substitution. Dans le cas de la substitution de biens particuliers, l'appelé pourra opposer ses droits, pourvu qu'il le fasse à temps (art. 1233 C.c.Q.).

la raison d'être de ce patrimoine dont le grevé est propriétaire, qui est cependant distinct du patrimoine du grevé à l'intérieur de son patrimoine, les biens destinés à l'appelé formant un patrimoine isolé dans le patrimoine du grevé¹⁸¹.

Les biens acquêts dans le régime matrimonial de la société d'acquêts et les biens communs dans le régime de la communauté de meubles et acquêts sont des biens affectés à la constitution d'un patrimoine de la famille. Les biens de ces patrimoines d'affectation ont un propriétaire, et ce patrimoine n'est pas distinct parce que les règles relatives au paiement des dettes des époux prévoient la participation de ces biens à leur acquittement¹⁸².

Il y a aussi ces patrimoines d'affectation, autonomes mais non totalement distincts, que sont les patrimoines des sociétés¹⁸³. Les biens de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société en participation et de l'association forment tous des patrimoines d'affectation par leur affectation à l'exercice d'une activité commune ou un but commun¹⁸⁴ à but pécuniaire ou non, selon le cas¹⁸⁵.

Ainsi, les patrimoines d'affectation sont nombreux. Ils se séparent en deux catégories, les **patrimoines-sujets**, qui sont des universalités juridiques affectées à des destinations particulières et qui sont la propriété d'un titulaire, et les

181 C.c.Q., art. 1223.

182 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, note 88, p. 28.

183 Charline BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997, p. 207 et suiv.

184 C.c.Q., art. 2186.

185 Le patrimoine des sociétés en nom collectif est autonome parce que les biens de la société n'appartiennent ni à une personne ou entité ayant la personnalité juridique, ni directement aux associés de la société (C.c.Q., art. 2198 et 2199). L'affectation spécifique de biens à la poursuite d'une activité est la raison d'être de la société en nom collectif par opposition à la simple indivision (Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, p. 87). Par ailleurs, si ces biens qui forment le patrimoine de ces sociétés ont une cohésion patrimoniale, ce patrimoine n'est pas complètement distinct de celui de ses associés parce qu'un recours des créanciers de la société reste possible contre les associés mais qu'après avoir, au

préalable, discuté les biens de la société (C.c.Q., art. 2221 al. 2); même alors les biens de l'associé ne sont affectés au paiement des créanciers de la société qu'après paiement de ses propres créanciers (C.c.Q., art. 2221). De plus, après dissolution de la société en nom collectif, dans le cadre de sa liquidation, les « associés » ont préférence au partage de ses biens (*Lauzon c. Lariche*, (1914) C.S. 378; C.c.Q., art. 361). La société en nom collectif est un patrimoine d'affectation autonome mais non totalement distinct. Le patrimoine des sociétés en commandite est également autonome puisqu'il n'appartient ni aux commandités, ni aux commanditaires (C.c.Q., art. 2236). Ce patrimoine d'affectation, n'est pas toutefois complètement distinct; en effet, en cas d'insuffisance des biens de la société, chaque commandité est tenu solidairement des dettes de la société envers les tiers (C.c.Q., art. 2246). De plus, après dissolution de la société en nom collectif, les « associés » ont préférence au partage de ses biens (*Lauzon c. Lariche*, (1914) C.S. 378; C.c.Q., art. 361). Quant au patrimoine des sociétés en participation, il appartient en indivision aux associés (C.c.Q., art. 2252 al. 2), chaque associé demeurant toutefois propriétaire des biens constituant son apport à la société, à l'égard des tiers (C.c.Q., art. 2252 al. 1). Ce patrimoine d'affectation n'est donc pas autonome de la personne de ses associés. Il n'est pas non plus distinct du patrimoine des associés, car, à l'égard des tiers, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé (C.c.Q., art. 2253). Signalons que lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés. (C.c.Q., art. 2253). Par ailleurs, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes contractées dans l'exercice de leur activité, à moins que celles-ci n'aient été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise commune. (C.c.Q., art. 2254). À titre de patrimoine d'affectation, l'association est autonome de ses membres car ses biens ne sont pas la propriété de ses membres, sauf exception. La confirmation de ce principe est traduite à l'article 2279 du *Code civil du Québec* quant au sort des biens dans le cadre de la liquidation de l'association. Les biens qui proviennent des contributions de tiers sont, malgré toute stipulation contraire, dévolus à une association, à une personne morale ou à une fiducie partageant des objectifs semblables à l'association; si les biens ne peuvent être ainsi employés, ils sont dévolus à l'État et administrés par le curateur public comme des biens sans maître ou, s'ils sont de peu d'importance, partagés également entre les membres. L'association est donc un patrimoine d'affectation autonome. Cependant, il n'est pas totalement distinct car, en cas d'insuffisance des biens de celle-ci, les administrateurs et tout membre qui administre de fait les affaires de l'association sont, solidairement ou conjointement, selon le cas, tenus des obligations de l'association qui résultent des décisions auxquelles ils ont souscrit pendant leur administration, mais alors les biens de ces personnes ne sont affectés au paiement des créances de l'association qu'après paiement de leurs propres créanciers (C.c.Q., art. 2274). On ne peut donc pas affirmer que ces patrimoines d'affectation sont complètement distincts parce que ces patrimoines n'opèrent pas une division parfaite.

autres, les **patrimoines-buts**¹⁸⁶, que sont la fondation et la fiducie, qui sont autonomes et distincts entraînant une division parfaite du patrimoine. Ainsi, dans les patrimoines-sujets et les patrimoines-buts, ce qui rassemble un ou plusieurs biens, c'est le choix fait par le titulaire du droit de propriété sur ces biens quant à l'utilité escomptée de ceux-ci.

Dans les patrimoines d'affectation autonomes et distincts que sont les fiducies, le rôle que joue l'affectation est de réserver les biens les composant aux fins pour lesquelles la fiducie a été établie. Les fiducies peuvent être constituées à des fins personnelles ou à des fins d'utilité privée ou sociale¹⁸⁷. La fiducie personnelle est constituée à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être¹⁸⁸. Le Code civil présente la fiducie d'utilité privée comme étant celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée, une telle fiducie pourra être constituée tant à titre onéreux qu'à titre gratuit¹⁸⁹. La fiducie d'utilité privée est aussi celle constituée à titre onéreux dans le but notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titres¹⁹⁰. Le *Code civil du Québec* présente, par ailleurs, la fiducie d'utilité sociale comme celle

186 Ces patrimoines sans sujet ont fait l'objet d'une étude exhaustive dans : Pierre CHARBONNEAU, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine » (1983) 85 *R. du N.* 491 et Charleine BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997, p. 213 à 222.

187 C.c.Q., art. 1266.

188 C.c.Q., art. 1267.

189 C.c.Q., art. 1268.

190 C.c.Q., art. 1269. On doit donc comprendre que la fiducie constituée à titre gratuit dans le but de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placement ou d'investissement, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre, n'est pas une fiducie d'utilité privée.

qui est constituée dans un but général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique et n'a pas pour objet de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise.¹⁹¹

Les fiducies se divisent donc en catégories fondées sur leur affectation et des règles particulières les régiront selon la catégorie dont elles relèvent, notamment quant à leur durée¹⁹² et à leurs mécanismes de contrôle et de surveillance¹⁹³. L'affectation particulière d'une fiducie quant à l'usage de ces biens joue, avec d'autres règles, un rôle catalyseur vers l'une ou l'autre de ces catégories et l'application de règles qui leur sont propres et distinctives des autres catégories.

1.3 Les techniques de mise en œuvre de l'affectation

Affecter un bien, c'est aussi prendre les mesures appropriées à la réalisation de la finalité choisie pour ce bien, dans le cadre d'expression prévu par la loi¹⁹⁴. L'affectation juridique d'un bien résultant de la volonté individuelle de son propriétaire doit donc, pour que l'on reconnaisse tous ses effets juridiques, être parvenue à un certain degré d'extériorisation¹⁹⁵, lequel variera de cas en cas comme nous allons avoir l'occasion de le constater.

Nous avons défini l'affectation comme un choix décisif du propriétaire d'un bien parmi toutes les utilités dont le bien est susceptible, choix entraînant des conséquences juridiques certaines, en certains cas. Ces effets étant marquants pour le

191 C.c.Q., art. 1270.

192 Les fiducies d'utilité privée ou d'utilité sociale pouvant être perpétuelles (C.c.Q., art. 1273), les fiducies personnelles ne pouvant comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, outre celui du bénéficiaire du capital (C.c.Q., art. 1271).

193 L'administration de toutes les fiducies, notamment la fiducie personnelle, est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers et des bénéficiaires (C.c.Q., art. 1287). De plus, et par ailleurs, les fiducies d'utilité privée et sociale sont soumises à la surveillance d'autres personnes ou organismes désignés par la loi (C.c.Q., art. 1287).

194 Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 15.

195 François TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.D.G.J., 1957, p. 195 et 196.

bien visé, on ne saurait admettre l'équivoque dans ce choix. Il n'y a pas d'affectation juridique implicite ou tacite en droit québécois. La volonté à elle seule n'est pas suffisante pour que l'affectation devienne porteuse d'effets juridiques. Elle a besoin de se matérialiser d'une quelconque façon pour se réaliser pleinement. Il n'y a donc pas d'affectation ayant une portée juridique sans un cadre dans lequel cette affectation puisse s'insérer. Ainsi, nous verrons que l'affectation fera toujours appel à une technique juridique de réalisation, un cadre, qui permettra de reconnaître la volonté originaire du propriétaire.

1.3.1 DANS LA PROPRIÉTÉ PURE ET SIMPLE

Dans la propriété pleine et entière, nous avons identifié, dans la catégorie des immeubles, la sous-catégorie des meubles immobilisés par leur affectation à l'utilité d'un immeuble¹⁹⁶. Cette affectation ne jouera dans la qualification de ces meubles que dans la mesure où ils sont matériellement incorporés ou attachés ou réunis à l'immeuble. La seule affectation d'un bien à l'utilité d'un immeuble ne le rend pas immeuble; le lien physique de l'incorporation, de l'attache ou de la réunion doit compléter l'affectation à l'utilité de l'immeuble pour emporter sa classification dans le régime juridique des immeubles plutôt que dans le régime juridique des meubles¹⁹⁷. L'affectation d'un meuble à l'utilité d'un immeuble doit en plus porter cette marque matérielle, laissant meubles, ceux qui, bien qu'assurant l'utilité de l'immeuble, n'ont pas ce lien tangible. L'affectation d'un meuble à l'utilité d'un immeuble sans ce lien physique nécessaire, sans incorporation, attache ou réunion, est insuffisant pour emporter leur classification dans le régime juridique des immeubles.

Également, à l'intérieur de la catégorie des meubles, nous avons relevé précédemment la sous-catégorie des meubles par anticipation, soit ces meubles qui ne sont plus affectés à un immeuble, mais destinés à en être détachés, tels les matériaux et les fruits et autres produits du sol¹⁹⁸. Cette

196 C.c.Q., art. 901 et 903.

197 On se rappellera que sous le droit ancien, ce lien tangible n'était pas nécessaire (C.c.B.C., art. 379).

198 C.c.Q., art. 900 al. 2 et 2698.

mobilisation par anticipation de tout ou une partie d'un immeuble n'a de reconnaissance en loi que dans la mesure où ces matériaux, fruits ou autres produits du sol, font l'objet d'un acte de disposition, c'est-à-dire d'un contrat à titre onéreux ou gratuit emportant leur aliénation¹⁹⁹.

Par ailleurs, dans la distinction des biens suivant leurs rapports entre eux, nous avons identifié que l'affectation qualifiera de capital, les fruits et revenus affectés à l'exploitation d'une entreprise; les fruits et revenus de l'entreprise non réemployés restant tels²⁰⁰. C'est en l'espèce une vérification comptable qui permettra de déterminer s'il y a eu ou non changement de qualification des fruits et revenus en capital par leur emploi.

Dans la propriété pure et simple, nous avons vu également que la loi reconnaît à l'affectation faite par un propriétaire des vertus en faveur de certains bénéficiaires. C'est le cas des biens à l'usage de la famille²⁰¹. Au-delà de la volonté du propriétaire de ces biens familiaux, l'utilisation matérielle effective de ces biens par la famille doit être vérifiable. L'affectation n'est pas qu'une idée. Elle doit également correspondre à un vécu, à une situation de faits.

1.3.2 DANS LES MODALITÉS DE LA PROPRIÉTÉ

Dans la copropriété indivise, l'affectation peut être faite à des fins réelles, à des fins personnelles ou en fonction d'un but durable, comme nous l'avons vu précédemment. L'affectation à des fins réelles découle du service d'un bien à l'endroit d'un autre bien. C'est le cas des ouvrages mitoyens, des cours, allées, ruelles, jardins, etc. et des parties communes dans la copropriété divise. C'est de cette affectation à des fins réelles, dans les modalités de la propriété, que résulte l'indivision forcée. Étant destinés à l'utilité d'autres immeubles, ces biens communs sont voués à demeurer la propriété indivise des fonds qu'ils desservent. La mitoyenneté de certains ouvrages peut s'établir par convention ou par la

199 C.c.Q., art. 1378.

200 C.c.Q., art. 909, *a contrario*.

201 Voir *supra*, section 1.2.4.

présomption spécialement retenue par le législateur²⁰². L'affectation des cours, allées, ruelles, jardins et autres aménagements acquis en copropriété par plusieurs propriétaires, quant à elle, se reconnaîtra soit par les termes du contrat d'acquisition des copropriétaires ou leur convention de copropriété ou même simplement par l'utilisation effective de ces immeubles acquis par les copropriétaires qui deviendra ainsi leur contrat. Ainsi, des propriétaires voisins pourraient très bien acquérir un terrain en commun sans pour autant projeter l'affecter à l'utilité de leurs fonds respectifs. D'autres motifs auraient pu guider leur acquisition soit la spéculation, le contrôle de leur environnement, etc. Dans l'affectation de tels ouvrages ou aménagements, il n'y a pas affectation sans contrat.

Quant à l'affectation des parties communes tenues en indivision dans la copropriété divise, c'est clairement la déclaration de copropriété, notariée en minutes²⁰³ qui définira la destination des parties communes²⁰⁴ pour l'usage de tous les copropriétaires ou certains d'entre eux²⁰⁵.

Par ailleurs, dans la copropriété indivise où l'affectation est établie à des fins personnelles ou en fonction d'un but durable, seul un contrat peut servir de support aux restrictions qu'emporte l'affectation en ces matières²⁰⁶. Si l'affectation à des fins personnelles n'est pas ainsi conventionnellement exprimée, elle ne saurait exercer d'emprise juridique sur le bien visé. L'affectation à des fins personnelles ou à un but durable ne se présume pas. De plus, pour être opposables aux tiers, les affectations à des fins personnelles dans la copropriété indivise devront être publiées²⁰⁷.

Pour la copropriété divise, c'est l'acte constitutif de copropriété qui définit la destination de l'immeuble et de ses parties privatives²⁰⁸, tout comme celle de ses parties

202 C.c.Q., art. 1003 et 1004.

203 C.c.Q., art. 1059.

204 C.c.Q., art. 1053.

205 C.c.Q., art. 1043.

206 C.c.Q., art. 1012. L'indivisaire pourrait aussi résulter d'une succession, d'un jugement ou de la loi.

207 C.c.Q., art. 1014.

208 C.c.Q., art. 1053.

communes, comme nous l'avons vu ci-haut. Cet acte constitutif doit être notarié en minutes²⁰⁹.

1.3.3 DANS LES DÉMEMBREMENTS DE PROPRIÉTÉ

Tous les démembrements du droit de propriété que sont l'usufruit, l'usage, la servitude, l'emphytéose et l'hypothèque résultent d'un acte constitutif sur lequel se fonde l'affectation, ces droits réels ne pouvant s'établir que par contrat, testament ou par la loi²¹⁰. Lorsque tel droit est établi par contrat, la forme de l'acte différera selon le démembrement. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose peuvent être constitués sous seing privé, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation entre vifs ou à cause de mort; dans ce cas, les règles de forme propres à ces matières s'appliquent²¹¹. Pour l'hypothèque conventionnelle, la forme de l'acte variera selon la nature de l'hypothèque. La forme notariée est prescrite, sous peine de nullité absolue, pour l'hypothèque immobilière²¹²; pour l'hypothèque mobilière sans dépossession, l'écrit est de rigueur²¹³, pour l'hypothèque mobilière avec dépossession, c'est la remise ou la détention du bien qui est la technique qui donne effet à l'affectation²¹⁴.

On constate donc que les démembrements de propriété ne peuvent être créés que par une concrétisation on ne peut plus claire de la volonté du propriétaire de son choix, de l'affectation donnée à son bien. Plus spécialement, en matière d'hypothèque, lors de la réforme du Code civil, le législateur a rejeté le concept de présomption d'hypothèque²¹⁵ afin d'éviter toute incertitude juridique²¹⁶.

209 C.c.Q., art. 1059.

210 C.c.Q., art. 1121, 1181 et 1183.

211 Pour la donation entre vifs : C.c.Q., art. 1824. Pour la donation à cause de mort : C.c.Q., art. 712 et suiv.

212 C.c.Q., art. 2693.

213 C.c.Q., art. 2696.

214 C.c.Q., art. 2702.

215 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le code civil du Québec, Commentaires*, vol. 2, t. 1, « Des Biens », Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1978, art. 281. Ce concept signifiait que toute stipulation à l'effet de conférer un droit sur bien pour assurer le paiement d'une obligation était une stipulation d'hypothèque.

216 Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux » (1989) 2 *C.P. du N.* 1.

1.3.4 Dans les patrimoines sans titulaire

Dans les patrimoines sans titulaire que sont la fondation, en certains cas, et les fiducies, qu'elles soient personnelles, d'utilité privée ou sociale²¹⁷, un acte doit présider à leur création²¹⁸. Or, c'est dans cet acte que l'affectation doit être manifeste. La fiducie peut être constituée à titre gratuit ou onéreux. À titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, elle peut prendre corps dans une donation ou un testament, selon les règles de formes relevant de ces matières²¹⁹. Lorsque la fiducie est créée par donation entre vifs, l'acte constatant le don devra être en forme notariée, à moins qu'il y ait délivrance et possession du bien lorsqu'elle peut avoir lieu²²⁰. Ainsi, la création d'une fiducie peut avoir lieu par la remise d'une somme de cent dollars ou d'une action d'une corporation à un fiduciaire qui reconnaît l'avoir reçue dans un acte. Son objet sera-t-il d'assurer la subsistance, l'instruction et le confort de la famille du constituant qu'il s'agira d'une fiducie personnelle. Bien sûr, les besoins de cette famille ne seront pas assurés longtemps à même le bien donné lors de la constitution de cette fiducie. Cependant, par la suite, d'autres sommes pourront s'ajouter au patrimoine fiduciaire notamment, par emprunt ou au moyen des revenus générés par les biens ou les activités de la fiducie, pour assurer l'affectation souhaitée par le constituant. Elle n'en demeure pas moins une fiducie créée à titre gratuit dont l'affectation est d'avantager des personnes déterminées, c'est-à-dire une fiducie personnelle.

Pour les fiducies autres qu'à titre gratuit, un contrat doit intervenir pour créer un patrimoine fiduciaire et, en soi, un contrat peut être verbal. Mais dans toutes ces espèces de fiducies, l'affectation, pour se manifester de façon claire et non équivoque, doit s'exprimer dans un écrit. L'idée d'affecter

217 C.c.Q., art. 1266.

218 C.c.Q., art. 1256 et 1260. Soulignons qu'elle peut aussi être établie par la loi ou un jugement (C.c. Q., art. 1262) Nous n'abordons pas ces modes de constitution dans la présente étude.

219 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 170, p. 105 et n° 163, p. 100 et C.c.Q., art. 1269.

220 Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « L'ABC des fiducies entre vifs : Aspects civils et fiscaux », (1999), 2 *C.P. du N.*, 251. La donation d'un immeuble doit cependant revêtir la forme notariée en minute (C.c.Q. art. 1824).

à certaines fins ne peut s'inscrire que dans un écrit. En tout état de cause, selon nous, dans les patrimoines d'affectation sans titulaire, seul un écrit peut donc servir de support à l'institution et c'est l'écrit fiduciaire qui permet de garantir le respect de l'affectation qui est assignée au patrimoine constitué. En effet, s'il peut être admis que le transfert de propriété peut être prouvé verbalement, l'affectation fiduciaire quant à elle ne peut être prouvée autrement que par les instructions écrites particulières du constituant. Autrement, l'affectation ne pourrait avoir le caractère particulier que la loi requiert pour la détermination des droits des bénéficiaires²²¹.

2. CERTAINES DIFFICULTÉS RELIÉES À LA NOTION D'AFFECTATION

L'affectation est d'abord un choix fait par le propriétaire d'un bien, choix qui se situe sur le plan du *jus utendi*, dans son aspect juridique. Les conséquences de ce choix se transposeront, plus souvent qu'autrement, dans le *jus utendi*, dans son aspect matériel, tant dans la propriété avec titulaire, soit pure et simple, soit dans ses modalités ou ses démembrements, que dans les patrimoines sans titulaire, comme nous l'avons vu précédemment. Elle touche donc aux utilités et aux services que le bien est susceptible de procurer par son usage. Mais nous avons vu que l'affectation doit être admise par les institutions juridiques reconnues au *Code civil du Québec* pour avoir tous les effets recherchés. Dans la prochaine partie de ce texte, nous soulignerons certaines hypothèses où l'affectation peut poser problème.

2.1 Les limites de l'affectation

2.1.1 EN FONCTION DE LA NATURE DU BIEN

Le pouvoir d'affectation d'un propriétaire sur son bien est subordonné à la nature même du bien. Dans la propriété pleine et entière, il serait inefficace d'affecter une terre de

221 *Contra*, John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec* », (1995) I.R.I.C.C., paragr. 8, p. 752. Pour l'auteur, seules les fiducies qui doivent être publiées (donation, C.c.Q., art. 1824 et en matière d'immeubles, C.c.Q., art. 2938) doivent être constituées par un écrit.

roche à la culture du soja, d'affecter un objet de métal au chauffage d'un lieu ou d'affecter un verger à la production de sirop d'érable. On ne peut donc pas tout naturellement affecter un bien à n'importe quoi. Le bien peut poser lui-même des limites à l'affectation.

Dans la propriété pleine et entière, nous avons vu que seuls les meubles incorporés matériellement attachés ou réunis à un immeuble ou ceux qui y sont attachés ou réunis, sans perdre leur individualité et sans y être incorporés, deviennent et sont immeubles pourvu qu'ils assurent l'utilité de cet immeuble²²². L'affectation d'autres biens à un immeuble ne saurait les faire qualifier pour autant d'immeuble lors même qu'il serait souhaitable qu'ils aient le même sort que l'immeuble. Si un meuble n'est pas matériellement attaché ou réuni à un immeuble et n'assure pas son utilité, il n'aura pas droit à la protection du régime juridique des immeubles.

Par ailleurs, dans la qualification des biens, seuls les fruits et autres produits du sol peuvent être mobilisés²²³ ainsi que les matériaux²²⁴. Nous avons signalé que le sol lui-même, qu'il soit gravier, sable, pierre ne peut être considéré comme des meubles dans les actes de dispositions dont il peut être l'objet. Cette limite est importante parce qu'elle soumet ces composants du sol au même régime juridique que l'immeuble. Ils ne seront meubles qu'une fois détachés et ne pourront être assujettis au régime juridique des meubles qu'à compter de ce changement de nature.

Dans la copropriété divise, modalité de propriété, nous avons vu que l'acte constitutif définit notamment la destination des parties communes. Sont parties communes, les parties des bâtiments et des terrains de la copropriété. Ce sont des biens corporels et c'est la destination de biens corporels qui doit être définie dans la déclaration de copropriété²²⁵. L'affectation des parties communes dans la copropriété divise

222 C.c.Q., art. 903 et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c.57, art. 48.

223 C.c.Q., art. 900 al. 2.

224 C.c.Q., art. 2698.

225 C.c.Q., art. 1043.

ne vise donc pas les biens incorporels afférents aux droits des copropriétaires tels le droit de surélever un bâtiment ou d'en affouiller le sol, le droit d'édifier des bâtiments nouveaux dans des cours, parcs ou jardins constituant des parties communes, le droit d'affouiller de tels cours, parcs ou jardins ou le droit de mitoyenneté afférent aux parties communes. Certaines déclarations de copropriété définissent donc inutilement une affectation à ces biens qui ne sont pas des parties communes au sens du *Code civil du Québec*, mais des droits s'y rapportant.

Dans l'hypothèque, démembrement du droit de propriété, la nature du bien peut autoriser ou non l'affectation hypothécaire. En matière mobilière, seuls les biens d'une entreprise peuvent faire l'objet de l'hypothèque sans dépossession²²⁶ ou de l'hypothèque ouverte²²⁷, et ce, par une personne qui exploite telle entreprise; les biens des particuliers ou des personnes n'exploitant pas une entreprise ne peuvent être l'objet d'une hypothèque mobilière sans dépossession, sauf²²⁸ pour un véhicule routier, un véhicule de promenade, une motocyclette, un taxi, un véhicule d'urgence, un autobus, un minibus, un véhicule de commerce, certaines remorques ou semi-remorques²²⁹, une habitation motorisée, certaines motoneiges²³⁰, certains véhicules motorisés²³¹, une caravane ou une semi-caravane, une maison mobile, un bateau, une motomarine ou un aéronef. Les autres biens mobiliers d'un particulier ou d'une personne n'exploitant pas une entreprise ne peuvent pas faire l'objet d'une affectation hypothécaire.

2.1.2 EN FONCTION DE L'EFFET DANS LE TEMPS

Il est de l'essence du droit de propriété de permettre au propriétaire d'assigner son bien à un usage déterminé et de

226 C.c.Q., art. 2683.

227 C.c.Q., art. 2686.

228 C.c.Q., art. 2683 et le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers (Décret D. 1594-93), tel qu'il a été modifié par le Décret D. 907-99 du 11 août 1999, (1999) 131, G.O. II, 3846.

229 Celles dont la masse nette excède 900 kg.

230 Celles dont le modèle est postérieur à 1988.

231 Ceux munis d'un guidon et d'au moins deux roues pouvant être enfourchés et dont la masse nette n'excède pas 600 kg.

restreindre le droit d'en faire un autre usage. C'est le pouvoir d'affectation du propriétaire sur son bien. Mais le propriétaire d'un bien peut-il maintenir une affectation donnée à son bien après en avoir disposé ? Lorsque le propriétaire du bien transfère tout ou partie des attributs de son droit de propriété dans celui-ci, peut-il imposer une destination donnée à ce bien entre les mains de son nouveau propriétaire ? La réponse à cette question se trouve dans la bonne compréhension du droit de propriété.

Nous avons vu que dans les modalités et les démembrements du droit de propriété, le titulaire du droit transféré peut se voir imposer certaines restrictions dans l'exercice de son droit, au moyen de l'affectation. Pour la propriété pure et simple, quand un propriétaire dispose de son bien par changement de titulaire du droit de propriété, il transfère la plénitude de ses droits notamment le *jus utendi* dans son aspect juridique qui permettra dorénavant au nouveau propriétaire de choisir lui-même l'affectation qu'il donnera au bien²³².

Néanmoins, à l'occasion du transfert de propriété, un propriétaire peut vouloir imposer ou maintenir une affectation au bien transféré qui liera le nouveau propriétaire. Il n'est pas rare qu'une municipalité, une commission scolaire, un organisme à caractère économique, etc., aliène un immeuble pour que l'acquéreur y exploite seulement une garderie, un parc, une industrie, etc. Seul le recours à la propriété conditionnelle²³³ peut permettre le maintien de l'affectation souhaitée par le propriétaire du bien dont il dispose et ainsi faire dépendre le droit de propriété transféré à un tiers au respect d'une condition d'utilisation. La survenance de la condition résolutoire aurait un effet rétroactif au jour du transfert, anéantisant les effets de ce transfert, comme si celui-ci n'avait jamais existé et donnant lieu à la restitution des prestations²³⁴. L'utilisation de cette technique demeure toutefois marginale

232 Sous réserve des seuls démembrements du droit de propriété ou des modalités de propriété convenus ou réservés.

233 C'est-à-dire celle qui dépend d'un événement futur et incertain soit en subordonnant son extinction au fait que l'événement arrive ou n'arrive pas. (C.c.Q., art. 1497).

234 C.c.Q., art. 1507 et 1699 et suiv., à moins que les parties aient conventionnellement mis de côté les règles de la restitution des prestations.

étant donné ses effets, pour le moins sévères, en cas de non-respect de telles conditions. Dans la propriété pure et simple, le droit de propriété sur un bien n'admet donc pas autrement que l'affectation puisse être déterminée par une autre personne que le titulaire du droit de propriété sur ce bien²³⁵.

Dans les patrimoines sans titulaire, l'affectation peut connaître des limites dans le temps. En effet, la fiducie personnelle constituée au bénéfice de plusieurs personnes successivement ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, outre celui des bénéficiaires du capital; elle est sans effet à l'égard des ordres subséquents qui y seraient visés²³⁶. La fiducie privée ou d'utilité sociale peut être limitée dans le temps ou même être perpétuelle²³⁷. Nous allons voir ci-après qu'une certaine confusion existe pourtant quant à la qualification d'une fiducie comme personnelle ou d'utilité privée, en raison des termes même du *Code civil du Québec*.

2.2 La concurrence des affectations

Nous avons soutenu que l'affectation d'un bien à un ou plusieurs usages déterminés exclut les autres utilités sur le même bien. Cela sera vrai dans la mesure où les affectations agissent sur le même plan parmi les utilités d'un bien. Nous avons déjà distingué plus haut les utilités de jouissance sur un bien de ses utilités économiques. Si un choix est fait parmi les utilités de jouissance, les autres utilités de jouissance sur ce bien seront par définition rendues impossibles dans la mesure où elles sont incompatibles. Si un immeuble est affecté à la culture des légumes, il ne peut être affecté en même temps au reboisement. Ce serait vider l'affectation de son contenu. Sur ce plan, l'affectation n'admet pas de concurrence.

Par ailleurs, à l'intérieur des utilités de jouissance seule une partie des utilités de jouissance peut avoir été affectée. Par exemple, pour le cas de la servitude, si un fonds servant est affecté en faveur d'un fonds dominant d'une servitude de

235 Sauf celles imposées par la loi ou l'autorité publique, qui ne sont pas examinées dans la présente étude.

236 C.c.Q., art. 1271.

237 C.c.Q., art. 1273.

passage, ce fonds servant peut également être affecté à la culture²³⁸. Sur ce plan, l'affectation peut être concurrente. Il faut donc être en présence d'utilités concurrentes pour déceler une restriction ou empêchement aux affectations concurrentes.

Dans le même ordre d'idées, même un bien affecté dans toutes ses utilités de jouissance peut être affecté par ailleurs dans ses utilités économiques au moyen d'une affectation hypothécaire²³⁹. Ces affectations ne sont pas concurrentes parce que ne s'exerçant pas sur le même plan du *jus utendi* du propriétaire comme nous l'avons mis en évidence ci-dessus. L'une se situe sur la matérialité de l'objet du droit (le bien), l'autre sur les droits coiffant l'objet du droit²⁴⁰. Qui plus est, à l'intérieur même de l'affectation de la valeur économique d'un bien, plus d'une affectation hypothécaire peuvent coexister. Ainsi, une affectation hypothécaire n'empêche pas une autre affectation hypothécaire de prendre place, celles-ci prenant rang selon l'ordre des droits réels établis entre eux par la loi²⁴¹ sur la valeur économique de ce bien, la valeur résiduelle demeurant elle-même sujette à une affectation hypothécaire subséquente.

2.3 La distinction des fiducies à but

Les fiducies du *Code civil du Québec* peuvent être constituées notamment à des fins personnelles et à des fins d'utilité privée. La fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but **de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être**²⁴². Le Code civil présente la fiducie d'utilité privée comme étant celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit **dans un autre**

238 Sauf si la servitude prévoit que le propriétaire doit s'abstenir de certains actes d'usage (C.c.Q., art. 1177).

239 C.c.Q., art. 2660.

240 Sur ces importantes distinctions, lire : François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.*, 803.

241 C.c.Q., art. 2941 et suiv.

242 C.c.Q., art. 1267.

but de nature privée.²⁴³ Fort de ces énumérations, on pourrait croire que la fiducie d'utilité privée pourrait également être à l'avantage direct d'une personne puisque s'agissant d'un but de nature privée ? Une fiducie à l'avantage direct d'une personne pourrait-elle être tantôt personnelle, tantôt d'utilité privée ?

La fiducie d'utilité privée est aussi celle constituée à titre onéreux dans le but notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite **ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes** qu'il désigne, membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titres²⁴⁴.

Cette lecture des dispositions législatives relatives aux fiducies personnelle et d'utilité privée nous force à constater que le législateur n'a pas défini ces espèces de fiducies, semant ainsi une large confusion²⁴⁵ dès qu'une fiducie est **à l'avantage d'une personne**²⁴⁶. La technique législative utilisée au *Code civil du Québec* par l'énumération des situations visées par les différentes catégories de fiducies, au lieu d'une définition propre de chacune d'elles, est la cause des problèmes de qualification en la matière. Devant ce vide législatif, il nous apparaît important dans la présente étude sur l'affectation de défricher le terrain propice à l'élaboration de ces définitions. Pour ce, nous proposons, pour tenter de définir les différentes fiducies, de d'abord revenir aux fins auxquelles les biens transférés sont affectés.

243 Les fiducies d'utilité privée ou d'utilité sociale peuvent être constituées tant à titre onéreux qu'à titre gratuit et peuvent être perpétuelles (C.c.Q., art. 1273); les fiducies personnelles ne pouvant comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus outre celui du bénéficiaire du capital. (C.c.Q., art. 1271).

244 C.c.Q., art. 1269. On doit donc comprendre que la fiducie constituée à titre gratuit dans le but de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placement ou d'investissement, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre, n'est pas une fiducie d'utilité privée.

245 Voir *infra*.

246 C.c.Q., art. 1271, 1272 et 1273.

La fiducie personnelle est un patrimoine affecté à des fins personnelles. Or, il importe dans la qualification de la fiducie personnelle de s'en tenir à l'affectation ultime des biens transférés dans la fiducie et éliminer les motivations du constituant lors de la constitution d'une fiducie. En effet, les motifs qui président à la création d'une fiducie ne doivent pas influencer sur sa qualification juridique. C'est plutôt la fin particulière à laquelle les biens transférés en fiducie sont **affectés** qui doit d'abord guider dans la qualification. Lorsqu'une fiducie est établie à l'avantage d'une personne, les questions pertinentes sont : la fiducie est-elle établie à l'avantage d'une personne déterminée ou qui peut l'être ? Dans l'affirmative, nous sommes sur le terrain de la fiducie personnelle, mais elle pourrait être d'utilité privée selon les exemples fournis au *Code civil du Québec*²⁴⁷. Mais il est encore trop tôt pour conclure; il y a lieu de s'interroger si cet avantage est indirect, auquel cas nous serions en présence d'une fiducie d'utilité privée. Si la fiducie sous examen n'est pas à l'avantage indirect, mais plutôt direct d'une personne, nous serons en présence d'une fiducie personnelle à moins que cette fiducie n'ait été constituée à titre onéreux, auquel cas elle serait d'utilité privée. Ainsi donc, le test de qualification des fiducies est d'abord et avant tout son **affectation**, puis son mode de constitution. Sous cet éclairage nouveau, le seul qui met réellement en évidence les caractéristiques des fiducies, il nous semble que tout le discours sur la qualification des fiducies prend un sens nouveau.

C'est notamment le cas pour les fiducies de protection d'actifs. Le but poursuivi par le constituant d'une telle fiducie est généralement de transférer des biens dans un patrimoine autonome et distinct et les mettre ainsi à l'abri des créanciers de celui-ci et de ceux des bénéficiaires. Au moyen de cette technique, le constituant, par ailleurs souvent fiduciaire avec une autre personne (qui n'est ni constituant, ni bénéficiaire), est bénéficiaire de cette fiducie, seul ou avec d'autres membres de sa famille. Dans l'éventualité de difficultés financières de ce bénéficiaire (constituant), le fiduciaire utilisera ou distribuera à sa discrétion les biens de la fiducie, en capital ou en revenus, à l'avantage d'autres bénéficiaires déterminés dans l'acte constitutif de la fiducie. Plusieurs auteurs se sont

247 C.c.Q., art. 1268.

positionnés quant à la qualification de cette fiducie comme fiducie d'utilité privée²⁴⁸. Pour nous, la fiducie classique de protection d'actifs doit être qualifiée de fiducie personnelle dès qu'elle est affectée à l'avantage direct de personnes déterminées ou qui peuvent l'être, tels le constituant et sa famille. Le mécanisme de telle fiducie, qui est de réserver au constituant le droit de recevoir les fruits et revenus ou, éventuellement, le capital de la fiducie, ou de participer aux avantages qu'elle procure, n'en fait pas pour autant une fiducie à titre onéreux²⁴⁹, l'article 1281 du *Code civil du Québec* étant éloquent en ce sens. Évidemment, dans certains cas d'espèces, lorsque la fiducie aura véritablement été constituée à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant une contrepartie versée au constituant, autrement qu'en avantages de la fiducie, la qualification pourra être différente, nous pouvons en convenir.

N'en déplaise à certains, la qualification des fiducies n'est pas que théorique. Elle a une importance et une application directes notamment quant à leur durée, les fiducies personnelles ne peuvent être constituées pour plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus outre celui du

248 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 71 et 67, l'auteur considère que la fiducie de protection d'actifs doit être considérée comme une fiducie d'utilité privée selon l'argumentation que cette dernière peut avoir un bénéficiaire mais, contrairement à la fiducie personnelle, il considère que celui-ci ne constitue pas la finalité de la fiducie, que le bénéficiaire de la fiducie d'utilité privée ne tire un profit de celle-ci qu'à cause de la réalisation de son affectation. À son avis, dans la fiducie personnelle, c'est le bénéficiaire lui-même qui, en quelque sorte, personnifie ou représente, cette affectation. Michel LEGENDRE, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 R.P.F.S. 11, 64, André MORISSETTE, « FIDUCIE », dans « Chronique Réforme du Code civil », (1993) 15 R.P.F.S. 737, 744. Julie BOULANGER, « Le Code civil du Québec et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992) 14 R.P.F.S. 645, 680.

249 D'ailleurs, dans un contexte d'insolvabilité ou de faillite, la constitution d'une fiducie de protection d'actifs, à l'époque où une personne était insolvable, ne saurait résister à l'action en inopposabilité (C.c.Q., art. 1631) ou au recours du syndic de faillite pour faire déclarer la fiducie, révisable ou nulle parce que préférentielle (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C., 1997, c. 12) au motif que la fiducie a été constituée à titre onéreux ou moyennant une contrepartie suffisante.

bénéficiaire du capital²⁵⁰, alors que la fiducie d'utilité privée peut être perpétuelle²⁵¹. Ainsi, pourrait-il être raisonnablement soutenu qu'une fiducie de protection d'actifs (dont le mécanisme a été exposé plus haut) puisse être perpétuelle ? La qualification de la fiducie de protection d'actifs de fiducie d'utilité privée conduirait à cette hérésie. Au risque de nous répéter, c'est l'affectation qui est le critère déterminant dans la qualification des fiducies.

CONCLUSION

Le *Code civil du Québec* tout entier est imprégné de la notion d'affectation. Si son postulat est aisément posé à son article 2 au Livre premier du Code sur les Personnes, l'affectation s'articule pourtant autour des principes fondamentaux du Droit des biens. En effet, le rôle, la manifestation et la mise en œuvre de l'affectation ne peuvent s'entendre qu'à travers les prérogatives du droit de propriété dans les différentes institutions juridiques dans lesquelles elle se manifeste.

En cela, elle n'est pas un nouvel attribut du droit de propriété. Elle est sise directement sur l'un d'eux, le *jus utendi* dans son aspect juridique, et exerce généralement une emprise sur le *jus utendi* dans son aspect matériel. L'affectation assurera tantôt la protection du bien, notamment dans la propriété pleine et entière et les démembrements de la propriété, tantôt les intérêts particuliers des détenteurs de droits à l'égard de ce bien, notamment dans la copropriété divise et indivise, qu'il s'agisse de droits réels ou de simples droits de créance, tels les droits des bénéficiaires des patrimoines d'affectation nommés au code ou les droits éventuels des conjoints.

En somme, l'affectation exerce une attraction spéciale sur un bien ou une masse de biens en imprimant une direction déterminée dans la vie de ce bien ou cette masse, et ce, pour la plus grande protection des intérêts visés. C'est dans la meilleure connaissance des limites et des vertus de l'affectation, que ce soit dans la propriété pleine et entière, dans ses modalités ou ses démembrements, que cette protection peut être adéquatement et efficacement assurée.

250 C.c.Q., art. 1271.

251 C.c.Q., art. 1273.