

Les Cahiers de droit



La femme mariée commerçante

J. C. Beausoleil, Jacques Côté and Kathleen Delaney

Volume 7, Number 2, April 1965–1966

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004239ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004239ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beausoleil, J. C., Côté, J. & Delaney, K. (1965). La femme mariée commerçante. *Les Cahiers de droit*, 7(2), 366–383. <https://doi.org/10.7202/1004239ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1965

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

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

La femme mariée commerçante

J. C. BEAUSOLEIL

JACQUES CÔTÉ

KATHLEEN DELANEY

étudiants en 3^e année
à la Faculté de Droit,

Introduction :

La famille étant la société par excellence, plus les sociétaires auront des droits égaux, plus cette entité sera parfaite. C'est en gardant bien en vue ce principe que, conformément aux aspirations réciproques des époux, et en regard du renouveau économique-social de notre société, les législateurs ont cru nécessaire de modifier le statut juridique de la femme mariée.

La loi 12-13 Elizabeth II ch. 66 concrétise ces principaux changements longtemps désirés. Elle accorde à la femme mariée la pleine capacité juridique, en autant que le permettent les conventions matrimoniales. Cette idée génératrice, nous la retrouvons exprimée à la page 1 du Rapport Nadeau, portant sur les réformes dont notre code civil en serait l'objet :

"Je crois que cette réforme doit s'organiser à partir d'une reconnaissance expresse du principe de la pleine capacité juridique de la femme mariée." (1)

Mais il ne faut pas croire que cette conclusion fut le résultat d'une génération spontanée. Il faut remonter loin dans le passé pour en percevoir les prémisses. En effet, la rédaction du code civil de 1866, pour la partie qui nous concerne, fut largement inspirée par la conception conjugale de la famille. Nous pourrions caractériser cette manifestation par

(1) Brière, Germain : "Le nouveau statut juridique de la femme mariée". *Lois Nouvelles*. (Les Presses de l'Université de Montréal, 1965) p. 33.

l'autorité maritale; l'incapacité juridique de la femme mariée; le pouvoir déterminant du mari sur les biens de la communauté, et quasi-absolu sur les biens propres de la femme.

Par la suite, nous devons attendre en 1930-1931 pour l'addition des art. 1425a . . . qui reconnaissaient à la femme mariée sous tous les régimes le pouvoir d'administrer les produits de son travail personnel. Enfin, en 1954, l'art. 986a mettait fin à l'insulte faite à la femme dont l'incapacité de contracter était inscrite au même titre que les interdits et les aliénés.

Le Bill 16 couronne donc ce long cheminement juridictionnel relatif au statut juridique de la femme mariée, mais il n'y met pas un terme puisque cette capacité concédée est encore sujette aux restrictions découlant du régime matrimonial.

Il nous a semblé opportun de relater les principales modifications qu'a subies le statut juridique de la femme mariée si nous voulons percevoir l'étendue et les limites des nouveaux droits accordés à la femme, et ainsi mieux comprendre l'application que nous allons en faire relativement à la femme commerçante.

Il est évident que les principes généraux quant à la capacité juridique de la femme mariée s'appliquent aussi dans le cas précis de la femme commerçante, mais nous devons y apporter les tempéraments qui s'imposent.

Nous allons donc, gardant en mémoire la règle de la capacité juridique de la femme mariée et en comparant les anciennes règles avec le droit nouveau, déterminer les pouvoirs de la femme mariée commerçante. Pour ce faire, nous préciserons dans un premier point les pouvoirs de la femme mariée commerçante en insistant d'une part sur l'autorisation, le refus, l'opposition à demeurer commerçante et d'autre part, sur la capacité de femme mariée.

Dans une deuxième partie, nous traiterons des effets patrimoniaux des engagements de la femme marchande publique, tant sous le régime de séparation de biens que sous le régime de la communauté.

Il ne faudrait pas, dans l'analyse que nous allons faire, perdre de vue que l'incapacité juridique de la femme mariée dans l'ancienne loi était motivée par la réalité suivante à savoir le mari était le chef de famille. Le Rapport de la commission chargée de la revision du code civil en 1930 en précise la portée :

"L'incapacité de la femme m'apparaît alors comme une technique juridique destinée à assurer l'exercice juridique par celui-ci en sa qualité de chef de famille." (2)

Les instigateurs du Bill 16 ont voulu minimiser cette notion sinon la faire disparaître, mais ils n'y ont réussi que partiellement. Il est vrai que le terme autorisation a été remplacé par les mots concours, consentement, opposition, qui tous sont moins impératifs et laissent prévoir une plus grande autonomie d'action pour la femme mariée commerçante, mais nous sentons toujours ce contrôle du mari.

Le mari n'a plus d'autorisation à donner pour que sa femme se fasse commerçante, mais il peut s'opposer et ce de façon expresse contrairement à l'autorisation antérieure qui, elle, pouvait se manifester par le simple laisser-faire relativement aux actes commerciaux de sa femme.

Si nous considérons les nouveaux articles relatifs à la femme commerçante, l'art. 182 c.c. nous venons à la conclusion que le mari peut faire opposition à ce que son épouse exerce un commerce et ce faisant il ne sera pas aussi obligé pour tout ce qui concerne ce négoce.

Cette opposition a donc son importance, mais il serait bon d'en préciser son étendue en relation avec le code français. Les théoriciens français ont cru bon donner un sens plus large à l'opposition que peut manifester le mari, peut-être dû au fait que ce dernier conserve plus d'autorité. En effet, il faut concilier deux articles pour en percevoir toute la portée. L'art. 223 c.n. précise que la femme peut exercer une profession séparée de son mari à moins que celui-ci ne s'y oppose. Puis l'art. 4 c.com. prône que la femme mariée peut être marchande publique, à moins que son mari ne s'y oppose.

Il en ressort donc que, contrairement à l'art. 180 de notre code, le mari peut s'opposer à ce que sa femme exerce une profession séparée. Étant donné que l'article précité ne prévoit pas d'opposition nous pouvons déduire que la notion de négoce n'est pas incluse dans la compréhension du terme profession séparée et qu'il faut les considérer séparément.

Cette conception québécoise diffère totalement de ce que préconisent les théoriciens français à savoir qu'il importe peu que *cette profession soit de nature commerciale ou non*. Les législateurs du Bill 16 n'ont

(2) "Rapport de la Commission des droits civils de la femme". 32 R. du N. 338.

pas cru bon de proposer une solution identique. La jurisprudence nous prouvera si leur choix fut judicieux.

Nous avons voulu dans cette introduction donner un bref aperçu évolutif des mesures juridiques relatives à la femme mariée pour mieux situer le sujet et en rendre plus facile la compréhension en relation avec les lois existantes avant le Bill 16.

I — Les pouvoirs de la femme mariée commerçante

Il serait opportun, à ce stage-ci de notre travail, de préciser certains termes, nécessaires à la compréhension du sujet. Car, on ne peut guère discuter de la femme commerçante sans savoir en fait ce que c'est qu'un commerçant; ni parler de capacité sans savoir ce qu'elle comprend.

Le code de commerce français offre une définition du commerçant; notre code civil ne le fait pas. L'article 1 de ce code fait des commerçants "ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle". Perrault, dans son *Traité de droit commercial* le décrit comme celui qui exerce des opérations commerciales à l'état professionnel. Ce sont toutes personnes qui s'adonnent aux opérations contenant les idées essentielles au commerce; la circulation de biens mobiliers, l'entremise et le profit, et qui ne posent pas ces opérations isolément, mais qui en font leur genre de vie, à titre professionnel.

La profession comporte l'exercice fréquent des actes; elle dérive de la répétition par une personne d'opérations commerciales. On cesse d'être commerçant quand la répétition cesse.

Mais il ne faut pas confondre la profession avec l'acte commercial. Ce qui importe pour nos fins c'est la profession, car une femme peut poser une opération commerciale sans être commerçante. Une opération est commerciale pour fins de preuve, solidarité et prescription, même si la partie contractante n'est pas considérée comme commerçante professionnelle.

La capacité, c'est l'aptitude qu'a une personne de pouvoir participer à la vie juridique, acquérir des droits, subir des obligations, et agir en pleine indépendance. Elle se divise en deux catégories : de jouissance et d'exercice. Tout être civil a la capacité de jouissance, a l'aptitude de devenir sujet d'un droit ou obligation. La capacité d'exercice c'est l'ap-

titude à faire valoir des droits que l'on a acquis par la capacité de jouissance. C'est à cette capacité que nous réferrons en disant : "La capacité (tout court) de la femme marchande publique".

1 - L'autorisation, le refus et l'opposition

L'autorisation est l'assentiment accordé à une personne pour lui donner pleine capacité. Nous allons voir qu'autrefois, cette autorisation constituait une épée de Damoclès surplombant la tête de l'épouse désirant se lancer dans le monde des affaires. Le mari avait plein pouvoir, comme *patria potestas*, de couper court même les modestes ambitions de la femme par son refus; même si fait sans raison, il n'y avait pas d'appel. L'autorisation était, en fait, la naissance de la vie commerciale de la femme. Sans elle, il n'y avait rien à faire.

Ce que nous allons dire de l'autorisation maritale fait maintenant partie de l'histoire du droit, car le Bill 16 la fait disparaître.

Selon l'ancien article 179 c.c., une femme ne pouvait devenir marchande publique sans l'autorisation du mari. Elle pouvait être expresse ou présumée, ce qui constituait une exception à la règle d'autorisation expresse du droit commun. Il suffisait d'une simple connaissance de fait; si le mari ne s'objectait pas aux activités de la femme, sa permission était présumée. En ne demandant pas une formule expresse, les législateurs ont voulu deux choses : favoriser le commerce, et protéger les créanciers de la femme. Du point de vue psychologique, c'est évident qu'il y aurait beaucoup moins de refus si le mari était forcé de manifester sa désapprobation, que si la femme allait à lui pour faire la demande. Avec une autorisation limitée à l'expresse, il y aurait eu beaucoup moins de créanciers, et beaucoup moins de commerces. Germain Brière en dit ceci :

"Bien sûr, cette nécessité de l'autorisation maritale n'empêchait guère en pratique la femme d'exercer une profession séparée, puisqu'aux termes du code civil, l'autorisation présumée était suffisante, et qu'en raison d'une interprétation libérale, on se contentait d'une absence d'opposition caractérisée." (3)

Ce point de vue, quoique valable, est peut-être un peu optimiste. En pratique, l'homme d'affaires protège ses investissements et placements. Le seul moyen pour qu'il soit absolument certain de la capacité de la femme avec laquelle il fait affaires c'est de voir l'autorisation écrite de

(3) Op. cit., p. 9.

son mari. Si l'obligation qu'il contracte est majeure, c'est une grave imprudence de ne pas l'exiger.

Le problème de l'autorisation présumée est soulevé dans la cause de *Wawanesa Mutual Insurance Co. vs Lyonnais & Desjardins et al.* Là, il s'agissait d'un contrat souscrit par la compagnie d'assurances avec une femme commune en biens non autorisée, dont l'époux est disparu depuis plusieurs années, et l'épouse ne sait où il demeure. La Cour s'exprime en ces termes :

"Le défaut du mari de remplir ses obligations implique pour la femme l'autorisation de gagner sa vie de la manière qu'elle peut choisir, et notamment, de faire commerce." (4)

Après, la Cour Supérieure avait trouvé que l'assurée, bien que mariée sous le régime de la communauté, exerçait un commerce depuis plusieurs années, avec l'autorisation implicite de son mari et que, dès lors, le contrat était valide par l'application de l'article 179 c.c.

Mais il faut revenir et insister sur le point qu'il fallait que l'autorisation existe, soit sous une forme ou une autre, pour que la femme ait la capacité nécessaire. Il y a eu des cas où la cour a été excessivement sévère sur ce point. Par exemple, dans la cause de *Dame Langstaff vs the Bar of the Province of Quebec*, il a été décidé qu'une femme mariée ne pourrait être admise à la pratique, ni même comme membre du Barreau sans l'autorisation de son mari ou du juge. (5)

Une fois l'autorisation reçue, la femme pouvait s'obliger pour ce qui concerne son négoce sans demande additionnelle, selon l'article 179, aliéna 1. Il a été décidé que :

"Les articles 1425a et suivants n'écartent pas les dispositions de 179 c.c. qui décrète que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas obliger son mari, s'il y a communauté entre eux, et si ce dernier l'a autorisée à être marchande publique." (6)

Ceci ne constituait pas une véritable exception à la nécessité de l'autorisation maritale, comme il semblerait à première vue. Aucune femme ne pouvait faire commerce sans l'autorisation de son mari. Par cette autorisation, il lui permettait nécessairement de faire tous les actes que le commerce rend nécessaires.

(4) 1952 B.R. 534, p. 535.

(5) (1915) 47 CS 131, p. 133.

(6) *Gendron vs Dame Lévesque et vtr*, 1955 CS 412, p. 412.

L'autorisation était toujours nécessaire, sous tous les régimes, car elle découlait du principe de puissance maritale qui régissait les activités de la femme.

Mais Langelier⁽⁷⁾ n'est pas d'accord. Pour la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, l'autorisation n'était pas nécessaire, car la femme pouvait faire des actes d'administration sur ses biens librement. Le commerce, pour Langelier, c'est un mode d'administration.

Perrault⁽⁸⁾ lui répond que la femme s'oblige sous n'importe quel régime, et que l'exécution de l'obligation rejaillit sur ses meubles et immeubles, que ce n'est pas une simple administration de biens; que les effets sur le patrimoine font que le consentement était toujours requis.

En 1930-1931, le code civil a été amendé de manière à permettre à l'épouse, mariée sous n'importe quel régime, d'administrer les biens et les revenus de son propre travail. Ce sont les articles 1425a-i, qui règlent les biens réservés de la femme : elle pouvait aliéner à titre onéreux, ou ester en justice pour les choses relatives à ces biens sans avoir besoin de l'autorisation de son mari. Alors, le problème consiste à déterminer si ces articles allaient à l'encontre de l'article 179. Nous avons partiellement répondu à ceci par la cause de *Gendron vs Dame Lévesque* citée plus haut, et Perrault ajoute :

"... ces articles, tout en effaçant partiellement cette incapacité, n'ont pour effet de porter atteinte aux droits du mari sur la personne de sa femme... ni mettre de côté 179 c.c." ⁽⁹⁾

Pour mieux comprendre la règle de l'autorisation maritale, il sera bien de la comparer avec l'autorisation en matière civile où le consentement ne pouvait jamais être tacite ou présumé; il était toujours exprès. Il n'était jamais général, mais requis pour chaque acte; pour la commerçante, une autorisation suffisait pour toutes ses transactions. Que l'autorisation soit spécifique était une règle stricte, ne laissant aucune marge. La jurisprudence a démontré sa sévérité dans une cause où l'action pour le prix d'un réfrigérateur de marque "X" fut rejetée parce que le mari n'avait consenti qu'à l'achat d'un réfrigérateur de marque "Y". ⁽¹⁰⁾

(7) Cours de droit civil, tome I, p. 319.

(8) Traité de droit commercial, tome II, p. 668.

(9) Ibid., p. 674.

(10) *General Refrigeration Equipment Ltd. vs Bouin*, 1951 BR, 534.

En matières civiles, il fallait le concours du mari dans l'acte que posait sa femme, ou son consentement, par écrit; nous avons vu que ce ne fut pas le cas en matières commerciales. Le défaut d'autorisation maritale entachait l'acte d'une nullité absolue. Par conséquent, le consentement ultérieur n'avait pour effet de ratifier l'acte. Donc, le consentement devait être antérieur ou concomitant à l'acte; à défaut, l'acte était nul *ab initio*.

L'autorisation maritale devait être continue, et le mari avait le droit de la révoquer quand il le voulait. La seule condition était que cette révocation ne nuise pas aux tiers qui ont eu affaire avec la femme. C'était au mari de prendre les mesures de publicité qu'il aurait jugées convenables, afin de faire reconnaître cette révocation.

Le besoin de l'autorisation judiciaire fut énoncé à l'ancien article 180 c.c. "Si le mari est interdit, ou dans l'impossibilité de faire connaître sa volonté en temps utile, soit par éloignement ou autrement, le juge peut autoriser la femme . . . à être marchande publique". Mais qu'est-ce qu'il arriverait si le mari refusait de donner son autorisation sans juste raison? À nulle part dans le code on n'a traité de cette situation.

Avant les amendements de 1931, la cour, en raison de la sévérité de la loi à l'égard de la femme voulant faire quelque acte que ce soit avec ses propres deniers, avait tendance à tempérer les exigences de l'article 179, le besoin d'autorisation maritale, pourvu que la femme ne soit pas sous le régime de la communauté de biens. Mais, par la suite, on en était venu à l'argument que, en corrélation avec les dispositions, c'était plus juridique de se tenir aux termes de l'article 179, joint aux provisions réglementant la capacité de la femme mariée de contracter : en d'autres mots, il fallait toujours l'autorisation maritale, sauf dans les cas restreints de l'article 180 c.c.

Envisageons le cas d'une famille dont le père est chômeur et s'abstient de chercher du travail. Le mari refuse d'accorder à sa femme la permission nécessaire pour ouvrir un petit négoce, en vue d'améliorer la condition pénible de son ménage. Semble-t-il qu'ici la maxime du droit civil "tout ce qui n'est pas défendu est permis" ne s'appliquait pas; le juge, n'ayant pas reçu la permission du code, ne pouvait remédier à cette situation, malgré le fait que la femme se trouvait dans l'indigence par la faute de son mari. La loi a voulu pousser le principe de l'autorité maritale trop loin; en France, le tribunal exerce un certain contrôle sur le pouvoir du mari, pour que la femme ait le droit d'exercer

une profession. À Québec, nous pourrions dire avec Coutu au sujet de l'ancienne législation :

"On semble avoir voulu préserver l'autorité maritale en ne traitant pas de ce problème dans notre loi, et les auteurs ne s'offusquent pas de cet état de choses." (11)

Depuis l'adoption du Bill 16, on ne parle plus de l'autorisation, car le nouvel article 181 énonce que : "La femme mariée peut exercer une profession distincte de celle de son mari". La nécessité de l'approbation de l'époux est disparue, même si le texte ne le dit pas. Le mari ne peut plus poser d'objection, et son refus n'aurait aucune portée juridique. Mais nous n'avons pas encore de jurisprudence sur le sujet, et il se peut fort bien que ce principe subisse des modifications, une fois mis en épreuve devant les tribunaux. Brière⁽¹²⁾ nous donne une idée de ce qui se produit quand les juristes se mettent à la tâche d'interpréter la loi :

"Il y a cependant lieu d'observer que le plaideur audacieux pourrait, en ayant recours à la motion d'abus de droit, faire valoir, avec quelque chance de succès, que l'exercice par la femme de telle ou telle profession est contraire à l'intérêt de la famille, le cas échéant, et obtenir en conséquence que l'opposition du mari fût maintenue."

Notons seulement que ce plaideur court un autre risque, car la notion d'abus de droit n'a jamais été bien vue par les tribunaux à Québec, car on soutient la théorie que le droit cesse où l'abus commence.

L'exception à cette règle de largesse, c'est la femme commune en biens. Dans son cas, le mari peut poser une opposition à son état de commerçant, mais ce n'est pas, malgré la rédaction malheureuse de l'article 182, alinéa 6, un refus. Cette simple opposition n'empêche pas la femme de faire commerce. Ce "refus qui n'a d'effet qu'à l'égard du tiers qui en a connaissance, fait en sorte que les engagements de la femme commerçante ne sont pas opposables à son mari.

Il y a un problème qui se pose à l'article 1425b. En cas d'abus de pouvoir d'administration ou de mauvaise gestion, le mari peut, "sur requête signifiée à sa femme, et adressée à un juge . . . obtenir le retrait partiel ou entier de ces pouvoirs ainsi que le droit d'administrer lui-même les biens personnels de sa femme et d'exercer les actions mobilières et pos-

(11) IO Thémis 117, p. 120.

(12) Op. cit., p. 9.

cessoires qui s'y rapportent".⁽¹³⁾ La femme a pouvoir de faire commerce sans autorisation; le mari ne peut refuser, mais il peut faire retirer ses pouvoirs par l'article 1425b, pour ce qui a trait à ses biens réservés. Par définition, les biens réservés de la femme sont le produit de son travail personnel.⁽¹⁴⁾ Le travail personnel, c'est son commerce. Alors, comment veut-on que la femme, frappée d'un tel jugement, continue à faire le commerce, chose que le principe de la loi lui permet quelle que soit l'objection de son mari ?

La loi est censée protéger le tiers, mais en pratique, pour obtenir une certitude absolue que la femme a le droit de faire commerce, il devra vérifier au greffe de la Cour Supérieure pour constater l'absence d'opposition du mari, car ce dernier est obligé de l'enregistrer, à moins que la femme ne produise un jugement l'autorisant, ou une autorisation expresse du mari.

2 - La femme mariée commerçante : sa capacité

Dès que son commerce est mis sur pied, la femme mariée n'a plus à s'occuper de l'autorisation (au sens des anciennes règles) ou de l'opposition possible du mari sous le présent code. Ce qui importe à savoir de jour en jour c'est l'étendue de ses pouvoirs : ce qu'elle peut faire sans le concours du mari dans l'acte. Nous allons examiner, premièrement, le principe de la capacité avant et après le Bill 16, et deuxièmement, la mise en application de cette capacité dans ses transactions.

Avant l'adoption de la présente loi, l'incapacité était la règle pour toutes les femmes, communes ou séparées. Elles étaient incapables d'agir civilement et d'ester en justice sans que leurs actes soient frappés de nullité absolue. La capacité était l'exception, notamment pour la femme séparée de biens, la femme séparée de corps, et les biens réservés, mais le principe demeurait pour les autres cas. Les tribunaux, traitant de ces provisions, sont venus à l'opinion que l'inverse était vrai, que la femme était plus capable qu'incapable, mais, selon Brière : "on constate aujourd'hui que ces magistrats avaient le seul tort de devancer le législateur, mais c'est tout de même un tort".⁽¹⁵⁾

La femme commerçante jouissait d'une situation spéciale, car elle

(13) Art. 1298 c. c.

(14) Art. 1425 c. c.

(15) Op. cit., p. 16.

pouvait, "sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce..."⁽¹⁶⁾ Une fois autorisée à faire commerce, elle pouvait poser toutes les opérations commerciales concernant son négoce sans avoir besoin de la permission de son mari pour chaque acte. En fait, elle devenait, aux yeux de la loi, comme une fille ou une veuve faisant affaires.

À l'heure actuelle, la capacité est la règle absolue. Selon l'article 177, "la femme mariée a pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial". Mais on voit dans la dernière partie de l'article l'éternelle exception — certaines réserves pour la femme commune en biens. Comtois constate que :

"Sa capacité peut être théoriquement complète, mais ses pouvoirs réels et ses droits seront généralement limités par l'affectation du patrimoine commun des acquêts et le revenu des propres aux charges du ménage."⁽¹⁷⁾

Quels sont les actes que la femme marchande publique peut poser ? Elle est entièrement capable pour ce qui a trait à son commerce. Avant le Bill 16, nous avons vu que la distinction entre pouvoir civil et commercial était très importante, car s'il y avait doute, si la commercialité n'était pas apparente, la règle du droit commun s'appliquerait l'incapacité était présumée. Sa position était exceptionnelle; alors, les règles étaient strictes. Ainsi dans la cause de *Industrial Plumbing and Heating Company Ltd. vs Dame Samson et-vir*⁽¹⁸⁾ il a été décidé que :

Une action dirigée contre une femme commune en biens faisant affaires seule sous le nom d'une raison sociale ne peut être accueillie s'il est établi que la défenderesse a endossé un billet à la demande d'un des membres de sa famille pour une affaire étrangère à son commerce, sans le concours et le consentement de son mari.

Sous toutes les lois, la femme marchande peut s'obliger. Ceci comprend toutes les obligations ordinaires qu'entraîne le genre de commerce exercé par la femme marchande publique. Elle peut (et pouvait sans autorisation spéciale), emprunter les sommes d'argent pour les fins de son commerce, ainsi que signer seule un billet ou tout autre instrument de crédit reconnaissant ce prêt.

(16) Art. 179 c.c. (ancien article).

(17) (1964) 67 R. de N. 103.

(18) 1953 CS 208.

Sous l'ancienne loi, la femme voulant vendre son commerce pouvait le vendre non comme femme mariée commerçante, mais parce qu'elle était séparée de biens.⁽¹⁹⁾ Nous sommes de nouveau en présence de la règle qui qualifie l'acte selon sa nature, non selon l'auteur. La vente du commerce est un acte civil qui n'a rien à faire avec les raisons pour lesquelles elle est devenue commerçante. Elle pouvait ainsi librement vendre les meubles et immeubles y compris, mais Perrault est d'avis qu'il aurait mieux valu qu'elle obtienne, relativement aux immeubles, une autorisation spéciale du mari. Pour la femme commune en biens, il lui fallait une autorisation spéciale du mari ou du juge relativement à la vente de ce fonds de commerce.

Après avoir cessé de faire commerce, la femme avait encore quelques pouvoirs : ceux donnés par l'article 1425a, et suivants — les biens réservés. Elle pouvait encore poser des actes quant aux biens acquis durant son négoce, qui forment une pécule réservé à sa libre administration, sans la nécessité de permission de son mari.

Pour n'importe quel acte judiciaire, sous les règles antérieures, l'autorisation du mari, expresse et spéciale, était nécessaire, selon l'ancien article 179. L'exception fut encore la femme séparée de biens, à cause de son régime, et non de son statut de commerçante.

Depuis l'adoption de la nouvelle loi, étant donné que la capacité est la règle, la femme est sujette seulement aux restrictions découlant de son régime matrimonial. En principe, elle peut faire tout acte relatif à son commerce comme auparavant, mais elle pourra aussi vendre les meubles et immeubles de son commerce librement. À toutes fins pratiques, la nécessité de la distinction entre actes commerciaux et civils disparaît, relatif à son état.

II — Effets patrimoniaux des engagements de la femme marchande publique

Avant l'entrée en vigueur du Bill 16, les actes de la femme mariée marchande publique n'avaient d'effets que lorsque le mari avait donné son consentement exprès ou tacite; le défaut d'une telle autorisation rendait ses actes "nuls ab initio". Mais depuis le premier juillet 1964, les engagements de la femme commerçante sont valables dans tous les cas, mais ne sont opposables au mari et le cas échéant à la communauté

(19) Perrault, op. cit. 11, p. 686.

que dans la mesure où il aura consenti à ce que son épouse exerce un négoce.

Pour étudier les effets patrimoniaux des engagements de la femme marchande publique, nous considérons d'une part le cas de la femme séparée de biens, et d'autre part, le cas de la femme commune en biens selon qu'elle exerce son négoce avec ou sans le consentement de son mari ou avec l'autorisation de la justice.

1 - Sous le régime de la séparation de biens

Notons tout d'abord que la femme mariée sous ce régime conserve, selon les termes de l'article 1422 c.c., l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens meubles et immeubles; même mariée, son patrimoine demeure distinct de celui de son mari. Si nous lisons cet article en référence avec l'article 181 c.c. qui énonce que la femme mariée peut exercer une profession distincte de celle de son mari, nous en arrivons à une double conclusion relativement aux effets de ses engagements en tant que marchande publique : 1) ses engagements ne sont exécutoires que sur son patrimoine; 2) ses engagements ne lient jamais son mari.

Les engagements de la femme marchande publique séparée de biens ne sont exécutoires que sur son patrimoine. Il est à remarquer que le Bill 16 n'a aucunement modifié cet état de choses; la seule innovation qui nous intéresse dans le cas que nous étudions, consiste dans le fait que dorénavant la femme séparée de biens peut exercer son négoce sans l'autorisation maritale; elle a donc une entière capacité pour l'exercice d'un commerce et elle peut aliéner ses biens immobiliers sans aucune restriction.

La clause de séparation de biens a pour but essentiel de faire subsister les deux patrimoines des époux et d'échapper aux lois et coutumes générales du pays et notamment au fait qu'il y ait entre eux communauté de biens. Par conséquent, le patrimoine de la femme est complètement indépendant de celui du mari et ainsi ses obligations et ses droits en tant que commerçante, comme tous ses engagements en général, n'ont d'effets que sur son patrimoine. La femme seule s'engage comme s'engagerait n'importe quel individu qui n'est pas jugé incapable par la loi.

Prenons pour exemple une femme séparée de biens dont le patrimoine se chiffrerait à \$40,000; elle peut faire ce qu'elle veut de ce mon-

tant. Elle décide de se lancer dans le commerce en faisant l'acquisition d'un restaurant. Lors de la signature du contrat de vente, elle agira seule, sans la participation de son mari, puisque la loi la déclare capable. Imaginons que les affaires aillent mal et qu'au bout d'une année elle soit criblée de dettes; ses créanciers n'auront de recours que contre son patrimoine, ils ne pourront se payer que sur ses biens puisque son patrimoine est distinct de celui de son mari. Mais d'autre part, si les affaires vont bien et qu'après une année d'opération son capital initial ait doublé, seul son patrimoine en profitera.

Somme toute, la situation de la femme marchande publique séparée de biens peut se résumer à ceci : elle jouit d'une capacité absolue et ses engagements ont tous les effets prévus soit par la loi, soit par les obligations qu'elle a contractées.

Ainsi, les créanciers de l'épouse ne pourront pas poursuivre le mari en justice pour le paiement des dettes que celle-ci a contractées dans l'exercice de son négoce; de plus, ni le mari, ni les héritiers de ce dernier ne pourront réclamer par une action devant les tribunaux une part des profits du commerce exercé par l'épouse.

En conclusion, le Bill 16 a fait de la femme mariée sous le régime de séparations de biens une citoyenne à part entière et l'application de ce principe dans l'hypothèse où elle exerce un négoce ne souffre aucune restriction. Par conséquent, on appliquera à la femme commerçante séparée de biens les règles de droit commun comme on le fait pour tout commerçant en général; en fait et en droit, il ne se pose dorénavant aucun problème relativement aux effets patrimoniaux de ses engagements en tant que commerçante; en effet, la loi ne prévoit des restrictions découlant du régime matrimonial que dans le cas de la communauté de biens.

2 - Sous le régime de la communauté de biens

Nous avons vu dans le premier point que la situation de la femme commerçante séparée de biens suit les règles générales appliquées au commerçant. Mais il n'en est pas de même pour la commerçante dont le régime matrimonial est la communauté de biens. En effet, la loi prévoit dans cette hypothèse certaines restrictions aux effets patrimoniaux de ses engagements dans l'exercice de son négoce. Nous devons d'autre part considérer la théorie des biens réservés qui assimile la femme commune en biens commerçante — cette théorie s'applique à la femme com-

mune en biens en général — à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens.

La femme commune en biens marchande publique ne souffre qu'une seule restriction découlant de son régime matrimonial; bien qu'elle soit capable de poser des actes valables dans son commerce sans le consentement de son mari ou sans l'autorisation de la justice, elle est tout de même tenue d'obtenir ce consentement ou cette autorisation pour obliger son mari et la communauté.

Dans cette optique, nous allons étudier les effets patrimoniaux des engagements de la femme marchande publique commune en biens selon qu'elle exerce son négoce 1) *sans autorisation*, 2) *avec l'autorisation judiciaire* ou enfin, 3) *avec le consentement du mari*.

La femme commune en biens exerce un négoce sans autorisation. L'article 182 al. 1 prévoit que, dans cette hypothèse, elle n'engage la communauté que jusqu'à concurrence du profit que cette dernière en retire. Et au troisième alinéa du même article, nous lisons que "les engagements pris par la femme commune en biens dans l'exercice de son négoce ne sont pas opposables au mari si les tiers avec lesquels elle contracte ont connaissance du défaut de consentement du mari au moment où ils traitent avec elle". De plus, il est édicté à l'article 1425e que "les créanciers de la femme — commune en biens — peuvent poursuivre le paiement de leurs créanciers sur ses biens réservés".

Ces trois dispositions du code civil prévoient les principaux effets des engagements commerciaux de la femme commune en biens. Nous remarquons que ces effets se rapportent au patrimoine de l'épouse, à celui du mari et à la communauté. Ses engagements sont valables dans tous les cas, nonobstant le défaut d'autorisation; ses biens personnels sont engagés par les actes de commerce qu'elle pose. En effet, l'obligation commerciale est exécutoire contre elle durant l'existence de la communauté; le Bill 16 n'a rien changé à cette situation puisque auparavant la femme commune en biens commerçante devait répondre de ses dettes sur ses biens, le cas échéant. La seule modification apportée par cette loi consiste, comme nous l'avons démontré dans la première partie de ce travail, dans le fait que tous les engagements de la femme sont valables nonobstant le défaut de consentement du mari. Bref, la femme commerçante commune en biens engage ses biens personnels en exerçant un négoce dans tous les cas, même si le mari "a déposé au bureau du protonotaire de la Cour Supérieure du district où a lieu ce négoce une déclaration à l'effet qu'il s'exerce sans son consentement".

Nous retrouvons dans la jurisprudence antérieure au Bill 16 et à la loi 1930-31, c. 101, a. 27 l'application de cette règle; en effet, dans la cause de *Inglis vs Dame Mary O'Connor & Vir* ⁽²⁰⁾ le tribunal a statué que :

"A Wife common as to property who contracts as "marchande publique" for the purposes of her business, binds herself personally, and the fact that she also binds her husband and that the debts so contracted become also debts of the community, does not alter the relation existing between her and her creditor, and does not prevent the latter from exercising his recourse against her."

Somme toute, le premier effet des engagements de la femme commune en biens commerçante consiste dans le fait qu'ils seront exécutoires sur ses biens personnels; le patrimoine de la femme profitera des bénéfices du négoce et subira les dettes qui en sont issues.

D'autre part, la communauté ne sera engagée que jusqu'à concurrence du profit qu'elle retire des engagements de l'épouse. Cette disposition, comme le fait remarquer Me Roger Comtois dans son article sur "Les époux communs en biens depuis le Bill 16", n'innove ⁽²¹⁾ pas sur l'ancien droit, puisque l'article 1296, lequel n'a pas changé, prévoyait déjà que les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite.

Avant 1931, si la femme assumait les fonctions de marchande publique sans la connaissance ou le consentement de son mari, ni ce dernier ni la communauté ne pouvaient être recherchés pour les obligations contractées par elle à raison de ce commerce. ⁽²²⁾

Aujourd'hui, le mari ne peut se contenter de refuser son consentement à son épouse qui veut devenir commerçante. En effet, l'alinéa quatrième de l'article 182 prévoit certaines formalités qui doivent être accomplies par le mari qui ne consent pas à ce que son épouse exerce un négoce. Ce mari, selon les termes de l'article 182, doit déposer au bureau du protonotaire de la Cour Supérieure du district où a lieu ce négoce une déclaration à l'effet qu'il s'exerce sans son consentement; alors, seulement les tiers seront censés avoir acquis la connaissance du défaut de consentement du mari. Il ne faut pas oublier que le principe de la

(20) 4 C.S. 88.

(21) Comtois, Roger : "Les époux communs en biens depuis le Bill 16". *Lois nouvelles*, op. cit., p. 47.

(22) 34 L.C.J. 231; 6 C.S. 309; 6 C.S. 258.

responsabilité du mari, dans cette affaire, est son autorisation expresse ou présumée; l'absence de pareille autorisation fait disparaître sa responsabilité personnelle.⁽²³⁾ C'est pourquoi le législateur a voulu prévoir certaines formalités pour protéger les tiers qui faisaient affaire avec l'épouse commune en biens.

L'épouse commune en biens qui exercera un négoce avec l'autorisation de la justice obligera la communauté sans limite. Telle est la règle énoncée par l'alinéa 5 de l'article 182. Avant le Bill 16, l'article 1296 mettait sur le même pied les actes faits par la femme sans le consentement du mari et ceux qu'elle posait avec l'autorisation de la justice; le mari et la communauté n'étaient pas engagés sauf, quant à cette dernière, dans la mesure du profit qu'elle tirait de l'opération. Nous n'avons pas ici à faire la critique de cette disposition du Bill 16; nous ne voulons que constater les effets de cette autorisation judiciaire.

Ainsi, la communauté pourra profiter pleinement des bénéfices du commerce de la femme, mais d'autre part, elle devra aussi répondre des dettes issues du négoce. Cependant, le patrimoine du mari ne sera pas affecté par les engagements de son épouse qui a été autorisée par le tribunal à exercer un commerce; il doit pour s'engager donner son consentement exprès ou tacite.

L'article 1290 énonce que "les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme". Selon Me Roger Comtois, cette responsabilité sur les biens propres du mari est assez surprenante; elle ne s'expliquerait pas autrement que par le fait de la confusion, durant le mariage, du patrimoine personnel du mari avec celui de la communauté. Mais je serais plutôt porté à croire que l'on pourrait, jusqu'à un certain point, assimiler cette responsabilité avec le cautionnement. En effet, pour le tiers qui contracte avec une femme commune en biens qui exerce un négoce avec l'autorisation maritale, le mari serait, en fait, une personne qui s'engage à remplir l'obligation d'une autre — en l'occurrence de son épouse — pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas. Mais il se présente une difficulté dans cette hypothèse puisque le cautionnement ne se présume pas, alors que le consentement du mari peut se présumer.

D'autre part, certains auteurs sont d'avis que le caractère commercial de la dette issue du négoce de la femme commune en biens commer-

(23) 6 C.S. 285.

çante engendre une solidarité passive, entre les époux et la communauté. Mais encore ici, la solidarité ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément stipulée.⁽²⁴⁾ Il semblerait qu'il faille appliquer l'exception de cette règle : dans les affaires de commerce, l'obligation est présumée solidaire; mais la règle générale énoncée par l'article 1290 c.c. n'appartient pas au droit commercial strictement. Par conséquent, on ne peut l'expliquer en ayant recours à une règle de droit commercial.

Il existe donc un triple recours en faveur du tiers qui a contracté avec une femme commerçante commune en biens qui exerce son négoce avec le consentement exprès ou présumé de son mari; en effet, il peut poursuivre soit la femme elle-même, soit la communauté, soit le mari.

En conclusion, les actes posés par la femme mariée commerçante sont valables puisqu'elle est capable; mais il faut se demander dans quels cas ils sont opposables au mari. Nous savons en effet que l'exercice de la capacité de la femme mariée est limité par le régime matrimonial des époux : sans le consentement de son mari, la femme commune en biens n'engage que son pécule réservé; pour se procurer un indispensable crédit, la femme mariée commune en biens doit tenir compte de l'attitude de son mari.

BIBLIOGRAPHIE

BRIÈRE, GERMAIN : "Le nouveau statut juridique de la femme mariée". *Lois Nouvelles*, Presses de l'Université de Montréal, 1965.

COMTOIS, ROGER : "Commentaires sur la "Loi sur la capacité juridique de la femme mariée", (1964) 67 R. du N. 103.

"Les époux communs en biens depuis le Bill 16". *Lois Nouvelles*, op. cit.

COUTU, J.-C. : "L'autorisation judiciaire de la femme mariée", 10 *Thémis* 117.

DÉBATS PARLEMENTAIRES : 11 et 13 février, 1964.

PERRAULT : *Traité de droit commercial*, Tomes II et III.

TRUDEL, GÉRARD : "Capacité de la femme mariée", (1948) 26 CBR 147.

(24) Art. 1105 c.c.