

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

ROMPRE UN COMMERCE INTIME ENTRE L'ÉCONOMIE ET LE
DROIT : ÉTUDE SUR L'EXISTENCE AFFRANCHIE DU COMMERCE
JURIDIQUE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
JESSICA LEBLANC

AOÛT 2021

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements sont adressés à la directrice de ce mémoire, Gaële Gidrol-Mistral, professeure au Département des sciences juridiques de l'UQAM. La concrétisation de ce mémoire lui est en très grande partie attribuable. Sans la patience, le professionnalisme, l'intelligence et la confiance dont elle a fait preuve tant à mon égard qu'à l'intention de ce sujet, les nombreuses difficultés rencontrées au cours de la rédaction auraient réussi à me décourager.

Je souhaite également remercier le personnel dévoué et passionné des bibliothèques de droit, tout particulièrement celui de la bibliothèque des sciences juridiques de l'UQAM, celui de la bibliothèque de droit Nahum-Gelber de l'Université McGill et celui de la bibliothèque du CAIJ à Québec. Votre travail est essentiel à toute entreprise de recherche.

Je remercie au passage mes camarades de la maîtrise en droit, avec qui il était plus qu'agréable de travailler et discuter : Mathilde, Béatrice, Lucia, Geneviève, Delphine. Un remerciement spécial à Alexandra B.-D., dont la capacité à s'entretenir intelligemment de tout et de rien, et même de droit des biens, me fascinera toujours.

Merci enfin à Francis-Olivier L., pour la stabilité et le soutien.

Ce mémoire a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Fonds de recherche du Québec – Société et culture.

*À l'honorable Guy Gagnon,
juge à la Cour d'appel du Québec,
pour sa confiance*

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|------|
| LISTE DES FIGURES | vii |
| RÉSUMÉ | viii |
| <i>ABSTRACT</i> | ix |
| INTRODUCTION | 1 |
| CHAPITRE I | |
| GENÈSE DU COMMERCE JURIDIQUE..... | 5 |
| 1.1 Les fondements étymologiques, historiques et moraux de la notion de <i>commercium</i> | 6 |
| 1.1.1 La polysémie de la notion de <i>commercium</i> | 8 |
| 1.1.2 La déformation du <i>commercium</i> romain en catégorie distinguant les « choses hors commerce » | 11 |
| 1.1.3 La fonction de protection du sacré | 13 |
| 1.1.4 Conclusion | 18 |
| 1.2 Les fondements juridiques du commerce juridique..... | 20 |
| 1.2.1 Le commerce juridique dans le <i>Code civil du Bas-Canada</i> | 20 |
| 1.2.2 Le commerce juridique dans le <i>Code civil du Québec</i> | 24 |
| 1.2.3 Les interprétations des tribunaux | 30 |
| 1.2.4 Conclusion | 36 |
| 1.3 Conclusion du chapitre I..... | 36 |

CHAPITRE II

| | |
|--|----|
| ÉTENDUE DU COMMERCE JURIDIQUE | 38 |
| 2.1 Le commerce juridique selon la doctrine contemporaine | 38 |
| 2.1.1 Prolégomènes quant à la distinction entre la chose et le bien..... | 40 |
| 2.1.2 Le commerce juridique comme ensemble des activités de transfert patrimonial..... | 44 |
| 2.1.3 Le rôle de la circulation dans l’accomplissement de la fonction du patrimoine | 51 |
| 2.1.4 Le commerce juridique comme l’ensemble des activités par lesquelles les personnes établissent des rapports entre elles..... | 53 |
| 2.1.5 Conclusion | 54 |
| 2.2 La définition du commerce juridique | 55 |
| 2.2.1 Les rapports généraux entre l’économie et le droit | 56 |
| 2.2.2 La dimension relationnelle du commerce juridique | 64 |
| 2.2.3 L’objet des rapports de droit visés par le commerce juridique..... | 69 |
| 2.2.4 La distinction entre le commerce juridique et le commerce marchand..... | 74 |
| 2.2.5 Conclusion..... | 81 |
| 2.3 Conclusion du chapitre II..... | 81 |

CHAPITRE III

| | |
|---|----|
| LIMITES DU COMMERCE JURIDIQUE | 83 |
| 3.1 Les critères de détermination des biens hors commerce | 83 |
| 3.1.1 Les biens hors commerce par nature | 85 |
| 3.1.2 Les biens hors commerce par affectation | 87 |
| 3.1.3 Les interprétations mitoyennes | 96 |
| 3.1.4 Conclusion | 98 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.2 | Le commerce juridique considéré à l'aune des différentes qualités d'un bien..... | 98 |
| 3.2.1 | Le commerce juridique, la qualité hors commerce et l'extracommercialité..... | 99 |
| 3.2.2 | Le commerce juridique et la patrimonialité d'un bien | 101 |
| 3.2.3 | Le commerce juridique et l'indisponibilité d'un bien | 105 |
| 3.2.4 | Conclusion | 108 |
| 3.3 | Conclusion du chapitre III | 109 |
| | CONCLUSION..... | 111 |
| | BIBLIOGRAPHIE | 114 |

LISTE DES FIGURES

| Figure | Page |
|---|------|
| 2.1 Degrés de commercialité | 74 |
| 3.1 Degrés de commercialité et autres notions | 109 |

RÉSUMÉ

Ce mémoire porte sur la notion de commerce juridique. À travers l'étude de sa genèse en droit romain, de son étendue et de ses limites, il est proposé de poser une définition du commerce juridique affranchie de son pendant économique, le commerce marchand, lequel correspond à l'ensemble des activités visant l'établissement d'un échange à caractère économique. Le commerce juridique et le commerce marchand partagent les mêmes racines étymologiques et sont tous les deux l'expression de relations humaines. Pendant longtemps, juristes et juristes contemporains ont associé ces deux notions, établissant une relation presque consubstantielle entre elles. Le commerce marchand trouvait ainsi une antinomie en la figure des « biens hors commerce », laquelle perdura du droit romain jusqu'à son inscription dans le *Code civil du Québec*. Or, commerce juridique et commerce marchand ne se fondent pas l'un dans l'autre, chacun renvoyant à une sphère d'activité humaine distincte, avec des relations humaines qui leur sont propres. Dans ce mémoire, la thèse selon laquelle le commerce juridique ne peut être limité à la circulation des biens entre patrimoines, mais doit être entendu comme l'ensemble des activités par lesquelles les sujets établissent des rapports de droit par rapport à un bien, est donc défendue.

Mots clés : commerce juridique; commerce marchand; définition; biens hors commerce; extracommercialité; circulation; transfert patrimonial.

ABSTRACT

This thesis deals with the notion of legal commerce. Through the study of its genesis in Roman law, its scope and its limits, we propose to establish a definition of legal commerce freed from its economic counterpart, commercial trade, which corresponds to all the activities aimed at the establishment of an economic exchange. Legal commerce and commercial trade share the same etymological roots and are both expressions of human relations. For a long time, juriconsultes and contemporean jurists have associated these two notions, establishing an almost consubstantial relationship between them. Commercial trade thus found an antinomy in the figure of "object not in commerce", which notion originated in Roman law and was incorporated into the Civil Code of Quebec. However, legal commerce and commercial commerce can't be confused one with the other, each referring to a distinct sphere of human activity, with human relationships that are specific to them. In this thesis, it is therefore defended that legal commerce cannot be limited to the movement of properties between patrimonies, but must be understood as the set of activities through which subjects establish legal relationships with respect to properties.

Keywords: legal commerce; commercial trade; definition; object not in commerce; extracommercialité; circulation; patrimonial transfer.

INTRODUCTION

Devant l'intrusion du libéralisme économique et du capitalisme dans la moindre sphère de l'activité humaine, le droit est en quête de solutions. L'environnement¹, le patrimoine culturel², le corps humain³ ou la vie privée⁴ requièrent une protection qui, souvent, prend la forme d'une mise hors commerce juridique, assurant ainsi l'imprescriptibilité, l'insaisissabilité et l'inaliénabilité de certains biens.

Si les biens⁵ hors du commerce font partie de ces notions souvent répétées, mais jamais – ou du moins rarement – étudiées⁶, la notion de commerce juridique censée

¹ Sur le statut juridique de l'eau, voir Yenny Vega Cárdenas, *La construction sociale du statut juridique de l'eau : le cas du Québec et du Mexique* (Thèse de Doctorat, Université de Montréal, 2012).

² Marie Cornu, « La mise hors commerce des biens culturels comme mode de protection » (2006) N° 36:2 LEGICOM 75-89.

³ Marie-Angèle Hermitte, « Le corps hors commerce, hors du marché » (1988) 33 Archives de Philosophie du Droit 323.

⁴ Isabelle Moine, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

⁵ Dans ce mémoire, la thèse selon laquelle seuls les biens sont dans le commerce ou hors du commerce est défendue. Les choses ne sont pas concernées par le commerce juridique. Voir les Sous-sections 2.1.1 Prolégomènes quant à la distinction entre la chose et le bien et 2.2.3 L'objet des rapports de droit visés par le commerce juridique.

⁶ Jean Goulet, « Un requiem pour les choses sacrées. Un commentaire sur la disparition des choses sacrées au Code civil du Québec » dans Ernest Caparros, dir, *Mélanges Germain Brière*, coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 383 à la p 388.

les encadrer souffre encore davantage de ce vide. Or, l'une ne va pas sans l'autre. Les biens hors commerce sont en effet soumis à un régime particulier dans la mesure où ils sont soustraits de cet ensemble ou de cet espace que représente le commerce juridique.

Un rapide coup d'œil aux dictionnaires juridiques montre l'absence de définition de la notion de commerce juridique. En revanche, le terme commerce, employé seul, est quant à lui défini dans le *Dictionnaire de droit privé – Les biens* : il s'agit de « [l'e]nsemble des activités qui, accomplies dans un but de profit ou de spéculation, contribuent à la production et à la circulation des biens, ainsi qu'à la production de service »⁷.

Si cette définition – et l'absence d'entrée dédiée au commerce juridique⁸ – fait sourciller la juriste, elle n'est pas étonnante pour autant. Dès 1953, le professeur Savatier notait la compénétration générale du droit et de l'économie entraînée par notre mode de production capitaliste⁹. Les tenants de l'analyse économique du droit proclament également l'influence de l'économie sur les notions de droit depuis longtemps. Pour ces derniers,

[b]on nombre des institutions juridiques classiques tels l'usufruit, l'accession ou la clause de réserve du droit de propriété ne sont rien d'autre qu'une réglementation de relations économiques subtiles. Toutefois, elles sont si subtilement ancrées dans le droit positif que nous ne les percevons que comme

⁷ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, Cowansville, Yvon Blais, 2012 *sub verbo* « Commerce ».

⁸ La 2^e édition du Dictionnaire de droit privé présentait bien une définition plus large, et plus juridique, du commerce, soit « [l'e]nsemble des activités juridiques relatives aux biens et aux services ». Cette définition n'est pas reprise dans les versions plus récentes du dictionnaire.

⁹ René Savatier, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XXe siècle » (1953) 4:1 *Revue économique* 115 à la p 122.

des concepts juridiques, sans nous rendre compte de leur signification économique.¹⁰

En ce qui concerne la notion de commerce juridique, celle-ci est durablement ancrée dans la tradition de droit civil et on ne peut la réduire au commerce marchand tel qu'il existe aujourd'hui sans commettre l'erreur d'ignorer ses fondements historiques et juridiques. En effet, on connaît très bien l'origine romaine du commerce juridique en raison de la notion de *commercium* et de l'expression *res extra commercio*. Ces notions ont perduré jusqu'à aujourd'hui à travers différents codes civils. Quel sens cette notion de commerce juridique revêt-elle aujourd'hui? Permet-elle de répondre adéquatement aux préoccupations concernant la circulation de certains biens qui requièrent une protection contre les effets délétères du marché?

L'objectif de cette recherche consiste à élaborer une définition de la notion de commerce juridique doublement affranchie : d'abord de ses origines romaines et ensuite de l'influence grandissante, et souvent indue, de l'économie. Nous voulons dégager une définition du commerce juridique à partir de ses fondements historiques, étymologiques et légaux, puis distinguer le commerce juridique du commerce marchand sans toutefois nier les interfaces communes à ces deux sphères d'activités. Établir cette distinction s'avère nécessaire afin de cerner correctement la catégorie de biens hors commerce et de réfléchir aux différents degrés de commercialité de certains biens.

Comprendre la notion de commerce juridique requiert de naviguer entre son origine romaine et son assimilation au commerce marchand. Cette approche exige donc de sonder à la fois la genèse du commerce juridique et ses assises légales

¹⁰ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd, Montréal, Dalloz, 2008 à la p 6.

actuelles (Chapitre I) afin de déterminer son étendue (Chapitre II) et ses limites (Chapitre III).

Au terme de cette recherche, nous parvenons à la conclusion que le commerce juridique peut être assimilé à l'ensemble des activités par lesquelles les sujets établissent des rapports de droit par rapport à un bien. Cet ensemble d'activité se distingue en premier lieu de la circulation juridique puisque cette dernière occasionne nécessairement un transfert de bien d'un patrimoine à un autre. Le commerce juridique se distingue également du commerce marchand en ce que ce dernier vise l'ensemble des activités ayant pour objectif d'établir un échange marchand, soit la cession d'un bien ou d'un service comprenant une contrepartie monétaire.

Enfin, notons que soulever l'influence de l'économie sur une notion précise du droit ne comporte en soi rien d'original. Néanmoins, notre recherche ne se limite pas à affirmer une telle liaison; elle vise à en comprendre les fondements, les implications et les limites du point de vue du droit.

CHAPITRE I

GENÈSE DU COMMERCE JURIDIQUE

La notion de commerce juridique puise son origine dans le droit romain. Dans le monde contemporain, les références au commerce juridique, tant au *Code civil français* qu'au *Code civil du Québec*, disparaissent peu à peu, pour ne conserver que les dispositions concernant l'imprescriptibilité des biens hors commerce et l'impossibilité de grever de tels biens d'une hypothèque¹¹.

Ce premier chapitre a pour objectif d'exposer la genèse du commerce juridique par le truchement de ses fondements historiques (Section 1) et juridiques (Section 2). Le développement, la transformation et la transmission de cette notion sont au centre des questionnements; c'est en effet là que se dévoilent les différents sens revêtus par la notion, de même que les confusions et les contradictions qui l'entourent.

¹¹ Voir les articles 2795 et 2876 du *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991.

1.1 Les fondements étymologiques, historiques et moraux de la notion de *commercium*

Dans cette première section, il sera question de la polysémie de la notion latine de *commercium* (Sous-section 1), de la création de la catégorie de choses¹² hors commerce à partir du *commercium* romain (Sous-section 2) et enfin de la fonction de protection du sacré attribuée à la notion de chose hors commerce (Sous-section 3).

Cette étude des fondements étymologiques et historiques du commerce juridique repose sur l'idée que les notions se construisent sur les significations qu'elles ont pu revêtir dans le passé. La professeure Véronique Fortin explique ainsi ce phénomène, qu'elle décrit comme une sédimentation :

In other words, when people invoke a term, such as occupation, they cannot help but simultaneously invoke earlier meanings of the term, even if deploying the term in a new context, and even if the term has acquired new meanings over time. Hence, to fully understand the various dimensions of the word occupation, and especially its performativity, one has to understand its past and its technical legal meaning.¹³

Il faut toutefois garder à l'esprit que cette étude n'a pas de prétentions historiques, en ce qu'elle n'a pas pour objectif d'établir précisément les faits passés et d'étudier la conception du commerce juridique des juristes romains – ceux ayant produit les

¹² L'expression « chose hors commerce » est utilisée dans cette sous-section au sens large en raison de la traduction latine du terme *res* par le terme chose, sans toutefois la limiter à la chose non soumise à l'appropriation.

¹³ La professeure Fortin parle de la mobilisation, par des non-juristes, de la notion d'occupation. Au contraire, dans ce mémoire, c'est bien la mobilisation de la notion de commerce juridique *par* des juristes qui nous intéresse. Néanmoins, puisque la notion de commerce juridique renvoie à des considérations extra-juridiques, nous estimons qu'un parallèle peut être établi entre les deux situations. Véronique Fortin, « Occupation, Exclusion and the "Homeless Problem" during Occupy Montreal » (2015) 5:1 Oñati Socio-legal Series 114 à la p 123. La professeure Fortin s'inspire elle-même de Judith Butler et de sa notion de « citationality » tirée de l'ouvrage *Bodies That Matter: On the discursive Limits of "Sex"*, New York, Routledge, 1993.

sources et ceux les ayant utilisées par la suite¹⁴. En effet, cette recherche vise à mettre en lumière la conception *actuelle* du commerce juridique, ses limites et ses possibilités. Les écrits étudiés ci-dessous sont davantage des éléments ou des manifestations d'une mémoire collective de juristes dans laquelle nous puisons pour nous représenter le monde et dont les notions et concepts composent le vocabulaire juridique actuel¹⁵.

¹⁴ Krysztof Pomian, *Sur l'histoire*, Paris, Gallimard, 1999 à la p 401.

¹⁵ Dans ce mémoire, le concept est compris comme une représentation abstraite et mentale d'un phénomène. Voir Gaële Gidrol-Mistral et Anne Saris, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain » (2013) 43 RDUS 209 à la p 161. Le concept juridique n'est ni plus ni moins qu'un concept employé par le droit. Tous les concepts ne constituent pas nécessairement une catégorie juridique puisqu'ils ne désignent pas toujours des régimes juridiques, soit un ensemble de règles, de principes ou de doctrines qui les sous-tendent. Voir Michelle Cumyn et Frédéric Gosselin, « Les catégories juridiques et la qualification: une approche cognitive » (2016) 62:2 RD McGill 330 aux pp 338 et 340. La professeure Cumyn donne l'exemple de la faute pour illustrer le cas d'un concept juridique qui ne correspond pas à une catégorie juridique : « La même remarque vaut pour les concepts juridiques : ils représentent des catégories juridiques seulement dans la mesure où ils désignent un ensemble de règles associé à un ensemble de situations factuelles. Par exemple, la faute n'est pas une catégorie juridique, alors que la responsabilité civile en est une. » Michelle Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit » (2011) 52:3-4 C de D 351 à la p 369. Pour le professeur Jean-Louis Bergel, les concepts se distinguent des notions, lesquelles sont « des objets de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible ». Selon lui, il existe également des notions dites « indéterminées » ou flexibles et susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive. Ces notions sont introduites afin de laisser aux juges ou aux autorités publiques une plus importante liberté d'appréciation. Ces notions ne sont pas indéfinissables; « mais la définition dont ils sont l'objet comporte certains éléments variables laissés à l'appréciation du juge en fonction des faits, dont la compréhension dépend du contexte social et idéologique du lieu, du moment [...] », Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2012, aux pp 228, 232-233, aux paras 170 et 174. On peut considérer que la notion de commerce juridique fait partie de ces notions « indéterminées ».

1.1.1 La polysémie de la notion de *commercium*

Le terme commerce est intimement lié au trafic des marchandises; commerce provient de *commercium*, « trafic, négoce »¹⁶ et renvoie notamment à *merx*, *mercis* : soit une marchandise¹⁷. Au sens usuel du terme, le commerce désigne donc l'activité d'acheter, de vendre ou d'échanger des marchandises. Ce terme désigne également le lieu dans lequel se déroulent ces échanges¹⁸.

En droit romain, la notion de *commercium* est marquée d'une polysémie qui permet de lui attribuer le sens de capacité des sujets romains d'une part ou de droit consenti aux étrangers d'autre part.

La capacité juridique des sujets romains se décline en deux idées fondamentales, chacune étant sujette à des limitations selon le statut occupé par l'individu dans la cité¹⁹. La capacité est appréciée selon le *connubium*, qui concerne le mariage romain, et le *commercium*, qui concerne la capacité juridique sous l'angle des biens. Les citoyens romains disposent du *connubium* comme du *commercium*²⁰. À ce dernier

¹⁶ Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir, *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2011.

¹⁷ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, *sub verbo* « Commerce ».

¹⁸ Centre national de la recherche scientifique, « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », en ligne: *Portail lexical* www.cnrtl.fr/portail/, *sub verbo* « Commerce ».

¹⁹ Le droit romain connaît trois classes de distinctions entre les individus. Friedrich Car von Savigny, *Traité de droit romain*, t 4, traduit par M Ch Guenous, Paris, Librairie de Firim Didot Frères, 1855 à la p 22.

²⁰ Anne-Marie Patault note par ailleurs que la propriété romaine est à usage exclusif des citoyens romains. Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, coll Droit civil, Paris, Presses Universitaires de France, 1989 à la p 18, para 4.

titre, ils ont la capacité de recourir à tous les procédés issus du droit privé, au premier chef desquels la *mancipatio*²¹.

La mancipation est le mode usuel de transfert des biens; en ce sens s'y rattachent la propriété, la *in jure cessio*²², l'usucapion et la revendication rigoureuse²³. D'autres conséquences dérivent de la mancipation : le droit aux servitudes, la capacité de produire un testament, d'en être bénéficiaire ou témoin, ainsi que la capacité de s'obliger²⁴. Le *commercium*, selon cette première acception (celle de capacité juridique des citoyens romains), permet donc d'accéder aux principales institutions du droit privé romain qui concernent les biens.

La mancipation disparut sous l'empereur Justinien²⁵. En raison de cette transformation, le terme *commercium* se substitua à celui de mancipation, se révélant avant tout aux romanistes dans un sens plus restreint, confiné au droit d'aliéner et d'acheter.

Selon un deuxième sens, le *commercium* désignait également les droits consentis aux étrangers. Savigny souligne le dédoublement de sens du terme *commercium*, mentionnant qu'à celui de capacité juridique à l'égard des biens s'ajoutait un sens

²¹ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2003 à la p 121.

²² La *in jure cessio* correspond à la cession d'un bien devant un magistrat, plutôt que devant un ensemble de témoins. Herbert Felix Jolowicz et Barry Nicholas, *Historical introduction to the study of roman law*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 1972 à la p 143.

²³ Savigny, *Traité de droit romain*, *supra* note 19 à la p 26.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ François Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Paris, LGDJ, 2002 à la p 75, para 95.

plus spécifique qui désignait la capacité d'acheter et de vendre²⁶. Ainsi, à l'époque ancienne (de la fondation de Rome à la guerre punique qui se termina en l'an 241 avant notre ère), le *commercium* était assimilé à « la faculté de prendre part à des modes internationaux de s'obliger ou de transférer la propriété »²⁷. La concession du *commercium* constituait la forme régulière d'ouvrir les relations juridiques internationales des Romains²⁸.

Dans un texte qui tient lieu de mise en garde contre la perception d'une immutabilité des institutions romaines, Gérard Sautel conteste cette interprétation qui fait remonter « à l'époque la plus ancienne la conception du *commercium* comme un droit concédé aux étrangers »²⁹. Bien que les appréhensions de l'auteur soient légitimes, la question de l'origine de ce deuxième sens revêt peu d'importance dans le cadre de cette recherche. Il est toutefois pertinent de souligner qu'une fois la mancipation abrogée sous l'empereur Justinien, le *commercium* fut réduit à son sens propre lié aux relations commerciales internationales des sujets romains.

²⁶ Savigny, *Traité de droit romain*, *supra* note 19 à la p 26.

²⁷ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, *supra* note 25 à la p 71, para 89.

²⁸ Rudolf von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t.1, 3^e éd, traduit par O de Meulenaere, Paris, A. Marescq, Aîné, 1886 à la p 234.

²⁹ Gérard Sautel, « Essai sur la notion romaine de "*Commercium*" à l'époque ancienne » dans Gérard Sautel, Yvonne Bongert et Bernard Perrin, dir, *Varia Études de droit romain*, Paris, Sirey, 1952, 1 à la p 6.

1.1.2 La déformation du *commercium* romain en catégorie distinguant les « choses hors commerce »

La confusion créée par les historiens du droit entre la capacité du sujet (*commercium*) et la qualité de la chose (*res in commercio*) participe d'autant plus à ce resserrement de la notion en générant un critère de distinction des choses³⁰. C'est ainsi que l'inaliénabilité et l'inappropriabilité des choses hors commerce furent posées.

Les textes romains ne mentionnent pas à proprement parler la distinction des choses fondée sur le *commercium*³¹. Le Digeste emploie l'expression « *res extra commercio* » pour souligner qu'on ne peut vendre ou mettre en gage des choses hors commerce, mais il s'agit d'une implication logique de l'absence de capacité quant aux biens, et non pas d'une classification fondamentale des choses en droit romain³². Les romanistes³³ en ont toutefois déduit un critère de distinction des choses selon leur qualité à être aliénées, ajoutant ainsi une catégorie de choses hors commerce englobant les classifications romaines préexistantes³⁴. Le *commercium*,

³⁰ Nous reviendrons sur la classification romaine des choses dans la section suivante.

³¹ Gaius, notamment, préfère la division des choses en *res divini juris* (choses des dieux) et en *res humani juris* (choses des hommes). Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Éditions Domat, 1947 à la p 343, para 246.

³² Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 à la p 75, para 35.

³³ Le droit romain, qui a sombré dans l'oubli après la chute de l'Empire romain d'Occident, reprend vie à la fin du XI^e siècle à Bologne en Italie. L'historienne du droit Anne-Marie Patault note que le droit romain pénètre et remodèle le droit coutumier médiéval à partir du XII^e siècle. Patault, *supra* note 20 à la p 84, para 70.

³⁴ Selon l'historien du droit Yan Thomas, « [q]uant à la formule *res in commercio*, dont use et abuse pourtant la romanistique, elle n'est pas attestée une seule fois dans la masse des sources juridiques latines ». Yan Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion » (2002) 57:6 *Annales Histoire, Sciences sociales* 1431 à la p 1431.

en tant que fondement de la classification, signifie qu'une chose peut figurer comme objet de droit dans un acte de transmission de propriété³⁵, ce qui amènera notamment l'historien du droit Monier à affirmer que toutes les *res divini juris* (les *res sacrae*, les *res religiosa* et les *res sanctae*) de même que les *res humani juris* soustraites à la propriété privée (les *res communes*, les *res publicae* et les *res universitatis*) sont considérées comme hors du commerce et donc inaliénables³⁶.

Une deuxième déduction s'est opérée dans le cadre de l'interprétation moderne des *res extra commercium*, ayant pour conséquence d'associer les *res extra commercium* aux choses inappropriables, notamment les *res communes*, et aux éléments extrapatrimoniaux, tels que le corps humain. Cette déformation est le fait de la construction d'une théorie du domaine public qui exclut un droit de propriété sur les choses de l'État³⁷. Suivant cette théorie anti-propiétariste, puisque les choses publiques sont considérées hors du commerce suivant l'enseignement du droit romain, les choses hors commerce sont par conséquent inappropriables³⁸. Bien que la thèse anti-propiétariste ait été rejetée pour consacrer un véritable droit de

³⁵ Raymond Saleilles, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, Larose et Forcel, 1889 à la p 94, para 58.

³⁶ Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, supra note 31 aux pp 343-346, para 247-248. Voir également Paul Ourliac et Jehan de Malafosse, *Histoire du droit privé. Tome II. Les biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961 aux pp 18-21, para 5-6.

³⁷ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, supra note 25 à la p 40, para 52.

³⁸ Cette thèse anti-propiétariste a également nourri une confusion entre les choses publiques et les choses communes. Voir Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006 à la p 52, para 55.

propriété de l'État³⁹, la conception des choses hors commerce comme choses non appropriables perdure et s'observe dans la doctrine contemporaine⁴⁰.

1.1.3 La fonction de protection du sacré

Comme le professeur Galloux le souligne, « la chose hors du commerce est d'abord une survivance du sacré ou du tabou dans un système juridique »⁴¹. Ce fondement de l'extracommercialité – le sacré – prend racine dans le droit romain.

La chose de droit romain ne désigne pas les choses du monde extérieur; la *res* est la « chose » mise en cause dans un procès ou la « mise en cause » de la chose. C'est par le procès tout autant que par l'échange que se comprend leur qualification juridique et leur valeur de chose, de même que leur « traitement de choses estimables et marchandes ou de choses inestimables et réservées »⁴². La division

³⁹ En 1913, Duguit soutenait que ses contemporains considéraient la souveraineté comme droit subjectif de la nation organisée en État. Ce droit subjectif (et donc cette personnalité juridique) était une copie du droit subjectif individuel – et admettait donc la possibilité d'être propriétaire du domaine public. Voir Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913. Selon Philippe Yolka, la conception moderne de la propriété publique se définit par « l'appropriation d'un bien et par le caractère public de cette appropriation; la "publicité" ne vient pas d'une éventuelle affectation, mais de la qualité du propriétaire ». Philippe Yolka, *La propriété publique: éléments pour une théorie*, coll Bibliothèque de droit public, n°191, Paris, LGDJ, 1997 à la p 611.

Au Québec, l'article 915 du *Code civil* énonce que les biens « appartiennent aux personnes ou à l'État, ou font, en certains cas, l'objet d'une affectation.

⁴⁰ Voir la Section 2.1 « Le commerce juridique selon la doctrine contemporaine ».

⁴¹ Jean-Christophe Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français » (1989) 30:4 C de D 1011 à la p 1015.

⁴² Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *supra* note 34 à la p 1433.

des choses en droit romain « transcende la matière et les rapports juridiques en les intégrant dans une vision globale du monde, substance et esprit [...] »⁴³.

Le droit romain, suivant une classification soutenue par Gaius, adopte une *summa divisio* qui oppose les *res humani juris* aux *res divini juris*, les choses de droit humain et les choses de droit divin⁴⁴.

Les *res humani juris* s'ordonnent entre les sphères privée et publique⁴⁵. Sont des *res humani juris* les choses inaliénables, détenues par des particuliers, ainsi que les *res communes*, les *res publicae* et les *res universitatis*. Les *res communes* sont les choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous : la mer, les rivages ou l'air. Les *res publicae* désignent les choses qui appartiennent à l'État (les *res in usu populi*, les *res divini juris* et les *res in patrimonio populi*) ainsi que les choses du domaine privé de l'État, analogues aux choses privées des particuliers. Enfin, les *res universitatis* appartiennent aux collectivités publiques, par exemple les cités⁴⁶.

Les *res divini juris* se divisent également en trois catégories : les *res sacrae*, les *res religiosa* et les *res sanctae*. Les *res sacrae* désignent les choses consacrées au culte, tels les temples. La catégorie des *res religiosa* s'applique aux tombeaux, aux structures

⁴³ Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *supra* note 20 à la p 90, para 75.

⁴⁴ Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé*, *supra* note 36 à la p 17, para 4. Cette classification sera reprise par Paul et Ulpien et influencera les Institutes de Justinien.

⁴⁵ Chardeaux, *supra* note 38 à la p 16, para 16.

⁴⁶ Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé*, *supra* note 36 à la p 19, para 6. Pour une histoire de l'émergence de la possession des collectivités (*universitates*), voir Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1910 aux pp 93 et ss.

construites au-dessus des tombeaux ainsi qu'à la terre qui les supporte⁴⁷. La catégorie des *res sanctae* recouvre plusieurs types d'objets, tels que la maison familiale, les murs et portes des villes⁴⁸. Bien que les *res sanctae* fassent figure d'intrus dans la classification de *res divini juris*, Thomas souligne que la cohérence de ces institutions est fondée sur des raisons pratiques plutôt que théologiques⁴⁹. Du point de vue de leur régime juridique, les lieux et les choses qui relèvent du sacré ou du public apparaissent souvent confondus. Ainsi, la sacralité en droit romain ne renvoie pas nécessairement au religieux, bien que les deux termes soient historiquement liés l'un à l'autre⁵⁰.

L'interprétation contemporaine de la commercialité et de l'extracommercialité est la conséquence de cette division romaine des choses entre les *res humani juris* et les *res divini juris*. En effet, selon le professeur Galloux, « [l]a division entre *res in commercio* et *res extracommercium* s'est substituée à celle qui distinguait les *res in humani juris* des *res divini juris* »⁵¹. L'idée du sacré a été transférée d'une

⁴⁷ Yan Thomas, « Res Religiosa: On the Categories of Religion and Commerce in Roman Law » dans Alain Pottage et Martha Mundy, dir, *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 à la p 56.

⁴⁸ Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé*, supra note 36 à la p 21, para 6.

⁴⁹ Thomas, « Res Religiosa », supra note 47 à la p 71.

⁵⁰ Jean-Jacques Wunenburger, *Le sacré*, coll Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1981 à la p 3.

⁵¹ Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors commerce », supra note 41 à la p 1015; voir également Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, supra note 31 qui associe respectivement les *res humani juris* et les *res divini juris* aux *res in commercio* et aux *res extracommercium*.

classification à une autre, ce qui a eu pour effet que l'on associe aujourd'hui l'extracommercialité à une forme de sacralité.

Or, le sacré n'est pas *sui generis*; il se construit en opposition à d'autres notions⁵². La tradition judéo-chrétienne a vitalisé la dichotomie entre le sacré et le profane⁵³, créant ainsi des tabous et des interdits liés à la religion. Le tabou, d'un point de vue religieux, est la mise à part, le retrait d'un objet en tant qu'appartenant au domaine divin⁵⁴. Certaines choses sont interdites d'usage à certaines personnes, mais peuvent être librement utilisées par d'autres individus, en raison de leur fonction sacrée.

Les sociétés s'étant grandement sécularisées⁵⁵, la « survivance du sacré » ne tient plus aujourd'hui au maintien d'un ordre divin, mais à d'autres préoccupations.

Dans son texte classique *La personne humaine dans le commerce juridique*, Jossierand affirme que la personne humaine est hors commerce. Nous nous permettons de citer de longs passages de son texte, tant il illustre bien l'association entre la visée protectrice de la personne humaine (notamment pour éviter sa marchandisation) et sa mise hors commerce :

Il est entendu, depuis des siècles, que la personne humaine est en dehors du commerce juridique; elle est placée, avec ses différents attributs, au-dessus des conventions. Son intégrité, physique et morale, son indépendance, sa dignité sont d'ordre public : ce ne sont point là des valeurs patrimoniales; et d'ailleurs, comment les estimerait-on ? Le droit ne s'occupe d'elles que pour les mettre à

⁵² Philippe Chiappini, *Le droit et le sacré*, coll L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2006 à la p 5.

⁵³ *Ibid* à la p 3.

⁵⁴ Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950 à la p 258.

⁵⁵ Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1985 à la p 12.

l'abri du droit en les soustrayant à toutes combinaisons, à toutes compromissions possibles.

[...]

C'est un point de vue : de nos jours encore, il est en grande faveur; mais il faut bien reconnaître que le législateur et, plus encore, la jurisprudence, ont pris avec lui quelques libertés : entre le patrimoine et la personne humaine, envisagée sous ses différents aspects et ses multiples attributs, des points de contact s'établissent, de plus en plus nombreux; ces deux concepts antithétiques voisinent volontiers, et, dans cette fréquentation, la personne humaine laisse, à chaque fois, un peu de son intégrité et de son intangibilité; sans pénétrer tout à fait dans le commerce juridique, elle voit s'atténuer le splendide isolement où l'avait placée une longue évolution; descendue du piédestal où l'avaient hissée la déclaration des Droits de l'homme et le code civil de 1804, elle devient volontiers matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons; parfois, elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis; elle se hausse – ou elle s'abaisse, au niveau d'une chose; elle se commercialise, elle se patrimonialise; nous serions tenté d'écrire qu'elle s'américanise.⁵⁶

[Soulignements ajoutés]

En outre, il est possible d'avancer que le sacré se construit désormais en opposition au mercantilisme⁵⁷ qui, après l'avoir englouti, l'entraîne dans un mouvement de vagues et de ressacs. En 1985, le sociologue Marcel Gauchet reprenait la formule de Max Weber⁵⁸, le « désenchantement du monde », pour montrer que le déclin des religions s'est accompagné d'une objectivation du monde marquée par une

⁵⁶ Louis Jossierand, « La personne humaine dans le commerce juridique » [1932] DH chr 2 à la p 1.

⁵⁷ Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1012.

⁵⁸ Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 2^e éd, Paris, Flammarion, 2001.

dépendance d'une relation aux marchandises⁵⁹. En conséquence de quoi, « plus on aspire à la grandeur que confère la possession des choses, plus il faut transformer en choses ceux qui les procurent »⁶⁰.

Pour le sociologue Yves-Marie Abraham, l'économie constitue dans les faits la plus grande représentation du sacré dans notre vie moderne. Cette activité humaine sacrée a son propre *mana*, la valeur (économique), ses propres lieux de culte (les centres commerciaux, les bourses), ses interdits et ses rites ascétiques ou préparatoires (notamment la scolarisation), de même que des rites collectifs (le travail). Ce culte repose sur la croyance collective en l'avènement d'une croissance infinie⁶¹.

Que l'on conçoive le sacré en opposition au mercantilisme ou que l'on expose l'économie comme étant la plus grande représentation du sacré aujourd'hui, force est d'admettre que l'économie marchande est au cœur de nos représentations et de nos aspirations relativement à ce qui mérite d'être protégé et respecté.

1.1.4 Conclusion

L'étude des fondements de la notion de commerce juridique montre une relation presque consubstantielle avec ce que l'on nomme aujourd'hui le commerce

⁵⁹ Voir aussi Gérald Berthoud, « Le corps humain comme marchandise » (1989) 3 Revue du MAUSS 96-113 à la p 108.

⁶⁰ Gauchet, *Le désenchantement du monde*, *supra* note 55 à la p 188.

⁶¹ Yves-Marie Abraham, *Guérir du mal de l'infini. Produire moins, partager plus, décider ensemble*, Montréal, Écosociété, 2019 aux pp 15-42.

marchand, soit l'ensemble des activités visant l'établissement d'un échange à caractère économique.

Outre l'étymologie du terme « commerce », l'évolution du *commercium* à l'époque romaine a contribué à l'assimilation du commerce juridique au commerce marchand. En effet, les deux dérivations mentionnées – soit l'association de la catégorie des *res extra commercium* aux choses inaliénables et inappropriables – ont pour caractéristique commune d'entraver la circulation des choses. La chose inaliénable est insusceptible de transfert de propriété et la chose inappropriée, n'étant pas soumise au pouvoir de disposition d'un propriétaire, ne peut circuler. La circulation des choses se trouve ainsi au cœur de la notion de commerce, bien qu'elle relève avant tout de l'économie marchande plutôt que d'un principe juridique.

Par ailleurs, le regain d'intérêt pour les choses hors commerce n'est pas anodin; il découle d'une révolution scientifique et technique qui transforme le vivant en véritable objet économique⁶². L'expression « hors du commerce » s'est donc construite en opposition à cette transformation du monde en marchandises, participant également à l'assimilation du commerce juridique au commerce marchand.

L'étude des fondements de la notion de commerce juridique nous permet ainsi de prendre la mesure de l'emprise actuelle de l'économie sur cette notion qui concernait historiquement la capacité juridique des citoyens romains sous l'angle des biens.

⁶² Voir le Titre 1 « Un nouvel objet technico-économique, le vivant » de l'ouvrage Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, coll. Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2006 à la p 37 et ss.

Cette incursion dans les sources romaines de la notion de *commercium* doit être complétée par une analyse des fondements légaux de la notion de commerce juridique.

1.2 Les fondements juridiques du commerce juridique

Dans cette section seront subséquemment étudiées les dispositions qui introduisent le commerce juridique dans le *Code civil du Bas-Canada* (Sous-Section 1)⁶³, les discussions suscitées par cette notion à l'heure de la réforme du droit commun, ainsi que les modifications survenues lors de l'adoption du *Code civil du Québec* (Sous-Section 2). Enfin, l'interprétation de la notion de commerce juridique par les tribunaux du Québec sera présentée (Sous-Section 3).

1.2.1 Le commerce juridique dans le *Code civil du Bas-Canada*

Le *Code civil du Bas-Canada*, en ce qui concerne les références au commerce juridique, s'était largement inspiré du droit français⁶⁴. Le *Code civil français* intégrait

⁶³ Le droit relativement aux biens hors commerce n'est pas modifié par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, mais la principale disposition, l'article 1059 *C.c.B.-C.*, n'est pas retenue par les rédacteurs du nouveau code. Le recours au code précédent permet ainsi de retracer la « chaîne de raisonnement » des juristes ayant rédigé la loi. L'expression est de la professeur Cantin Cumyn. Madeleine Cantin Cumyn, « Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau » dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application : Les journées Maximilien Caron*, Montréal, Thémis, 1993, 161 à la p 165.

⁶⁴ Maurice Tancelin, « Les oubliés du Code civil du Québec » (1994) 39 *RD McGill* 747 à la p 754.

la notion de commerce à travers différentes dispositions⁶⁵. Récemment abrogé⁶⁶, l'article 1128 du *Code civil français* posait le principe général suivant :

Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

Le *Code civil du Bas-Canada* comportait également plusieurs articles mentionnant les choses⁶⁷ dans le commerce, sans toutefois donner davantage d'indications sur la notion de commerce juridique. Ainsi, les choses dans le commerce peuvent être l'objet d'une obligation (1059 *C.c.B.-C.*), d'une hypothèque (2081 *C.c.B.-C.*, *a contrario*), d'une prescription (2201 *C.c.B.-C.*, *a contrario*) et être vendues (1486 *C.c.B.-C.*, *a contrario*) :

1059. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une obligation.

1059. Those things only which are objects of commerce can become the object of an obligation.

1486. Peut être vendue toute chose qui n'est pas hors du commerce, soit par sa nature ou sa destination, soit par une disposition spéciale de la loi.

1486. Everything may be sold which is not excluded from being an object of commerce by its nature or destination or by special provision of law.

⁶⁵ Aux articles 1598 (vente), 1878 (prêt à usage), 2260 (prescription), 2397 et 2531 (hypothèques).

⁶⁶ Florence Bellivier et Christine Noiville, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil: l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » (2016) 113:4 *Revue des contrats* 505.

⁶⁷ Dans cette section, l'utilisation de l'expression « chose dans le commerce » ou « chose hors commerce » tient uniquement au fait qu'il s'agit de la terminologie retenue par les rédacteurs du *Code civil du Bas-Canada*.

| | |
|--|--|
| <p>2081. Les privilèges et hypothèques s'éteignent :</p> <p>1. Par l'extinction totale de la chose affectée au privilège ou à l'hypothèque, son changement de nature, ou sa mise hors du commerce sauf certains cas exceptionnels;</p> <p>[...]</p> <p>2201. On ne peut prescrire les choses qui ne sont point dans le commerce.</p> | <p>2081. Privileges and hypothecs become extinct:</p> <p>1. By the total loss of the thing subject to the privilege or hypothec; by the changing of its nature; by its ceasing to be an object of commerce, saving certain exceptional cases;</p> <p>[...]</p> <p>2201. Things which are not objects of commerce cannot be prescribed.</p> |
|--|--|

À l'instar de l'article 1128 du *Code civil français*, l'article 1059 *C.c.B.-C.* représente le point d'ancrage de la notion de chose dans le commerce. Cette disposition se retrouve dans le cinquième chapitre « De l'objet des obligations » du titre troisième « Des obligations », issu du Livre troisième « De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété ».

Selon plusieurs auteurs, l'article 1059 *C.c.B.-C.* concerne un aspect de la licéité de l'objet de l'obligation, ce qui lui confère la valeur d'un principe général dont les applications particulières sont dispersées à travers le *Code civil du Bas-Canada*⁶⁸. Envisagées sous l'angle de la licéité de l'objet de l'obligation, seules les choses dont

⁶⁸ Louis Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec. Modèle vivant de Droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 à la p 510. Faribault parle d'une règle générale. Léon Faribault, *Traité de droit civil du Québec, t. 7, Des quasi-contrats, de l'objet et l'effet des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957 à la p 190, para 272. Pour sa part, le juge Langelier estimait que l'on « pourrait généraliser la règle que les rédacteurs du Code ont voulu donner dans les articles 1059 et 1062, en disant que l'obligation doit avoir pour objet une prestation qui n'est défendue ni par la loi, ni par l'ordre public ou les bonnes mœurs, et dont l'exécution est possible ». François Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec, t. 3*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907 à la p 494.

l'appropriation est permise par la loi seraient concernées par cette disposition. Le professeur Baudouin l'explique ainsi :

L'expression « être dans le commerce » ne signifie pas que l'objet de l'obligation doive être commercial par nature ou accessoirement. Il signifie que la chose, objet de l'obligation, doit être susceptible d'appropriation privée légale. C'est par application de cette idée que le Code dispose que les rivières navigables, flottables, rivages, etc... en bref tout ce qui appartient au domaine public, bien que susceptible d'appropriation privée, ne peut faire l'objet de cette appropriation. C'est ainsi également que la loi interdit de prendre comme objet de l'obligation l'état des personnes ou certaines activités humaines. [...]

Les besoins sociaux limitent chaque jour la liberté d'activité, en sorte que l'on peut dire que le fondement général de la prohibition repose sur l'idée de la destination économique ou sociale de l'activité considérée, et qu'en fait, l'objet de l'obligation ne peut être soumis aux aléas de l'activité privée.⁶⁹

Faribault, sans s'attarder à cette disposition, pose la question : « Quelles choses sont hors du commerce ? » pour répondre vaguement : « La loi ne le dit nulle part, mais il faut tenir que ce sont les choses dont on ne peut avoir ni la propriété, ni la possession, ou celles qu'on ne peut réclamer »⁷⁰. Mignault en donne, en aparté, une définition plus extensive en s'appuyant sur le droit romain : « On entend par là [choses hors commerce] les choses qui peuvent être l'objet du droit que les parties veulent établir entre elles »⁷¹.

Une observation semble toutefois intéressante à relever. L'expression « choses *dans* le commerce » dans la version française, formulation directement importée du *Code civil français*, est remplacée par l'expression « objets *de* commerce » dans la version

⁶⁹ Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, *supra* note 68 à la p 510.

⁷⁰ Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, *supra* note 68 à la p 190, para 272.

⁷¹ Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien, basé sur les Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mowlon*, Montréal, C. Theoret, 1896 aux pp 393-394.

anglaise. Cette différence entre les deux versions étant reproduite dans le *Code civil du Québec*, elle sera discutée dans la sous-section suivante.

1.2.2 Le commerce juridique dans le *Code civil du Québec*

Dans le cadre des travaux de la réforme du droit civil du Québec, les comités de révision envisageaient l'inclusion soit d'une définition, soit d'une énumération des choses hors commerce dans la « théorie générale des biens » du futur code⁷². Pourtant, l'article 1059 *C.c.B.-C.* et la plupart des références au commerce juridique ont été abandonnés à l'issue de la réforme en 1991.

Cette évacuation de la référence au commerce juridique et aux choses hors commerce s'inscrit dans une volonté de clarification des notions d'objet de l'obligation, de la prestation et du contrat, notions qui étaient confondues dans le *Code civil du Bas-Canada*⁷³. Ainsi, la notion de « chose », notamment, était employée au sens de prestation⁷⁴. À l'instar de l'article 1128 du *Code civil français*, on aurait donc dû lire à l'article 1059 *C.c.B.-C.* que seules les choses dans le commerce peuvent faire l'objet d'une obligation, et non d'une prestation⁷⁵.

⁷² Comité du droit de la prescription, *Rapport sur le droit de la prescription*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1970 à la p 87.

⁷³ Pour une présentation des problèmes que suscitaient alors la théorie des obligations et les correctifs du *Code civil du Québec*, voir Jean Pineau, « Théorie des obligations » dans Barreau du Québec, Chambre des notaires, dir, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993 aux pp 22-24.

⁷⁴ Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, supra note 68 à la p 185, para 265. Voir également Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1991, dont la deuxième entrée de chose correspond à Syn. Prestation.

⁷⁵ L'objet de l'obligation est aujourd'hui défini à l'article 1373 *C.c.Q.* :

Dans le cadre de cette correction, il fut alors jugé que l'article 1059 *C.c.B.-C.* énonçait une évidence dont le nouveau code pouvait se passer. À ce sujet, le ministre de la Justice émit ces commentaires :

L'article 1059 *C.C.B.C.*, relatif, lui aussi, à l'objet de la prestation, n'a pas été repris. Son contenu, en effet, est trompeur, car il laisse entendre que les choses hors commerce ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une prestation. Or cela est inexact, puisque ces choses, par exemple les objets sacrés, peuvent être l'objet de certaines prestations, ne serait-ce que pour leur réparation ou leur entretien. En réalité, l'article signifiait simplement ceci : il n'y a que les choses qui sont dans le commerce juridique qui peuvent être l'objet d'un tel commerce de sorte que l'article énonçait une évidence qui n'a pas à être reprise.⁷⁶

Le professeur Pineau soulignait également que « l'objet d'une obligation ou l'objet d'un contrat comme la cause d'un contrat ne peuvent être contraires à la loi ou à l'ordre public (art. 1373 al. 2, 1413, 1411 [*C.c.Q.*]) »⁷⁷, affirmant ainsi que la référence au commerce juridique faisait double emploi.

1373. L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.

1373. The object of an obligation is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something.

The debtor is bound to render a prestation that is possible and determinate or determinable and that is neither forbidden by law nor contrary to public order.

⁷⁶ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice, tome 1*, Québec, Les publications du Québec, 1993 à la p 832, commentaires sous l'article 1374 *C.c.Q.*

⁷⁷ Pineau, « Théorie des obligations », *supra* note 73 à la p 25.

Bien que l'article 1059 *C.c.B.-C.* n'ait pas été reproduit dans le *Code civil du Québec*, le principe qui le sous-tend fait toujours partie de notre droit selon le professeur Didier Lluelles et le juge Benoît Moore, « et découle de l'exigence de licéité posée par l'article 1373 *C.c.Q.* Ainsi, sont hors commerce : les produits prohibés (comme les drogues), les objets destinés au culte, le corps humain, l'électricité ou encore les permis ou licences administratifs octroyés en considération de l'identité du titulaire »⁷⁸. Le professeur Adrian Popovici estime même, au sujet de cet article, que « “ce principe fait toujours partie de notre droit”, la notion d'ordre public et de licéité (art. 1373 al. 2) suppléant à l'article biffé de notre nouveau Code civil »⁷⁹.

Le professeur Maurice Tancelin considère également que le principe énoncé à l'article 1059 *C.c.B.C.* survit à travers les articles 2795 et 2876 *C.c.Q.*⁸⁰ portant sur l'extinction d'une hypothèque et sur les choses non susceptibles de prescription acquisitive :

2795. Les hypothèques s'éteignent par la perte du bien grevé, son changement de nature, sa mise hors commerce ou son expropriation, lorsque ces événements portent sur la totalité du bien.

2795. Hypothecs are extinguished by the loss of the charged property, a change in its nature, its withdrawal from commerce or its expropriation, where those events concern the property as a whole.

2876. Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par

2876. That which is not an object of commerce, is non-transferable or is inappropriable, by reason of its

⁷⁸ Didier Lluelles et Benoit Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2018 à la p 553, para 1049.27.

⁷⁹ Adrian Popovici, « Livre cinquième: Des obligations: Variations utiles et futiles sur le concept d'obligations » dans Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir, *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 155 à la p 163.

⁸⁰ Tancelin, « Les oubliés du Code civil du Québec », *supra* note 64 à la p 756.

| | |
|---|--|
| nature ou par affectation, est imprescriptible. | nature or the purpose to which it has been appropriated, cannot be prescribed. |
|---|--|

Les changements quant à l'expression choisie, soit que l'on parle de « choses dans le commerce » ou de « choses mises hors commerce », ne correspondraient, selon le professeur Tancelin, qu'à des modifications stylistiques :

La contraction en forme de contorsions stylistiques des articles 1058 et 1062 *C.c.B.-C.* dans les deux articles 1373 et 1374 *C.c.Q.* ne doit pas seulement être complétée par la concordance de l'article 1061, deuxième alinéa *C.c.B.-C.* avec 631 *C.c.Q.*, mais aussi par celle de l'article 1059 *C.c.B.-C.* avec les deux articles qui reprennent la formule de choses dans le commerce sous la forme inversée de bien « mis hors commerce » ou de « ce qui est hors commerce ». Il est manifeste qu'on est devant la même transformation que celle de l'article 993, deuxième alinéa *C.c.B.-C.* dans l'article 6 *C.c.Q.* Le renversement de la formule constitue de l'agitation législative stérile. Au fond il n'y a rien de changé.⁸¹

Qu'en est-il de la version anglaise de ces dispositions faisant référence au commerce juridique, version ayant également valeur officielle⁸² ?

Le libellé français des articles 2795 et 2876 *C.c.Q.* adopte une terminologie semblable, alors que les libellés anglais de ces deux mêmes dispositions divergent. L'article 2795 *C.c.Q.* utilise la phrase « withdrawal from commerce », adoptant ainsi une traduction plus littérale, alors que l'article 2876 *C.c.Q.* reprend l'expression du *C.c.B.-C.*, soit « object of commerce ».

Ces deux expressions sont-elles équivalentes ? À notre avis, le terme prépositionnel « de » introduit une distinction : une chose n'est pas dans le commerce, une chose

⁸¹ *Ibid* à la p 753.

⁸² *Charte de la langue française*, RLRQ c C-11, art 7.

est objet du commerce. Selon cette dernière formulation, il conviendrait donc d'utiliser la formule « les biens objets de commerce ».

Qu'est-ce que cette ambivalence du législateur, héritée du *Code civil du Bas-Canada*, révèle au sujet de la notion de commerce juridique ? Pour répondre à ces questions, il convient d'aborder successivement les notions de chose⁸³ et d'objet.

Pendant longtemps, la chose fut identifiée à la corporéité⁸⁴. Traditionnellement, on présentait donc la « chose » comme un objet tangible⁸⁵, comme « tout ce qui existe matériellement, dans le concret – sauf l'être humain »⁸⁶. Le Dictionnaire de droit privé en fait par ailleurs sa première définition : « Objet matériel »⁸⁷.

Certains auteurs élargissent la notion de chose aux éléments immatériels tels que la clientèle ou le portefeuille de valeurs⁸⁸. Comme le mentionnait le professeur

⁸³ La notion de chose sera discutée de nouveau au prochain chapitre, dans le cadre de sa distinction avec celle de bien.

⁸⁴ Gaële Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité » (2016) 46 *Revue de droit de Sherbrooke* 67 à la p 72. À noter qu'il ne s'agit pas de la conception retenue par la professeur Gidrol-Mistral.

⁸⁵ Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2007. Voir également Pierre Martineau, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979 aux pp 2-3.

⁸⁶ Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 8^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2018 à la p 8, para 4.

⁸⁷ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7, *sub verbo* « Chose »; voir aussi Cornu, « Vocabulaire juridique », *supra* note 17, *sub verbo* « Chose ».

⁸⁸ Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité », *supra* note 84; François Frenette, « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues » (1979) 20 *C de D* 439 à la p 439; Sylvio Normand, « La notion de modalité de la propriété » dans Sylvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, 255 à la p 265. Pour une définition audacieuse de la chose, voir Sarah Vanuxem, « Les choses

Frenette, « [l]es choses, au sens juridique du terme, embrassent tout ce qui peuple l'univers des sens et de l'esprit »⁸⁹. Le professeur Sylvio Normand retient également une conception large de la chose, l'associant à tout ce qui possède une existence physique, y compris le corps humain et à « tout ce qui existe sous forme abstraite »⁹⁰.

Qu'en est-il de la notion d'objet en droit ? Selon le professeur Cornu, le terme objet peut comporter trois sens distincts, dont le premier correspond au sens restreint de la chose :

1. Chose matérielle, tangible; objet corporel (corps certain ou chose fongible).
2. Avantage économique, prestation pécuniaire (en argent ou en nature), prestation de services.
3. Avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial (honneur, nom, fidélité, assistance, etc.).⁹¹

Selon le Dictionnaire de droit privé, la notion d'objet ne se comprend pas de manière isolée⁹² : on parle de l'objet *d'un* droit, de l'objet *d'une* obligation ou de l'objet *d'une* prestation, par exemple. Ainsi, plus largement, le terme objet correspond à ce sur quoi porte un droit, une procédure, un acte juridique. On peut inclure dans cette définition l'objet du contrat (l'opération juridique envisagée) ou

saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus » (2010) 64:1 Revue interdisciplinaire d'études juridiques 123.

⁸⁹ Frenette, « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues », *supra* note 88 à la p 439.

⁹⁰ Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 à la p 56.

⁹¹ Cornu, *Vocabulaire juridique*, *supra* note 17 aux pp 698-699.

⁹² Dans le dictionnaire, l'entrée « Objet » sans complément du nom est inexistante.

l'objet de l'obligation (la prestation à laquelle le débiteur est tenu)⁹³. Un objet correspond également à ce que l'on pose comme finalité d'une activité, d'un moyen ou d'un résultat⁹⁴.

À notre avis, la distinction entre les deux formulations qui figurent dans les versions françaises et anglaises du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec* révèle la coexistence des deux sens associés au commerce. Dans la première formulation, qui dérive de l'expression latine *res in commercio*, la chose « fait partie » du commerce juridique. Dans la deuxième formulation, le commerce « saisit » la chose, en fait l'objet de son activité ou de ses activités qui le composent. La version anglaise « *object of commerce* » renvoie ainsi à l'idée de « faire le commerce (marchand ou non) » ou d'un objet soumis à la capacité de commercer.

La polysémie associée au commerce juridique et introduite en droit romain est ainsi reproduite dans les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec*.

1.2.3 Les interprétations des tribunaux

Peu de magistrats ont eu l'opportunité de se pencher sur les articles du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec* portant sur les biens hors commerce.

⁹³ Lluellas et Moore, *Droit des obligations*, *supra* note 78 au para 1049.

⁹⁴ Centre national de la recherche scientifique, *supra* note 18, *sub verbo* « objet ».

De manière générale, les magistrats concluent que tel élément est une chose⁹⁵ ou un bien⁹⁶ hors du commerce, sans qu'une analyse de la notion de commerce juridique se révèle nécessaire⁹⁷. Ont ainsi été qualifiés hors commerce les éléments suivants : une ruelle ouverte⁹⁸, les droits extrapatrimoniaux⁹⁹ ou encore les choses sacrées¹⁰⁰. L'électricité produite par la société Hydro-Québec a également été jugée hors commerce en raison d'une disposition de la *Loi sur Hydro-Québec*, interdisant la revente, la location, l'échange ou la donation d'électricité fournie ou livrée par la société d'État. Un contrat prévoyant la vente d'énergie électrique a donc été jugé nul de nullité absolue¹⁰¹. En outre, des décisions pertinentes ont été rendues concernant l'origine du statut de chose ou de bien hors commerce. En ce qui concerne les biens

⁹⁵ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien*, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (C.A.); *Anjou (Ville) c Commission scolaire Jérôme Le Royer*, [1988] RJQ 2076, 1988 CanLII 864 (C.A.).

⁹⁶ *Mascouche (Ville de) c Québec (Ministère des Transports)*, 2010 QCCS 3460 ; *Ouellette c Croteau*, JE 2002-947, 2002 CanLII 32883 (C.S.); *Cartier Parking Inc c Entreprises Petro Canada inc*, 1990 CanLII 3142 (C.A.).

⁹⁷ De nos lectures, nous n'avons pas été en mesure de dégager une préférence, ni une analyse, du recours à l'expression « bien hors commerce » ou « chose hors commerce » par les magistrats.

⁹⁸ *St-Denis (Corp de la paroisse) c St-Denis (Corp du Village)*, 11 R de J 304 (C.S.), appel rejeté : *St-Denis (Corp. de la paroisse) c St-Denis (Corp. du Village)*, 15 B.R. 97 (1905) (C.A.); *Hudson (Ville d') c Hudson Hardware & Supplies Ltd*, JE 90-450 (C.M.).

⁹⁹ *Sylvestre c Communauté des Sœurs de la Charité*, JE 96-1736 (C.S.); *Kelly c Communauté des Sœurs de la Charité de Québec*, JE 95-1875 (C.S.).

¹⁰⁰ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien*, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (C.A.).

¹⁰¹ *Ouellette c Croteau*, JE 2002-947, 2002 CanLII 32883 (C.S.).

sacrés et les cimetières, il est maintenant établi que l'affectation juridique par l'autorité compétente leur imprime un caractère hors commerce¹⁰².

En ce qui a trait au sujet de ce mémoire, c'est du côté des décisions portant sur l'évaluation foncière des immeubles publics que l'on peut trouver des discussions concernant la distinction entre le commerce marchand et le commerce juridique.

Dans un litige opposant la *Société du Grand Théâtre de Québec à la ville de Québec*¹⁰³, les questions de l'évaluation foncière de l'immeuble du Grand Théâtre de Québec et des coûts de dépréciation des désuétudes physiques, fonctionnelles et économiques de l'immeuble ont été l'occasion de discuter de la notion de commerce juridique et de commerce marchand. La question consistait à déterminer si le Grand Théâtre devait être évalué en prenant en considération la dépréciation attendue d'un immeuble exposé à un marché libre. En première instance, le juge administratif a conclu que l'immeuble était un bien de l'État, à usage limité, hors des lois du marché et hors du commerce. Par conséquent, la désuétude économique invoquée par l'appelante ne pouvait être déduite de la valeur de l'immeuble. Le juge administratif a expliqué ainsi son raisonnement :

[42] Il s'agit là d'un bien de l'État que ce dernier a confié en gérance, en encadrant les actions du « gestionnaire ». Celui-ci ne peut lui attribuer d'autre usage se voyant privé de toute possibilité de diversification.

[43] Le Grand Théâtre représente un bien voué à un usage limité. Cette limite ne permet pas, comme pour un immeuble privé du même type, de diversifier ni même de modifier son usage en y greffant des activités connexes telles que l'envisage l'évaluateur Gélinas.

[44] Tant et aussi longtemps que cette entrave à l'utilisation demeure, il n'apparaîtra pas orthodoxe d'évaluer cet immeuble comme un autre qui ne serait pas affecté et qui serait soumis aux lois économiques du marché. Tant

¹⁰² *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien*, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (C.A.); *Sabelli c Ministère du Revenu du Québec*, 2020 QCCS 1207.

¹⁰³ *Société du Grand Théâtre de Québec c Québec (Ville)*, JE 2001-1698, 2001 CanLII 21972 (C.Q.).

et aussi longtemps qu'une loi dicte l'usage du bien en cause, l'empêchant de se diversifier, ce bien demeure non seulement hors marché, mais également hors commerce.

[45] En somme, tant que l'État ne dispose pas de cet immeuble comme il l'a fait dans le cas du mont Sainte-Anne, il n'apparaît pas approprié de le dévaluer comme s'il était exposé sur un marché libre et ouvert à la concurrence.¹⁰⁴

[Soulignement ajouté]

En définitive, le juge administratif conclut que mesurer la désuétude économique d'un immeuble sur la base des conditions du marché, alors qu'il est exclu de ce marché, ne constitue pas une démarche appropriée.

En appel devant la Cour du Québec, l'appelante Société du Grand Théâtre de Québec pose la question suivante : l'immeuble est-il hors du commerce ou hors marché ? Le juge Lavoie, j.c.q. infirme la décision du tribunal administratif en s'appuyant sur les principes de la valeur d'échange objective et de l'utilisation optimale des immeubles (qui vise l'utilisation potentielle de l'immeuble) et il conclut qu'il faut « placer tout immeuble, qu'il soit privé ou public, à l'intérieur d'un marché afin de pouvoir découvrir s'il est assujéti à quelque désuétude externe »¹⁰⁵. Bien que le Grand Théâtre puisse être considéré hors du commerce juridique, son évaluation ne peut être déterminée de manière abstraite et désincarnée du marché foncier.

Cette question de la distinction entre le commerce juridique et le commerce marchand se pose également en matière de biens privés.

¹⁰⁴ *Ibid* au para 16.

¹⁰⁵ *Ibid* au para 55.

Ainsi, dans l'arrêt de la Cour d'appel *Montréal-Est (Ville de) c. Texaco Canada inc.*, les juges Gendreau, Dussault et Deschamps devaient répondre à la question suivante : « [p]our les fins de l'évaluation municipale, comment tenir compte de la contamination d'un terrain lorsque les coûts de décontamination ne sont pas connus? »¹⁰⁶. Texaco Canada inc. contestait l'évaluation municipale pour les années 1984 à 1987, au motif que son terrain était contaminé après plus de cinquante ans d'exploitation d'une raffinerie. Texaco Canada était d'avis que son terrain n'avait donc aucune valeur sur le marché. Le Bureau de révision de l'évaluation foncière (« BREF ») a rejeté cette position, sauf pour certaines zones très contaminées en arguant qu'un acheteur qui aurait voulu exploiter ce site par un usage industriel lourd n'aurait pas été restreint par le niveau de contamination. Le BREF a estimé que « la preuve présentée ne lui permettait pas de conclure que le niveau de contamination serait de nature à décourager l'acheteur virtuel au point de mettre l'immeuble hors commerce »¹⁰⁷.

La Cour du Québec, en désaccord avec le BREF, a estimé que la contamination étant prouvée, Texaco Canada inc. avait l'obligation légale de décontaminer, dans la mesure où l'existence d'autres sites disponibles pourrait amener un acheteur potentiel à se désintéresser de celui-ci.

La Cour d'appel a rejeté le pourvoi principal et le pourvoi incident en raison des obligations légales de contamination imposées par la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁰⁸ et de l'impact de la contamination sur les chances de réaliser une

¹⁰⁶ *Montréal-Est (Ville de) c. Texaco Canada inc.*, 2001 RJQ 2244 (C.A.). Requête pour autorisation à la Cour suprême rejetée, 24 octobre 2002, no 28928.

¹⁰⁷ *Ibid* au para 15.

¹⁰⁸ *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2.

vente éventuelle. Selon la juge Deschamps, telle qu'elle était alors, la Cour du Québec n'a pas erré en considérant que l'immeuble était hors commerce. À ce sujet, la Cour d'appel souligne que « [p]our démontrer que l'immeuble est hors commerce, le plaignant doit prouver que la contamination est présente à un niveau si grave qu'elle suscitera chez l'acheteur des interrogations assez sérieuses pour provoquer son désintérêt »¹⁰⁹.

La lecture de cet arrêt révèle que la Cour d'appel ne considère pas l'immeuble contaminé hors du commerce en raison de sa nature ou d'une affectation. Il se trouve plutôt hors marché puisque sa valeur monétaire est considérablement réduite.

Ce recours au sens économique du terme « hors commerce » n'est pas isolé et se retrouve dans d'autres décisions portant sur l'évaluation foncière¹¹⁰.

¹⁰⁹ *Montréal-Est (Ville de) c Texaco Canada inc*, 2001 RJQ 2244, au para 41 (C.A.). Requête pour autorisation à la Cour suprême rejetée, 24 octobre 2002, no 28928.

¹¹⁰ *Montréal (Communauté urbaine de) c Normandin*, JE 2000-19, 1999 CanLII 13490 (C.A.) :

« L'appelante explique que la jurisprudence reconnaît qu'une présomption de valeur nominale s'applique aux terrains affectés d'une restriction importante découlant d'une réserve, d'une homologation ou d'un règlement de zonage; il s'agit toutefois d'une présomption qu'il est possible de contredire en prouvant l'existence d'un marché pour des terrains présentant les mêmes caractéristiques. L'appelante soutient avoir fait cette démonstration et reproche au premier juge de ne pas avoir pris en compte cette preuve, manquant ainsi au devoir que lui impose l'article 45 de la Loi de procéder de façon objective à l'établissement de la valeur réelle du terrain. Le reproche est, à mon avis, mal fondé. Le juge a conclu que le terrain de l'intimé était « pratiquement "hors commerce" » et qu'il ne présentait qu'un intérêt « dérisoire » dans un marché libre et ouvert à la concurrence, « compte tenu des restrictions qui l'affectent ». Il s'agit là d'une conclusion que le premier juge tire, à titre de juge des faits, après s'être bien dirigé en droit. L'appelante, je le répète, ne me convainc pas d'une erreur manifeste, grave et déterminante à cet égard. »

Voir aussi *Iberville (Ville) c Société d'habitation du Québec*, [1987] JQ no 2822 (C.S.).

La lecture de ces décisions montre que les tribunaux font, lorsque requis, la distinction entre le marché et le commerce juridique et que cette distinction se révèle pertinente, comme dans l'affaire *Société du Grand Théâtre de Québec c Québec (Ville)*. Néanmoins, on observe que dans certains cas, l'expression « hors commerce » est évoquée sans grands questionnements. Dans cet usage qui tient plus de l'accoutumance que de l'analyse s'insère souvent une confusion quant à la nature juridique ou économique du commerce.

1.2.4 Conclusion

Les fondements légaux du commerce juridique révèlent l'effacement de cette notion lors de l'adoption du *Code civil du Québec*. Cela découle, à notre avis, du fait que la notion de commerce juridique est tenue pour une évidence. Or, rien ne démontre mieux le contraire que ces deux constats : d'abord, la traduction anglaise inconstante choisie par le législateur permet de dégager deux conceptions : les biens « dans le commerce » ou les biens « objets de commerce ». Ensuite, la mobilisation inégale de l'expression « hors commerce » par les tribunaux montre le pouvoir d'attraction exercé par la dimension économique du terme commerce et comment cette dernière phagocyte la dimension juridique.

1.3 Conclusion du chapitre I

La genèse de la notion de commerce juridique a permis de montrer les différents sens qui lui furent accolés. Plus précisément, tant dans ses fondements étymologiques, historiques, moraux et légaux, le commerce juridique se retrouve associé au commerce marchand ou au marché. Or, commerce juridique et commerce marchand ne sont pas des équivalents : l'un est une notion juridique,

l'autre une réalité sociale qui trouve son assise en droit à travers le principe de la circulation des biens¹¹¹.

Les questionnements au cœur de ce mémoire reposent sur l'interaction entre ces deux sphères. Comment déterminer le contenu ou les frontières de chacune ? Est-il possible de penser l'une indépendamment de l'autre ? En quoi cette distinction est-elle pertinente ?

¹¹¹ La notion de circulation des biens ramène à la notion économique de marché. Voir William Dross, *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, Lextenso Éditions, 2012 à la p 66.

CHAPITRE II

ÉTENDUE DU COMMERCE JURIDIQUE

Ce deuxième chapitre explore l'étendue du commerce juridique ou, autrement dit, ce que recouvre cette notion. Que désigne le commerce juridique en droit civil québécois : des actes juridiques précis ou des activités aux contours moins déterminés ? Afin de répondre à cette question, la première section a pour objet les interprétations suggérées par la doctrine contemporaine (Section 1). La deuxième section vise à proposer une définition du commerce juridique qui tienne compte de la forte assimilation de cette notion au commerce marchand (Section 2).

2.1 Le commerce juridique selon la doctrine contemporaine

Cette première section vise à rendre compte de l'interprétation du commerce juridique qui se dégage de la doctrine québécoise. Il ressort de cette analyse que le commerce juridique est soit directement assimilé au commerce marchand ou au moins incorporé à une conception économique.

Comme mentionné en introduction, le commerce juridique est rarement – sinon jamais – défini dans les ouvrages et les traités de droit. Pour parvenir à mettre en lumière la conception qui se dégage de la doctrine, il s'avère nécessaire de retracer le fil qui relie plusieurs notions et concepts, notamment ceux de bien, de transfert,

de patrimoine, d'inaliénabilité et de circulation. Cette section explicite ce fil et le rend visible à travers quatre étapes.

D'emblée, on peut difficilement appréhender le commerce juridique sans parler ce qui y circule, soit les biens¹¹². Toutefois, le commerce juridique est généralement appréhendé de manière négative, à travers ou au moyen de l'expression « chose hors commerce ». Une remarque préliminaire sur la distinction entre les notions de « bien » et de « chose » s'impose donc (Sous-section 1). Ensuite, il sera question de l'association observée dans la doctrine entre transfert patrimonial et commerce juridique (Sous-section 2)¹¹³. De plus, puisque le commerce juridique est souvent associé à la circulation, le rôle économique de ce principe à l'aune de la notion de patrimoine sera discuté (Sous-section 3). Enfin, la dernière sous-section présentera une autre manière d'appréhender le commerce juridique, soit un ensemble d'activités par lesquelles des personnes établissent des rapports entre elles (Sous-section 4).

¹¹² Nous y reviendrons ci-dessous, mais l'emprise de l'économie sur les notions de commerce juridique et de bien constitue deux phénomènes qui nous semblent intimement liés.

¹¹³ Les ouvrages issus de la doctrine québécoise seront plus particulièrement discutés, mais quelques traités et thèses issus de la doctrine française seront intégrés, notamment, Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. T. 2 Les biens*, 6^e éd, Paris, Librairie Marchal et Billard, 1935; Jean Carbonnier, *Droit civil, t. 3 Les biens*, 19^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1956; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, 5^e éd, Paris, Defrénois, 2013; Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32; Gérard Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd, Paris, Montchrestien, 2005; Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4; Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, *supra* note 25; Grégoire Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce » (2000) 1 RTD Civ 47; Hermitte, « Le corps hors commerce, hors du marché », *supra* note 3.

2.1.1 Prolégomènes quant à la distinction entre la chose et le bien

La notion de chose a presque disparu du livre quatrième portant le titre « Des Biens ». Parmi les exemples de cette disparition, l'article 947 *C.c.Q.* définissant la propriété, est le plus éloquent :

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

Elle est susceptible de modalités et de démembrements.

947. Ownership is the right to use, enjoy and dispose of property fully and freely, subject to the limits and conditions for doing so determined by law.

Ownership may be in various modalities and dimemberments.

Au contraire, le *Code civil du Bas-Canada* visait la propriété des choses :

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

406. Ownership is the right of enjoying and of disposing of things in the most absolute manner, provided that no use be made of them which is prohibited by law or by regulations.

Le *Code civil du Québec*, de l'aveu du ministère de la Justice, ne définit pas le mot bien, pour une raison ainsi formulée : « [i]l a été estimé préférable de maintenir à cet égard la même attitude que le droit antérieur qui considère les biens comme les choses vues sous l'angle du droit, appropriées ou susceptibles de l'être, le terme bien englobant en même temps la chose et le droit que l'on a sur cette chose »¹¹⁴.

¹¹⁴ Ministère de la Justice, *supra* note 76.

Selon les professeures Cantin Cumyn et Cumyn, au moins trois sens se dégagent de l'interprétation du *Code civil du Québec*. Dans un premier sens, les biens sont assimilés aux droits patrimoniaux, puisque les biens désignent « les droits dont le titulaire peut en principe librement disposer, qui sont transmis à son décès et qui sont saisissables parce qu'ils constituent le gage commun de ses créanciers »¹¹⁵. Le bien correspond à l'objet de ces droits. Le *Dictionnaire de droit privé* adopte par ailleurs cette définition puisque la première entrée renvoie au droit patrimonial¹¹⁶.

Dans une seconde acception, les biens sont assimilés aux droits réels principaux, ce qui inclut, pour les professeures Cantin Cumyn et Cumyn, le droit de propriété, et qui permet d'expliquer le titre du Livre IV, *Des biens*¹¹⁷.

Enfin, le bien peut être assimilé à la chose corporelle susceptible d'appropriation¹¹⁸. Cette dernière acception du concept de « bien » cantonne la chose aux objets tangibles. Seules les choses corporelles peuvent être l'objet d'un droit de propriété, mais par ailleurs, toute chose n'est pas nécessairement un bien; ainsi, les choses communes sont des choses non susceptibles d'appropriation.

Selon la professeure Gidrol-Mistral, cette dernière acception serait incompatible avec une lecture plus globale du *Code civil du Québec*. Puisque les biens sont

¹¹⁵ Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, « La notion de biens » dans Sylvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2006 127 à la p 142.

¹¹⁶ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « bien ».

¹¹⁷ Cantin Cumyn et Cumyn, « La notion de bien », *supra* note 115 à la p 143.

¹¹⁸ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Bien », 2e sens; Cantin Cumyn et Cumyn, « La notion de bien », *supra* note 115 à la p 143.

corporels ou incorporels¹¹⁹, il ne serait plus possible de faire coïncider le bien et la chose corporelle. Les modifications apportées au *Code civil du Québec* constituent donc une rupture du droit civil québécois avec la « matière et la conception matérialiste de la propriété »¹²⁰. Ainsi, tant les droits réels que personnels composent le patrimoine et cette qualité leur confère le statut juridique de « biens » incorporels¹²¹. La chose ne demeure pas en reste; elle subit, sous l'impulsion de la réalité, une transformation qui ne la cantonne pas à la corporéité¹²². Il existerait donc des choses sans corps qui ne peuvent être qualifiées de droits patrimoniaux. La distinction entre les objets immatériels (les droits patrimoniaux et les choses immatérielles) et les biens s'opère ultimement dans le rapport d'appropriation. La propriété « imprime » la qualité de bien¹²³. Sommairement, ce rapport d'appropriation peut être supporté par deux critères permettant de distinguer les biens appropriables des choses non appropriables : l'utilité et la valeur¹²⁴.

¹¹⁹ L'article 899 *C.c.Q.* prévoit en effet que les biens, « tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles ».

¹²⁰ Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité », *supra* note 84 à la p 77.

¹²¹ La thèse de la propriété des créances est une illustration de l'idée de propriété des droits incorporels. Voir Yaëll Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

¹²² Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité », *supra* note 84 à la p 80; Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 aux pp 55-57.

¹²³ Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité », *supra* note 84 à la p 84.

¹²⁴ *Ibid* aux pp 87 et ss.

De manière générale, toutefois, la doctrine assimile le bien au droit patrimonial¹²⁵, ce qui a entraîné la nécessité de revoir le critère de rattachement au bien. Dans un contexte de libéralisme économique, la valeur s'est imposée à ce titre¹²⁶. En droit, la valeur se décline en deux volets : la valeur d'usage – liée à la réservation du bien – et la valeur d'échange – liée à la valeur économique¹²⁷. Ainsi, selon le professeur Martin-Bariteau, la notion de bien englobe tout ce qui relève de la fortune ou de la richesse susceptible d'appropriation. Cependant, la valeur d'un bien découle de la possibilité de le céder. La cessibilité devient donc l'élément central de la qualification du bien. Selon lui, « [l]a notion de bien comprend ainsi tout ce qui peut être objet d'un transfert entre deux patrimoines, de toute chose, corporelle ou incorporelle, ou droit qui a la capacité d'être cédé, d'être aliéné »¹²⁸. Selon cette thèse, les choses hors commerce ne peuvent être des biens, puisqu'elles ne peuvent être cédées. La professeure Yaëll Emerich pousse cette analyse jusqu'à affirmer que la commercialité est au cœur de la qualification du bien. Selon elle, la « nécessité pour les choses de faire partie des relations commerciales pour être qualifiées de biens s'explique non seulement car le commerce permet la satisfaction

¹²⁵ Gaële Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens » dans Arnaud Tellier-Marcil et al, dir, *Les prochains défis de la pensée civiliste : les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Thémis, 2020, 163 à la p 170.

¹²⁶ Sylvio Normand établit le même constat. Sylvio Normand, « Les nouveaux biens » [2004] 106 R du N 177 à la p 179.

¹²⁷ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 173.

¹²⁸ Florian Martin-Bariteau, *Le droit de marque, Une approche fonctionnelle dans l'économie globale numérique*, Montréal, Lexis Nexis, 2017, à la p 139, para 245.

de la volonté de s'approprier les choses, mais également parce que la possibilité que l'on a de céder une chose fait partie des utilités attendues de cette chose »¹²⁹.

Cette conception dominante du bien comme droit patrimonial et l'établissement de la valeur d'échange au titre de critère de qualification du bien va de pair avec une assimilation du commerce juridique au commerce marchand ou à la circulation juridique. Si le critère qui permet de distinguer le bien de la chose est celui de sa valeur économique, le territoire du commerce marchand ne peut qu'envahir celui du commerce juridique, jusqu'à se fondre l'un dans l'autre.

Aux fins de ce mémoire, la conception qui conçoit largement les choses comme des objets tangibles ou intangibles est adoptée¹³⁰. Quant aux biens, une acception large est également adoptée, les assimilant aux choses soumises à la propriété, qu'elles soient appropriées ou appropriables, ainsi qu'aux droits patrimoniaux¹³¹.

2.1.2 Le commerce juridique comme ensemble des activités de transfert patrimonial

À de rares exceptions, la notion de commerce juridique est interprétée comme la circulation des biens d'un patrimoine à un autre¹³². La circulation ne constitue pas

¹²⁹ Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, *supra* note 121 à la p 91, para 152.

¹³⁰ Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 56; Normand, « La notion de modalité de la propriété », *supra* note 88 à la p 265; Gidrol-Mistral, « Les biens immatériels en quête d'identité », *supra* note 84; Frenette, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », *supra* note 88 à la p 439.

¹³¹ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32; Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 à la p 8, para 5; Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125, note de bas de page 7.

¹³² Lucie Laflamme et François Brochu, « Distinction des biens » dans *JurisClasseur Québec*, coll « Droit civil », vol. « Biens et publicité des droits », fasc. 1, Montréal, Lexis Nexis (feuilles

une notion juridique; il s'agit d'un principe ancré dans le libéralisme économique¹³³. La circulation est dite juridique lorsqu'elle implique un transfert patrimonial et qu'un bien quitte le patrimoine d'un sujet pour être reçu dans le patrimoine d'un autre sujet¹³⁴. Par circulation, il est donc largement entendu « la circulation juridique, le transfert à autrui des droits sur la chose, la possibilité et la fluidité des aliénations [du *Code civil français*] »¹³⁵.

Si l'abandon participe à la circulation, il ne correspond pas pour autant à une forme de transfert, puisque cet acte juridique unilatéral a pour effet d'éteindre le droit de propriété¹³⁶. Il y a extinction du droit et non pas transfert à autrui. La *res derelictae*

mobiles, mise à jour août 2020), para 38; Normand, *Introduction au droit des biens*, supra note 90 aux pp 86 et ss. En droit français, voir Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, supra note 113 à la p 65; Cornu, *Droit civil. Introduction*, supra note 113 à la p 34.

¹³³ Daniel Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil* (Thèse de doctorat, Université de Nancy, Faculté de droit) 1969 à la p 8; Dross, *Droit civil. Les choses*, supra note 111 à la p 66. Par conséquent, aucune entrée n'est proposée dans le *Dictionnaire de droit privé* du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé*, supra note 74.

¹³⁴ À ce sujet, un débat existe. Selon Vareilles-Sommières, il n'y a pas transmission de droit, mais extinction du droit du cédant et naissance pour le cessionnaire. « Les phénomènes que le langage simplifie et déguise sous les mots de cession ou de transmission de droit, ce sont, d'une part, la cessation du droit chez la personne qui l'abdique ou qui meurt, et, d'autre part, la naissance chez une autre personne d'un droit tout semblable, auquel la disparition du premier a ménagé la possibilité de surgir. » Marquis de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » (1905) 4 RTD civ 443 à la p 452 ainsi qu'aux pp 459, 483, 490-491. Pour le professeur Zenati-Castaing, le transfert de propriété signifie le transport du bien en la propriété de l'ayant-cause. Frédéric Zenati-Castaing, *La nature juridique de la propriété* (Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, 1981) aux pp 356-361.

¹³⁵ Carbonnier, *Droit civil – Les biens*, supra note 113 à la p 192, para 112.

¹³⁶ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 sub verbo « Abandon ».

pourra subséquemment être appropriée par autrui, mais il y a absence de concomitance entre l'acte de l'abandon et l'acte de l'appropriation.

Assimilant le commerce juridique à la circulation, les dictionnaires juridiques ne présentent que des définitions économiques du commerce. Le Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues adopte la définition suivante : le commerce correspond à l'« [e]nsemble des activités qui, accomplies dans un but de profit ou de spéculation, contribuent à la production et à la circulation des biens, ainsi qu'à la production de service »¹³⁷. Le dictionnaire du professeur Cornu en donne les définitions suivantes :

1. (en Droit). Ensemble des activités énumérées par les articles L. 110-1 et L.110-2 du Code du commerce qui permettent aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs.
2. (d'un point de vue économique). Ensemble des activités qui consistent à vendre des produits achetés sans leur faire subir de transformation importante.¹³⁸

De la même façon, la plupart des auteurs associent la commercialité à la circulation, de la même manière que l'extracommercialité est liée à l'inaliénabilité.

Dans l'ouvrage *Théorie générale du domaine privé*, la circulation du bien permet de déterminer si le bien est dans ou hors du commerce. Les auteurs Goulet, Robinson et Shelton s'expriment en ces termes :

La possibilité d'appropriation des choses peut être limitée pour diverses raisons que la loi détermine; aussi peut-on encore distinguer les choses en raison de facteurs restreignant leur circulation normale.

¹³⁷ *Ibid sub verbo* « Commerce ».

¹³⁸ Cornu, *Vocabulaire juridique*, *supra* note 17 *sub verbo* « Commerce ».

En effet, certaines choses peuvent demeurer des choses appropriables, tout en souffrant des limitations au plan de leur circulation. Ce sont les choses hors commerce.¹³⁹

Pour le professeur Sylvio Normand, les choses hors commerce résultent soit de l'affectation d'un bien, soit d'une stipulation d'inaliénabilité (en plus des choses non susceptibles d'appropriation). Le rapprochement des notions d'extracommercialité et d'inaliénabilité est particulièrement apparent dans la phrase suivante : « Même si le corps humain est tenu hors du commerce, une personne peut aliéner entre vifs, à titre gratuit, une partie ou des produits du corps »¹⁴⁰. L'aliénabilité d'un bien, qui correspond à la qualité du bien susceptible de transfert entre vifs¹⁴¹, est ainsi placée en opposition à la catégorie des choses hors commerce.

La professeure Cumyn associe également l'inaliénabilité d'un bien à son extracommercialité. Elle distingue toutefois deux types de restrictions à la liberté d'aliéner, chacune ayant son régime propre : l'obligation de ne pas aliéner et la stipulation d'inaliénabilité¹⁴². Selon le premier cas de figure, il

existe dans la pratique quotidienne du droit toute une série de clauses qui, prenant la forme d'une obligation de ne pas faire, limitent contractuellement la faculté d'aliéner certains biens : pactes de préférence, promesse de ne pas

¹³⁹ Jean Goulet, Ann Robinson et Shelton Danielle, *Théorie générale du domaine privé*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984 à la p 7.

¹⁴⁰ Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 87.

¹⁴¹ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Aliénation ».

¹⁴² Michelle Cumyn, « Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le Code civil du Québec » (1994) 39 RD McGill 877 à la p 913.

aliéner sans d'abord obtenir le consentement du créancier, promesse de ne pas aliéner à certaines catégories d'acquéreurs, etc¹⁴³.

L'obligation de ne pas aliéner est une obligation personnelle, elle n'est pas opposable aux tiers et peut se trouver dans une variété d'actes. L'obligation de ne pas aliéner étant soumise à l'effet relatif des contrats, le bien n'est pas frappé d'insaisissabilité pour les tiers créanciers¹⁴⁴.

Le deuxième cas de figure présenté par la professeure Cumyn concerne la stipulation d'inaliénabilité, prévue à l'article 1212 du *Code civil du Québec* :

1212. La restriction à l'exercice du droit de disposer d'un bien ne peut être stipulée que par donation ou testament.

1212. A restriction on the exercise of the right to dispose of property may only be stipulated by gift or will.

La stipulation d'inaliénabilité est faite par écrit à l'occasion du transfert, à une personne ou à une fiducie, de la propriété d'un bien ou d'un démembrement du droit de propriété sur un bien.

A stipulation of inalienability is made in writing at the time of transfer of ownership of the property or a dismemberment of the right of ownership in it to a person or to a trust.

Cette stipulation n'est valide que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Néanmoins, dans le cas d'une substitution ou d'une fiducie, elle peut valoir pour leur durée.

The stipulation of inalienability is valid only if it is temporary and justified by a serious and legitimate interest. Nevertheless, it may be valid for the duration of a substitution or trust.

Cette stipulation n'est possible que dans le cadre d'une libéralité (donation ou testament) qui a pour objectif de transférer un bien à une personne ou à une

¹⁴³ *Ibid* à la p 908.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 913.

fiducie¹⁴⁵. Selon la professeure Cumyn, la prohibition d'aliéner s'attache au bien affecté et le rend indisponible, c'est-à-dire qu'il est non susceptible d'acte de disposition, par l'effet de loi ou par un acte de volonté¹⁴⁶. Elle souligne que dans le domaine des libéralités, « on a interprété les prohibitions d'aliéner comme créant une indisponibilité, une mise hors commerce juridique des biens affectés, interprétation qui correspond le plus souvent à l'intention des disposants »¹⁴⁷. La prohibition d'aliéner, limitée aux libéralités, soustrait le bien du gage commun des créanciers sans toutefois causer préjudice aux créanciers puisque le débiteur n'appauvrit pas son patrimoine, le bien inaliénable ne pouvant sortir de son patrimoine.

En définitive, même lorsqu'un auteur tente de dissocier la définition du commerce juridique du marché, la circulation demeure l'assise de sa conception. En effet, selon le professeur Loiseau :

La dernière affirmation se déduit du sens même du mot *commercium*, « un sens exceptionnel plus général que l'acceptation ordinaire. Il désigne non seulement les opérations commerciales proprement dites (...), mais tout acte juridique ayant pour but de créer, modifier ou éteindre des droits. Une chose hors du commerce est une chose qui ne peut faire l'objet d'actes juridiques accomplis par des particuliers ». Le commerce évoque l'idée d'une circulation

¹⁴⁵ Il en est de même pour les stipulations d'insaisissabilité en vertu de l'article 2649 C.c.Q. : « La stipulation d'insaisissabilité est sans effet, à moins qu'elle ne soit faite dans un acte à titre gratuit et qu'elle ne soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime; néanmoins, le bien demeure saisissable dans la mesure prévue au Code de procédure civile (chapitre C-25.01). Elle n'est opposable aux tiers que si elle est publiée au registre approprié ».

¹⁴⁶ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Indisponible ».

¹⁴⁷ Cumyn, « Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le Code civil du Québec », *supra* note 142 à la p 881.

des choses autour des personnes, mais il n'est pas le synonyme du terme économique de marché.¹⁴⁸

[Soulignement ajouté]

Outre la circulation, la commercialité est parfois associée à la patrimonialité.

Selon les auteurs Baudouin, Jobin et Vézina, « [l]es droits extrapatrimoniaux ne peuvent en eux-mêmes s'évaluer pécuniairement et ne sont donc pas dans le circuit économique : ils sont hors commerce »¹⁴⁹.

François Paul, dans sa thèse de doctorat, propose une interprétation de l'extracommercialité qui s'approche de cette vision patrimoniale tout en s'en distinguant. Selon lui, l'extracommercialité correspond à un état des intérêts patrimoniaux qui ne peuvent quitter le patrimoine dans lequel ils se trouvent pour se retrouver dans un patrimoine différent¹⁵⁰. Ce n'est pas le transfert du bien qui est affecté par l'extracommercialité, mais la possibilité pour le bien de quitter le patrimoine dans lequel il se trouve. L'extracommercialité correspond dans ce contexte à une indisponibilité objective, le bien étant affecté au sujet de droit ou à la protection de ses intérêts. Cette conclusion est fondée sur la conception du commerce qu'il retient. Selon lui, il est improbable que les rédacteurs du Code civil

¹⁴⁸ Grégoire Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce », *supra* note 113 aux pp 1015-1016, citant Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 à la p 94.

¹⁴⁹ Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Christine Vézina, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013 au para 2.

¹⁵⁰ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, *supra* note 25 à la p 132 n° 164.

(français) aient souhaité évoquer la commercialité dans un autre sens que celui de circulation entre les patrimoines¹⁵¹.

Commercialité, circulation et patrimoine sont donc généralement mis en relation. Il apparaît donc nécessaire d'étudier le rôle de la circulation dans la mise en œuvre de la fonction économique du patrimoine.

2.1.3 Le rôle de la circulation dans l'accomplissement de la fonction du patrimoine

Le patrimoine est une notion fondamentale du droit civil¹⁵². La notion de patrimoine, dans sa conception généralement acceptée en droit civil québécois, correspond à une universalité de biens et d'obligations ayant une valeur pécuniaire¹⁵³. La professeure Popovici explique pourquoi le patrimoine contient à la fois les biens et les obligations du sujet de droit :

la notion [de patrimoine] est devenue aussi fondamentale parce qu'elle permet d'expliquer une transformation radicale du droit privé, à savoir le fait qu'aujourd'hui une obligation n'est plus exécutée sur le corps de la personne même qui en est débiteur, mais bien sûr ses biens, ses biens compris comme un tout le représentant. Lorsque l'on parle de droits patrimoniaux, ce à quoi

¹⁵¹ *Ibid* à la p 76, para 96.

¹⁵² Judith Rochfeld y consacre un chapitre, à côté des notions de propriété, de personne et de responsabilité. Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

¹⁵³ *Driver c Coca-Cola Ltd*, [1961] SCR 201 à la p 204; Normand, *Introduction au droit des biens*, supra note 90 à la p 21; Lamontagne, *Biens et propriété*, supra note 86 au para 176, à la p 134; Hubert Reid et Simon Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Cowansville, Wilson & Lafleur, 2015, *sub verbo* « Patrimoine »; Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, *sub verbo* « Patrimoine ». Le *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 adopte toutefois une définition différente: « Universalité de biens et de dettes dont une personne est titulaire ou qui est affectée à la réalisation d'une fin particulière reconnue par le droit ».

on fait référence, ce sont les droits sur lesquels une obligation pourra être exécutée, ce sont ces biens qui pourront être échangés, aliénés ou si le temps passe prescrits. En ce sens, le patrimoine ne peut pas être simplement qu'un ensemble d'objets appropriés. Il est composé des droits qui représentent la personne sur le plan juridique¹⁵⁴.

Le patrimoine assure donc une fonction de responsabilisation des sujets de droit¹⁵⁵ en assurant les créanciers que l'actif du débiteur répond de son passif¹⁵⁶. Cette responsabilité ne correspond pas à la responsabilité civile telle que le conçoit le livre cinq du *Code civil du Québec*, mais vise une responsabilité de nature économique à l'égard des créanciers. Le patrimoine, tel qu'il est aujourd'hui défini en droit privé québécois¹⁵⁷, assure une fonction économique de sécurisation des échanges¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Alexandra Popovici, *Êtres et avoirs : Les droits sans sujet en droit privé actuel*, Montréal, Yvon Blais, Collection Minerve, 2019 à la p 126.

¹⁵⁵ Les personnes morales sont également titulaires d'un patrimoine (art 302 *C.c.Q.*).

¹⁵⁶ Voir les articles sous le titre « Du gage commun des créanciers ».

¹⁵⁷ Tous ne sont pas d'accord sur cette conception du patrimoine. À titre d'exemple, citons Alain Sériaux: « À l'exception peut-être de celles, très rares, qui grèvent directement la chose possédée (obligations dites propter rem) les dettes ne sont rattachables qu'à la personne de l'obligé et non à ses biens. Certes, c'est avec ses biens présents ou à venir que le débiteur devra payer ses dettes à ses créanciers, mais, répétons-le, sauf à adopter une perspective comptable, les dettes ne grèvent jamais en principe directement les biens du débiteur. Son patrimoine n'est rien d'autre que ce qu'il possède légitimement et qui pourra ainsi lui servir à acquitter ce qu'il doit personnellement ». Alain Sériaux, « La notion juridique de patrimoine » (1994) 4 RTD Civ 80 au para 1.

¹⁵⁸ Dans cette conception où le commerce juridique correspond à l'ensemble des activités de transfert patrimonial, il semble donc incohérent de parler de « choses » dans le commerce ou hors du commerce. En effet, si le patrimoine contient des biens, l'objet du commerce juridique est donc nécessairement des biens. Les choses, qui sont non appropriées ou non appropriables, et extrapatrimoniales, sont nécessairement exclus des activités de transfert patrimonial. Nous reviendrons sur les incohérences qu'entraînent l'expression « choses hors commerce ».

La conception québécoise du patrimoine met ainsi en lumière l'importance de la circulation des biens : sans circulation d'un patrimoine à un autre, le patrimoine ne peut pas convenablement remplir sa fonction de sécurisation des échanges et de responsabilité des sujets de droit. Un bien qui ne circule pas, qu'on ne peut pas extraire du patrimoine du sujet de droit, est un bien neutralisé qui ne permet pas de répondre du passif.

2.1.4 Le commerce juridique comme l'ensemble des activités par lesquelles les personnes établissent des rapports entre elles

Devant l'interprétation dominante qui associe le commerce juridique à la circulation, et plus précisément aux activités de transfert patrimonial, une deuxième interprétation propose de ne pas réduire le commerce à la circulation des biens entre patrimoines. Ici, le commerce juridique concerne l'ensemble des activités par lesquelles des sujets établissent des rapports entre eux. L'étendue de ces rapports ne fait toutefois pas l'unanimité.

Selon les professeurs Zenati-Castaing et Revet, le commerce juridique correspond à « toutes les formes d'activité par lesquelles les personnes établissent entre elles des rapports de droit. Il semble même qu'on puisse y inclure l'action en justice »¹⁵⁹. Logiquement, les conventions qui limitent l'aliénation d'un bien ne devraient donc pas avoir pour effet de soustraire un bien du commerce juridique. En effet, un bien non susceptible de transfert d'un patrimoine à un autre peut tout de même être l'objet de rapport juridique entre deux personnes, par exemple par la constitution d'un droit réel. Cela ne semble toutefois pas être la conclusion des professeurs Zenati-Castaing et Revet, pour qui les clauses d'inaliénabilité peuvent « aboutir à

¹⁵⁹ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 66 n° 25.

créer un bien hors commerce, car, entraînant une impossibilité d'aliéner, de saisir, mais aussi de constituer des droits réels, elles interdisent non seulement aux parties, mais également aux tiers et ayants cause de disposer du bien. Pour cette raison, elles sont soumises à un régime de suspicion (C. civ., art. 900-1) »¹⁶⁰.

Des auteurs québécois retiennent une conception de la commercialité qui restreint les activités du commerce juridique aux conventions. Selon Denys-Claude Lamontagne, les « biens (ou choses) hors commerce sont les biens (ou choses) qui, en principe, ne peuvent faire l'objet d'une convention ou de la prescription »¹⁶¹. En outre, selon les professeurs Kouri et Philips-Nootens, la « notion d'extracommercialité ne se réfère pas à la notion de commerce [marchand], mais à l'idée que la chose n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention ou du commerce juridique »¹⁶².

2.1.5 Conclusion

On peut constater qu'une doctrine majoritaire associe l'extracommercialité à l'inaliénabilité et le commerce juridique à la circulation, adoptant ainsi une conception économique de ces notions.

¹⁶⁰ *Ibid* à la p 72 n° 33. Cette suspicion n'est pas étrangère aux fondements politiques et économiques de l'indisponibilité. À ce sujet, voir Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, *supra* note 133.

¹⁶¹ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 26 à la p 21.

¹⁶² Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, « L'utilisation des parties du corps humain pour fins de recherche : l'article 22 du Code civil du Québec » (1994) 25 *Revue de droit de Sherbrooke* 359 à la p 377.

Dans une société caractérisée par le libéralisme économique, la commercialité des biens constitue le principe. L'extracommercialité étant une exception au commerce juridique, un état anormal des biens, une interprétation du commerce qui le confond avec le commerce marchand sous-entend que tout bien dans le commerce est destiné, ultimement, à circuler. Tout bien est une marchandise potentielle et les biens ne circulent que dans une sphère économique.

Cette acception, qui réduit le commerce juridique à la circulation des biens, adopte le point de vue économique¹⁶³ qui fait fi d'une nécessaire analyse juridique. Cette conception est insatisfaisante et inadéquate sur le plan de la théorie du droit, car elle crée un réseau conceptuel (la commercialité, l'extracommercialité, les choses hors du commerce) imprécis, qui se reflète dans son application à certains problèmes de droit, notamment concernant les éléments détachés du corps humain¹⁶⁴.

La prochaine section visera donc à proposer une définition du commerce juridique qui ne soit ni inféodée, ni aveugle à la dimension économique de la notion.

2.2 La définition du commerce juridique

L'objet de cette deuxième section est de proposer une interprétation du commerce juridique qui dépasse son assimilation au commerce marchand. Plusieurs étapes sont nécessaires pour réaliser cet objectif.

¹⁶³ Dross, *Droit civil. Les choses*, *supra* note 111 à la p 66. Voir également Hermitte, « Le corps hors commerce, hors du marché », *supra* note 3.

¹⁶⁴ Cette hypothèse sera approfondie et discutée dans le cadre du mémoire.

Il sera d'abord question de la pertinence d'une telle distinction, au regard des relations qu'entretiennent, de manière générale, le droit et l'économie (Sous-section 1). Puisque l'intention de cette section est de proposer une définition qui distingue le commerce juridique du commerce marchand sans pour autant en faire complètement abstraction, nous traiterons par la suite de la principale caractéristique partagée par ces deux types de commerce : leur dimension relationnelle (Sous-section 2). La Sous-section 3 présentera les raisons qui nous amènent à soutenir que les biens représentent l'objet des rapports de droit visés par le commerce juridique. La Sous-section 4 conclura ce deuxième chapitre en montrant les distinctions qui existent entre le commerce juridique, la circulation juridique et le commerce marchand.

2.2.1 Les rapports généraux entre l'économie et le droit

D'aucuns pourraient arguer que la proposition de distinguer le commerce juridique du commerce marchand relève d'une volonté d'isoler le droit de certaines composantes de la société, soit l'économie et l'échange marchand, de manière à en conserver l'homogénéité, voire même une certaine pureté.

Or, ce mémoire ne prône pas une autonomie du droit de son environnement social, ou du moins pas suffisamment pour prétendre à la neutralité face au pouvoir politique¹⁶⁵. Comme le notait déjà le professeur Savatier en 1953, il y a

¹⁶⁵ Mauricio Garcia Villegas, *Les pouvoirs du droit. Analyses comparées d'études sociopolitiques du droit*, LGDJ, Lextenso, 2015 à la p 15.

compénétration *générale* du droit et de l'économie, compte tenu des adaptations des êtres humains et des sociétés à la réalité du capitalisme¹⁶⁶ :

Compénétration imposée par l'adaptation de l'homme aux conditions nouvelles de sa vie sociale. À la vérité, depuis deux cents ans, nous sommes passés, d'abord de l'économie domestique avec son droit familial et sa conception patriarcale de la propriété, à l'économie capitaliste avec son droit individualiste et libéral. Et c'est maintenant, seulement que, l'économie devient au sens propre une économie politique.¹⁶⁷

Depuis que le professeur Savatier a tenu ces propos, plusieurs analyses ont été proposées afin de comprendre les relations qu'entretient le droit avec la sphère sociale de l'économie.

L'une d'entre elles, l'analyse économique du droit, a émergé de manière fulgurante et s'est imposée comme paradigme¹⁶⁸. À ce propos, le juge Yves-Marie Morissette de la Cour d'appel du Québec suggère même que « l'analyse économique du droit est fortement hégémonique »¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Savatier, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XXe siècle », *supra* note 9 à la p 122.

¹⁶⁷ Politique au sens qu'elle est au service de la collectivité social et non plus du groupe familial et qu'elle est composée des efforts conjoints de tous les membres de cette collectivité.

¹⁶⁸ Les auteurs Mackay et Rousseau distinguent quatre phases du développement de l'analyse économique du droit. Entre 1957 et 1972, ils observent le décollage du paradigme propulsé par les tenants d'un certain impérialisme économique qui cherche à exporter les outils de l'analyse économique à d'autres objets et, d'autre part, les tenants du réalisme juridique. L'acceptation du paradigme (1972-1980), les débats sur ses fondements (1980-1982) et son élargissement (depuis 1982) suivent. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 10 à la p 7.

¹⁶⁹ Yves-Marie Morissette, « Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif » (2008) 39 RDUS à la p 48; Pour un portrait de l'influence de l'économie sur le droit, voir *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, par Richard A Posner et William M. Landes, Working Paper no 9, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, 1992.

L'analyse économique du droit repose sur une relecture de l'ensemble du droit, à partir des instruments d'analyse propres à la science économique. Ces instruments sont basés sur une conception de l'être humain et de ses relations avec les autres, notamment la manière dont il répond aux incitations créées par le droit et le déroulement prévisible de ses comportements¹⁷⁰. Cette perspective cherche à montrer les fondements économiques de certaines institutions juridiques¹⁷¹. Ainsi, pour le juriste Mertens de Wilmars, des institutions telles que l'usufruit, l'accession ou la clause de réserve de propriété ne sont qu'une réglementation de relations économiques préexistantes¹⁷². Les tenants de cette analyse croient « pouvoir expliciter une logique dont les décideurs n'auraient pas forcément conscience et qu'ils ne traduiraient pas expressément dans les motifs de leurs décisions »¹⁷³.

L'analyse économique du droit cherche également à traduire l'incidence des règles juridiques en termes d'efficacité économique¹⁷⁴. Les tenants de cette analyse souhaitent approfondir notre compréhension du droit par la mise en lumière des « effets sociaux des règles juridiques à l'aide de concepts empruntés à la science

¹⁷⁰ Ejan Mackaay et Alain Parent, « L'analyse économique du droit comme outil du raisonnement juridique » dans George Azzaria, dir, *Les cadres théoriques et le droit Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 283 à la p 284.

¹⁷¹ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, *supra* note 10 à la p 6.

¹⁷² Cité dans *ibid.*

¹⁷³ *Ibid* à la p 7.

¹⁷⁴ Thierry Kirat, « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances » (1998) 49:4 *Revue économique* 1057-1087 à la p 1059.

économique »¹⁷⁵. Cette analyse pose un regard critique sur certaines règles de droit et notions, à l'aune de leurs effets observés¹⁷⁶.

L'analyse économique du droit ne concerne pas forcément ou directement les rapports entre droit et économie. Néanmoins, « en traitant la norme juridique au moyen d'une grille de lecture économique, le plus souvent sous l'angle de l'*efficacité*, on prépare utilement le terrain à une étude transdisciplinaire évaluant l'incidence des règles juridiques sur l'organisation et les performances de l'économie »¹⁷⁷, ce qui pourrait amener à réduire les normes juridiques à des facteurs économiques parmi d'autres, niant ainsi l'autonomie du droit¹⁷⁸.

Au contraire, la notion de commerce juridique qui se trouve au *Code civil du Québec* dévoile des fondements qui ne sont pas limités à l'économie. L'analyse de la genèse et des transformations de la notion de commerce juridique à travers l'histoire montre plutôt une multitude de sens et d'usages contribuant à son façonnement¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Ejan Mackaay et Alain Parent, « L'analyse économique du droit comme outil du raisonnement juridique », *supra* note 170 à la p 283.

¹⁷⁶ Voir, par exemple, l'apport de l'analyse économique du droit pour l'étude des règles relativement au don de sang. *Ibid.*

¹⁷⁷ Benoît Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS, 2005, 25 à la p 27.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Voir la Section 1.1 « Fondements étymologiques, historiques et moraux de la notion de *commercium* », Chapitre I.

À cet égard, la professeure Coutin suggère de considérer le droit, dont ses notions, comme des artefacts construits par du matériel préexistant¹⁸⁰. Des activités juridiques telles qu'écrire une loi ou rendre un jugement ont pour effet d'extraire des éléments de textes pour les redéployer dans d'autres textes. Ce processus stimule de la manière suivante le développement du droit :

*Each instantiation of law builds on prior instantiations, even as redeployment in a new context alters existing law, making it part of a new legal conversation and a new administrative moment. Law can therefore be seen as the residue of prior negotiations, a residue that leads forward as well as into the past.*¹⁸¹

Cette sédimentation¹⁸² permet de comprendre qu'une même notion puisse présenter différentes assises.

Dans le même ordre d'idées, la théorie des systèmes autopoïétiques de Niklas Luhman permet de rendre compte de la façon dont le droit, considéré comme un système en lui-même, intègre de nouveaux concepts ou de nouvelles idées, tout en les façonnant ou les transformant pour qu'ils puissent être traduits selon le vocabulaire propre au droit.

Niklas Luhman décrit le système social comme un ensemble de sous-systèmes spécialisés dans l'accomplissement de tâches spécifiques, tels que le droit et

¹⁸⁰ Susan Bibler Coutin, « Falling Outside: Excavating the History of Central American Asylum Seekers » (2011) 36:3 Law & Soc Inquiry 569.

¹⁸¹ *Ibid* à la p 572.

¹⁸² Voir note 13.

l'économie¹⁸³. Dans une société complexe, l'ordre social oriente les attentes de comportement, notamment en concentrant les communications dans des schèmes formels qui se retrouvent en nombres limités, les sous-systèmes¹⁸⁴. Ces derniers renforcent et stabilisent les attentes normatives de comportement. Ces attentes normatives manifestent dans nos sociétés une grande résistance; la déception d'une attente (par exemple, par un recours déclaré prescrit ou perdu en raison d'un manque d'éléments de preuve) n'entraîne pas sa réévaluation par les acteurs¹⁸⁵. Luhman l'explique ainsi :

Le droit, en effet, ne peut garantir que les attentes correspondantes ne seront pas déçues, mais il peut garantir qu'elles seront maintenues en tant qu'attentes, même dans le cas où elles sont déçues et que l'on peut le savoir et le faire savoir d'avance.¹⁸⁶

Les sous-systèmes sont clos et autoréférentiels : ils se distinguent par un « intérieur » et un « extérieur » qui correspondent respectivement au système et à son environnement. Chaque système a pour environnement l'ordre social et les autres systèmes. La clôture est avant tout sémantique puisque le système social, comme d'ailleurs chaque système, est composé exclusivement de communications. Benoît Frydman l'explique ainsi :

[...] le système juridique ne comprend (au double sens du terme) que les propositions qui se réfèrent à la licéité. Il s'ensuit que toutes ces

¹⁸³ Peu d'ouvrages de Luhman sont traduits en français. Sur cette théorie, on peut toutefois consulter Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1994) 11/12 Droit et Société 53.

¹⁸⁴ Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes », *supra* note 177 à la p 29.

¹⁸⁵ Garcia Villegas l'explique ainsi: le droit correspond à un système culturel de significations et sa force réside notamment dans sa capacité à produire un discours que les individus perçoivent comme légitime, juste et autorisé. Garcia Villegas, *Les pouvoirs du droit*, *supra* note 165 à la p 48.

¹⁸⁶ Luhmann, « Le droit comme système social », *supra* note 183 à la p 57.

communications sont nécessairement autoréférentielles puisqu'au moins bien elles se réfèrent au système juridique, c'est-à-dire à l'ensemble des communications juridiques qui déterminent le licite et l'illicite. De même, le système juridique est clos dans la mesure où il regarde comme extérieures toutes les communications qui n'empruntent pas le code du droit. Ces communications relèvent non du système, mais de son environnement. En théorie des systèmes, cette communication extérieure s'appelle un bruit.¹⁸⁷

Pour Luhman, le système juridique est normativement clos, car lui seul peut conférer une nature normative à des éléments; le système juridique construit donc ses propres éléments qui le composent. Ce système est toutefois également ouvert d'un point de vue cognitif puisqu'il dépend des faits, notamment dans le processus de qualification juridique¹⁸⁸.

Le système juridique, pour ne pas perdre en crédibilité et assurer la fonction de stabilisation des attentes normatives, doit sans cesse s'adapter à son environnement, notamment constitué d'un autre sous-système, l'économie. Cette adaptation se fait toutefois forcément avec le code propre au droit, avec son propre langage¹⁸⁹. Ce code est binaire :

Les normes, en tant que programmes du système, guident l'attribution de la valeur « légal » ou « illégal » par les conditions qu'elles énoncent. Luhmann insiste sur la rigidité du code, qui exclut tout compromis. Un acte ne peut être que légal ou illégal; une personne ne peut être que responsable ou non; dans

¹⁸⁷ Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes », *supra* note 177 à la p 30.

¹⁸⁸ Selon Cumyn, la qualification juridique a « pour objet de déterminer le régime juridique qui s'applique à une situation factuelle donnée. Il s'agit de rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à susciter l'application du régime correspondant ». Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques », *supra* note 15.

¹⁸⁹ Stéphane Bernatchez, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann » (2006) 21:2 *Revue Canadienne Droit et Société* 113 à la p 133; Roger Cotterrell, « Law in Social Theory and Social Theory in the Study of Law » dans Austin Sarat, dir, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden, MA, Blackwell, 2004, 15 à la p 22.

un procès, il doit y avoir un gagnant et un perdant. Refusant la zone grise, le système juridique s'impose à lui-même de trancher.¹⁹⁰

Selon Frydman, un des mécanismes de couplage du droit et de l'économie consiste à transformer la composante conditionnelle des normes juridiques (qui correspond au mécanisme de qualification juridique) en composante téléologique, liant certaines règles à l'atteinte d'un objectif particulier. Ce phénomène, qu'il nomme la *jurisprudence des intérêts*, est illustré par l'ascension du principe de proportionnalité tant en droit constitutionnel qu'en procédure civile.

Si tout indique que la notion de commerce juridique du *Code civil du Québec* intègre différents fondements et reflète diverses préoccupations élaborées au fil du temps, quelle est la pertinence de proposer une définition qui vise à en dissocier les composantes économique et juridique ?

En définitive, il faut retenir ceci des différentes conceptions des rapports qu'entretiennent l'économie et le droit : cerner une définition juridique et prétendre que le commerce juridique ne peut être assimilé au commerce marchand n'entraîne pas une complète négation de l'influence de l'économie ni sur cette notion en particulier ni sur le droit en général. C'est l'adéquation complète ou l'inféodation pure et simple que l'on cherche à déboulonner. Et cela, il nous semble, ne peut que contribuer à une meilleure compréhension et définition du droit. À ce sujet, le droit ne se satisfait pas de définitions approximatives. Comme l'explique le professeur Bergel :

¹⁹⁰ Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques », *supra* note 15 à la p 362.

On a pu dire que "le facteur premier de la praticabilité du droit consiste dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et à des controverses génératrices d'insécurité juridique". On dit aussi parfois que toute notion abstraite est "un piège", car elle risque d'englober des objets auxquels les auteurs n'avaient pas songé.¹⁹¹

Il est donc proposé d'appréhender la notion de commerce dans sa dimension juridique, sans toutefois faire abstraction des fondements économiques du terme même de commerce. En conséquence, il apparaît que le commerce juridique ne peut que revêtir une forte dimension relationnelle.

2.2.2 La dimension relationnelle du commerce juridique

Le commerce juridique est une notion essentiellement relationnelle. C'est du moins ce que les différents sens du mot « commerce » nous amènent à conclure.

En effet, le terme « commerce » traduit minimalement un rapport, une relation entre deux personnes ou plus. Même lorsqu'il est appréhendé dans sa conception marchande, le commerce révèle des sujets qui établissent des rapports réciproques, dans ce cas fondés sur un échange économique. Dans un sens plus littéraire, le commerce désigne un rapport, une relation sociale ou amicale entre plusieurs personnes¹⁹². Le dictionnaire Le Robert rend également compte de ce deuxième sens en définissant « commerce » par « Relations que l'on entretient dans la société ». D'un point de vue étymologique, le terme *commercium* renvoie d'ailleurs

¹⁹¹ Bergel, *Théorie générale du droit*, *supra* note 15 à la p 229, au para 172, citant Philippe Jestaz, *Le droit*, 2e éd., à la p 82.

¹⁹² Centre national de la recherche scientifique, *supra* note 18 *sub verbo* « commerce ».

à « rapports, relations humaines, relations charnelles »¹⁹³. Le commerce, peu importe sa qualification, renferme donc une dimension relationnelle.

Transposée au domaine juridique, cette dimension a pour effet que le commerce vise les activités par lesquelles les sujets de droit établissent – au minimum – des rapports juridiques entre eux.

Lien, rapport et relation en/de droit sont des termes particulièrement difficiles à saisir et à distinguer¹⁹⁴, si une telle distinction s'avère même pertinente. Le *Vocabulaire juridique* du professeur Cornu y voit des synonymes. Le lien de droit est défini comme un

[r]apport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (ex. l'obligation lien de droit, *vinculum juris*, entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droits et d'obligations (ex. droits et devoirs attachés au lien de filiation ou au lien d'instance)¹⁹⁵.

Le professeur Emmanuel Jeuland estime néanmoins que la notion de « rapport de droit » ne se réduit pas à celle de « lien de droit ». Selon lui, « [l]e terme de rapport est en effet plus objectif dans son usage et partant plus général »¹⁹⁶. Le rapport de droit serait donc une notion abstraite, généralement patrimoniale et qui permet de définir des notions plus précises (contrat, responsabilité, etc.). Bien que la notion

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Emmanuel Jeuland, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2016, p. 20

¹⁹⁵ Cornu, *Vocabulaire juridique*, *supra* note 17, *sub verbo* « Lien », sens 1.

¹⁹⁶ Emmanuel Jeuland, « Introduction » dans Emmanuel Jeuland et Soraya Messaï-Bahri, dir, *Les nouveaux rapports de droit*, Paris, IRJS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2013, 1 à la p 4, au para 4.

de lien puisse également jouer ce rôle, elle est davantage personnelle que patrimoniale. Il note également que « le concept de lien, "en droit" ou "du droit" peut recouvrir les liens juridiques qui n'unissent pas des personnes (lien de causalité, de connexité etc.) »¹⁹⁷.

C'est également la conclusion à laquelle parvient la professeure Judith Rochfeld dans son texte de synthèse d'une journée d'étude consacrée aux nouveaux rapports de droit. Elle mentionne :

le « rapport » de droit ou la « relation » apparaîtrait plus pour les relations contractuelles ou obligationnelles, c'est-à-dire les domaines de la « contractualisation » que dans celui du droit de la famille; à l'égard de ce dernier, et plus généralement du domaine de l'institutionnel, le « lien » serait la donne.¹⁹⁸

Bien avant ces débats, Savigny définissait le rapport de droit sous l'angle de la volonté. Ainsi, chaque rapport de droit correspond selon lui à

une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Dès lors, tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1) une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même; 2) l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose la forme du droit.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Judith Rochfeld, « Conclusion. Les nouveaux rapports de droit: éléments de synthèse » dans Emmanuel Jeuland et Soraya Messai-Bahri, dir, *Les nouveaux rapports de droit*, Place, IRJS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2013, 235 à la p 239, para 236.

¹⁹⁹ Friedrich, Car von Savigny, *Traité de droit romain, t 1*, traduit par M Ch Guenous, Paris, Librairie de Firim Didot Frères, 1855, aux pp 323-324.

Or, comme le souligne le professeur Jeuland, les rapports de droit ne naissent pas tous de la volonté (le lien de filiation, par exemple). Dans l'objectif d'actualiser la définition, ce dernier retient l'élément spatial (ou domanial) de la définition de Savigny; le rapport de droit représenterait donc un espace privilégié entre personnes et impliquerait un « échange de paroles ou en tout les cas une forme de symbolisation et un ensemble de droits et de devoirs »²⁰⁰. Le tout est formé devant un tiers (un célébrant pour le mariage, le notaire pour certains contrats) et encadré par des normes. Le concept de rapport de droit permet de « rendre durables et fiables les rapports humains »²⁰¹. Le lien de droit superpose ainsi au simple contact humain une union symbolique qui le solidifie et le fait perdurer dans le temps²⁰².

Seuls existeraient les rapports entre personnes, les liens entre les personnes, les choses se situant plutôt dans les rapports entre les personnes. À titre d'exemple, la propriété constituerait un rapport de droit entre le propriétaire et l'ensemble des sujets de droit. En effet, si la propriété est généralement associée au droit réel le plus complet²⁰³, il est également possible de l'appréhender comme une relation

²⁰⁰ Emmanuel Jeuland, « Introduction », *supra* note 196 à la p 7 au para 5.

²⁰¹ Emmanuel Jeuland, *Théorie relationiste du droit*, *supra* note 194, à la p 23.

²⁰² *Ibid*, à la p 21. Plus largement, le concept de rapport de droit, selon le professeur Jeuland, est la clé autorisant une véritable approche juridique du monde. En effet, si le droit ne se résume qu'à un ensemble de normes, il « ne fait que quadriller de prescriptions le monde des faits ». Pour le professeur Jeuland, le droit perd sa rationalité propre en se faisant absorber par d'autres ensembles normatifs – éthique, écologique, technique et managérial. En le confrontant à une manifestation de l'irrationnel, soit les coïncidences qui caractérisent les relations humaines, il souhaite préciser la rationalité symbolique et analogique du droit et les frontières de son autonomie. Cette vision juridique du monde est incidemment fondée sur le rapport de droit.

²⁰³ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 204, à la p 170; Lafond, *Précis de droit des biens*, *supra* note 85 à la p 169; Roderick A. Macdonald, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies » (1994) 39 RD McGill 761 à la p 801; Denis Vincelette, « Définition et notion de la propriété. Plaidoyer pour la vraisemblance » (2001) 31:4 RGD 677 à la p 690.

d'exclusivité à autrui²⁰⁴ ou même une relation fiduciaire²⁰⁵ à l'égard d'un bien²⁰⁶. La propriété ne serait « rien d'autre aujourd'hui que les procédés par lesquels l'ordre juridique permet à une personne d'imposer à autrui une relation privative aux choses [...] et de protéger cette relation »²⁰⁷.

Aux fins de ce mémoire, nous retenons que les rapports juridiques sont constitués de relations (ou d'espaces) entre personnes, physiques ou morales. Cette relation crée des droits et des obligations pour ses participants et est encadrée par des normes.

Le commerce juridique constitue cet espace dans lequel certains rapports juridiques peuvent émerger. Il est, selon nous, limité aux rapports de droit ayant pour objet les biens, soit les choses appropriées ou appropriables ainsi que les droits patrimoniaux.

²⁰⁴ Yaëll Emerich, « Propriété relation et exclusivité : étude de droit comparé » (2009) 4 *Revue de la Recherche Juridique/Droit prospectif* 1841; Frédéric Zenati-Castaing, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » (1993) *RTD Civ* 305.

²⁰⁵ Roderick Macdonald, « Relational Ownership » dans *Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Colloque du trentenaire 1975-2005 Regards croisés sur le droit privé*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 167.

²⁰⁶ Selon la professeure Emerich, « le bien ne saurait être totalement absent de la définition de la propriété, tant les concepts de propriété et de bien sont étroitement liés. Sous peine d'embrasser trop largement, la propriété ne peut être définie simplement comme une relation d'exclusivité en dehors de toute référence à l'objet d'appropriation. Si la propriété est fondamentalement relationnelle, sa spécificité est de créer un espace d'exclusivité vis-à-vis d'un bien, qu'il soit matériel ou immatériel ». Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Yvon Blais, 2017 à la p 161.

²⁰⁷ Zenati-Castaing, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *supra* note 204 (non numéroté).

2.2.3 L'objet des rapports de droit visés par le commerce juridique

Sur quel(s) objet(s) l'ensemble de ces rapports juridiques porte-t-il? Sur cette question, encore, la doctrine présente des conceptions divergentes.

En s'inspirant de la notion romaine de *commercium* au sens de capacité des sujets, les professeurs Zenati-Castaing et Revet soutiennent que toutes les activités par lesquelles les sujets de droit établissent des rapports entre eux font partie du commerce. Même l'action en justice serait incluse dans cet ensemble²⁰⁸.

Toutefois, étant donné que la notion de commerce se retrouve essentiellement dans l'expression « choses hors commerce »²⁰⁹, le fait d'admettre une conception aussi large du commerce apparaît étranger au contexte duquel est extrait le terme. Ainsi, bien que l'analyse historique puisse participer à la compréhension d'un terme²¹⁰, le recours au droit romain, dans le problème qui nous intéresse, doit être mitigé afin de tenir compte du contexte actuel.

Le commerce juridique est donc compris, dans ce mémoire, comme l'ensemble des activités par lesquelles deux sujets ou plus établissent des rapports de droits entre eux à l'égard d'un bien. Ainsi, seuls les biens font partie du commerce juridique.

²⁰⁸ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 66, para 25.

²⁰⁹ Gaële Gidrol-Mistral et Anne Saris, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain », *supra* note 15 à la p 230, note de bas de page 41.

²¹⁰ Comme le souligne la professeure Popovici, « le droit et ses notions ne sont pas des notions anhistoriques ». Popovici, *Êtres et avoirs*, *supra* note 154 à la p 15.

Cette affirmation peut être soutenue par la démonstration inverse : seuls les biens peuvent être considérés hors du commerce²¹¹. Cette position ne correspond pas à l'idée généralement reçue, et ce, malgré le libellé de l'article 2795 *C.c.Q.* qui mentionne le « bien grevé » mis hors commerce²¹². De l'expression consacrée « choses hors commerce », il est généralement déduit que l'extracommercialité est une qualité qui s'attache aux choses non appropriables²¹³, aux choses non appropriées ainsi qu'aux biens²¹⁴. En témoigne notamment l'inclusion des *res communes*, les choses communes, dans la catégorie des choses hors commerce²¹⁵. L'extracommercialité serait même susceptible d'avoir pour objet des éléments qui ne sont ni des choses ni des biens²¹⁶. Selon les professeurs Marie-Ève Arbour et Mariève Lacroix, « [p]ar essence, le corps est distinct de la chose. Étant

²¹¹ Sur la question de la commercialité comme caractère des biens et non des choses, voir Gidrol-Mistral, *supra* note 126.

²¹² L'article 2795 *C.c.Q.* se lit comme suit : Les hypothèques s'éteignent par la perte du bien grevé, son changement de nature, sa mise hors commerce ou son expropriation, lorsque ces événements portent sur la totalité du bien.

²¹³ Selon le professeur Baudouin, la chose dans le commerce doit être susceptible « d'appropriation privée légale ». Louis Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, *supra* note 68 à la p 510.

²¹⁴ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 26, à la p 21; Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 86.

²¹⁵ Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 88; Goulet, « Un requiem pour les choses sacrées », *supra* note 6 à la p 389; Yenny Vega Cardenas et Nayive Biofanny Vega, « L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien » (2010) 51:3-4 *C de D* 771-800 à la p 797; Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Chose hors commerce ». En droit français, voir Ambroise Colin et Henri Capitant, *Traité de droit civil, T. 1. Introduction générale, institutions civiles et judiciaires, personnes et familles*, Léon de la Morandière Julliot, dir, Paris, Dalloz, 1957 à la p 53, n° 75.

²¹⁶ Le professeur Baudouin estimait notamment que les droits politiques étaient hors du commerce. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, *supra* note 68 à la p 354.

indisponible et hors commerce, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions ni être susceptible d'appropriation »²¹⁷. Si le corps, d'une nature distincte de la chose, est hors commerce, force est de conclure que le champ d'application de l'extracommercialité est illimité.

Contrairement à cet expansionnisme, des auteurs interprètent l'extracommercialité comme une qualité susceptible de porter sur les biens. Selon la professeure Laflamme, l'extracommercialité est un critère de distinction des biens et non des choses inappropriées, puisque celles-ci sont « étrangères au commerce juridique faute d'être soumises à un rapport d'appropriation »²¹⁸. Cette idée peut être expliquée par le fait que les choses, même hors commerce, « conservent une valeur économique (par exemple, les parties du corps humain, les armes et les drogues prohibées, les choses sacrées). En tant que biens, elles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété »²¹⁹. Loin de s'opposer à la propriété, l'extracommercialité des biens aurait comme objectif de « limiter les pouvoirs du propriétaire à disposer librement de ses biens, dans le but de leur apporter la protection justifiée par leur nature ou leur affectation » et de « réguler les usages du bien en tenant compte des besoins de protection des biens que requiert l'affectation de ces biens »²²⁰.

On retrouve également ce désaccord sur la nature des choses hors commerce en droit français. Dans sa thèse de doctorat, Isabelle Moine appréhende la notion de chose hors commerce à partir du problème posé par la commercialisation du corps

²¹⁷ Marie-Ève Arbour et Mariève Lacroix, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009) 40 RDUS 231 aux pp 260-261.

²¹⁸ Laflamme et Brochu, « Distinction des biens », *supra* note 132 para 36.

²¹⁹ Lafond, *Précis de droit des biens*, *supra* note 85 à la p 33, n° 64.

²²⁰ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 189.

humain. Selon elle, les choses hors commerce correspondent uniquement à des choses qui ont pour caractéristiques d'être nécessaires à la survie juridique de la notion de personne²²¹. Les choses hors commerce sont si étroitement rattachées à la personne humaine qu'il est impossible d'en perdre la maîtrise sans nier la qualité d'être humain²²². Il faut souligner que cette thèse repose sur une interprétation particulière de la chose juridique, qui ne se pose pas en opposition à la notion de personne²²³.

Opposés à cette conception de l'extracommercialité, les professeurs Zenati-Castaing et Revet soutiennent que le problème de l'extracommercialité concerne exclusivement les biens²²⁴. L'extracommercialité est un critère de distinction des biens et non des choses, puisque les choses non appropriées et non appropriables sont, par définition, étrangères au commerce juridique. En effet, ces choses qui ne sont pas sous l'emprise du pouvoir qui en permet la disposition – la propriété – sont étrangères à la commercialité comme à l'extracommercialité. Soutenir que les choses communes ou les choses sans maîtres sont hors du commerce constitue donc un faux problème. Par déduction, les éléments ou

²²¹ Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4 à la p 403, n°633. Selon elle, la commercialité est l'aptitude qu'un bien a de circuler d'un sujet à l'autre, sans que les biens ne conservent aucun attachement à une personne. Le bien circule indifféremment d'un patrimoine à un autre. Voir également Cornu, *Droit civil. Introduction*, *supra* note 113 à la p 34, para 59.

²²² Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4 à la p 15.

²²³ Je reproduis ici sa définition : « La choséité juridique serait le fait d'être une chose en soi au cœur de laquelle s'est placée la volonté d'un sujet (ou le consentement de deux) pour transformer son identité en identité juridique ». *Ibid* à la p 193, n° 294.

²²⁴ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 65, para 25.

institutions juridiques qui n'ont ni le statut de bien, ni de choses – comme l'état des personnes – ne sont pas concernés par le problème de l'extracommercialité.

Dans sa thèse de doctorat portant sur l'article 1128 du *Code civil français*, François Paul parvient à la même conclusion. Selon lui, au moment de l'adoption du *Code civil français*, la chose hors commerce est considérée comme une chose appropriée par un sujet de droit particulier, l'État²²⁵. La notion de chose hors commerce avait alors la fonction de protéger la sphère patrimoniale publique des sujets privés²²⁶. Dans le même ordre d'idées, Aubry et Rau, qui écrivent au début du XX^e siècle, affirment qu'il faut en premier lieu ranger parmi les choses hors commerce les choses du domaine public national, départemental ou communal ainsi que les biens meubles et immeubles formant autrefois la dotation de la couronne²²⁷.

Cette revue de la doctrine mène à la conclusion que seuls les biens sont concernés par le commerce, au sens où seuls les biens sont l'objet des rapports de droit composant le commerce juridique. Incidemment, seuls les biens peuvent être hors commerce, les choses non appropriées ou non appropriables n'étant pas soumises au pouvoir de disposition du propriétaire. En d'autres termes, il serait inutile et superflu de considérer une chose non appropriable ou un élément qui n'a pas le statut de chose comme insaisissable, inaliénable et imprescriptible. L'objet des rapports juridiques composant le commerce juridique étant arrêté, il est maintenant possible de distinguer cet ensemble du commerce marchand.

²²⁵ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, supra note 25 à la p 253, n° 336.

²²⁶ *Ibid*, n° 336.

²²⁷ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, supra note 113 aux pp 65-67.

2.2.4 La distinction entre le commerce juridique et le commerce marchand

Ayant posé la définition du commerce juridique comme l'ensemble des activités par lesquelles les sujets établissent des rapports de droit par rapport à un bien, il est possible d'opérer une distinction entre cette notion de commerce juridique, la circulation des biens et le commerce marchand.

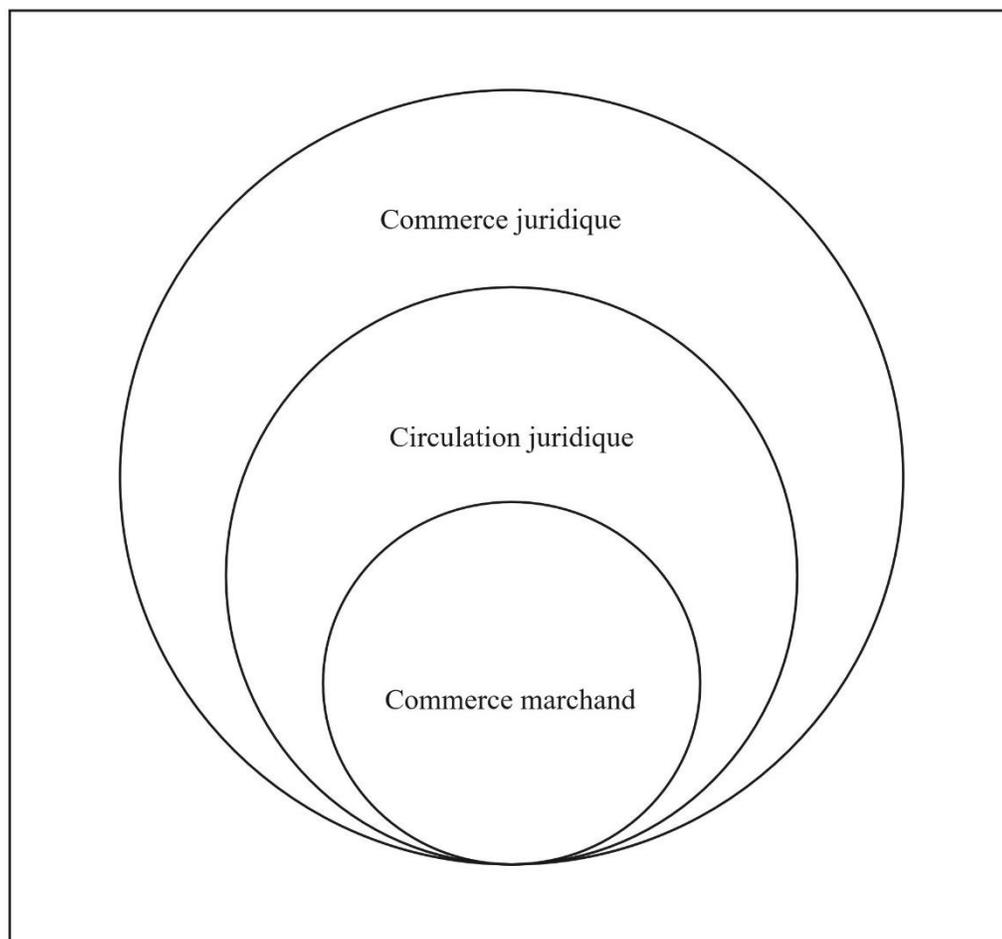


Figure 1 — Degrés de commercialité

La Figure 1 — Degrés de commercialité²²⁸ illustre ces distinctions. Il faut préciser que cette figure²²⁹ cherche à schématiser des actes juridiques et non des biens.

Dans cet ensemble d'activités auquel correspond le commerce juridique, certaines d'entre elles entraînent le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre patrimoine. L'ensemble des activités par lesquelles les sujets de droit établissent des rapports de droit par rapport à un bien et qui a pour résultat le transfert de ce bien correspond à la circulation juridique²³⁰.

Quant au commerce marchand, il s'agit de l'ensemble des activités ayant pour objectif d'établir un échange marchand, soit la « cession d'un bien ou d'un service sur un marché avec une contrepartie monétaire »²³¹. Le marché peut quant à lui être défini comme le lieu, physique ou virtuel, de rencontre entre l'offre et la demande permettant de fixer le prix d'équilibre de l'échange marchand²³².

²²⁸ Dans le troisième chapitre, ce schéma sera repris pour illustrer comment s'intègrent les notions d'extracommercialité, de patrimonialité, de disponibilité et d'aliénabilité.

²²⁹ De même que la Figure 2 « Degrés de commercialité et autres notions », qui se trouve à la Sous-Section 3.2.4 : Conclusion.

²³⁰ Carbonnier, *Droit civil – Les biens*, *supra* note 113 à la p 192, para 112.

²³¹ Philippe Deubel et Marc Montoussé, dir, *Dictionnaire de sciences économiques et sociales*, Paris, Bréal, 2012 à la p 54.

²³² Le marché est par ailleurs un terme polysémique et peut également désigner l'ensemble des transactions concernant un bien (le marché des capitaux, le marché immobilier, etc.). Voir Jézabel Couppey-Soubeyran, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Encyclopédia Universalis et Albin Michel, 2007 *sub verbo* « Marché »; Ahmed Silem, Antoine Gentier et Jean-Marie Albertini, dir, *Lexique d'économie*, 14^e éd, Paris, Dalloz, 2016 *sub verbo* « Marché »; Frédéric Teulon, dir, *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, 6^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2010 *sub verbo* « Marché ».

Les trois notions représentent des ensembles concentriques, mais dont l'étendue est variable. Tous les rapports de droit entre sujets et portant sur des biens ne visent pas la circulation des biens, soit le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre. En d'autres termes, tous les rapports juridiques portant sur les biens ne sont pas de nature patrimoniale, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas nécessairement d'incidences (positives ou négatives) sur le patrimoine des sujets impliqués. Cela peut s'expliquer par le fait que certains biens « dépourvus de valeur économique et de valeur marchande échangeable » possèdent néanmoins une valeur d'usage importante, par exemple les embryons congelés²³³. Ainsi, l'absence d'évaluation monétaire ne met pas en échec la circulation juridique, ce qui fait en sorte que tous les transferts de bien ne mènent pas à un échange marchand²³⁴. Le transfert de bien peut être fait à titre onéreux ou à titre gratuit, par une donation, une succession ou une vente.

L'exemple des éléments détachés du corps humain permet de mettre à l'épreuve la commercialité comprise dans ses différents niveaux. En raison de la circulation grandissante des produits du corps humain, les auteurs de doctrine déclarent souvent le corps humain ou ses produits dérivés hors du commerce et marquent un refus de la marchandisation de ces éléments²³⁵. En France également, Jean-Pierre

²³³ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 190.

²³⁴ Par exemple, les produits dangereux ou nocifs pour le public ne peuvent être l'objet d'un commerce marchand, mais sont susceptibles de transferts. Voir Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4.

²³⁵ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 190; Lafond, *Précis de droit des biens*, *supra* note 85 à la p 33, para 64 : « Les choses hors commerce demeurent des biens, même si leur appropriation en est toutefois restreinte ou interdite, parce qu'elles conservent une valeur économique (par exemple, les parties du corps humain, les armes et les drogues prohibées, les choses sacrées). En tant que biens, elles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété ». Lluellas et Moore, *Droit des obligations*, *supra* note 78 à la p 553, para 1049.27 : « Ainsi, sont hors commerce : les produits prohibés (comme les drogues), les objets destinés au culte, le corps humain, l'électricité, ou encore les permis ou licences administratifs octroyés en considération de l'identité du titulaire ». Arbour et Lacroix, « Le

Baud remarque que la doctrine « s'estime investie d'une mission : faire en sorte que le corps ne devienne pas une marchandise »²³⁶.

Or, les articles du *Code civil du Québec* qui se retrouvent sous le titre « De l'intégrité de la personne » brossent un portrait bien plus complexe qui ne peut être résumé par l'opposition des expressions « dans le commerce » et « hors du commerce ».

L'expression « éléments détachés du corps humain » ne se retrouve pas dans le *Code civil du Québec*. L'article 22 *C.c.Q.* portant sur les éléments qui peuvent être utilisés aux fins de recherche fait mention des parties du corps²³⁷, « qu'il s'agisse d'organes, de tissus ou d'autres substances, prélevée[s] sur une personne ». L'article 25 *C.c.Q.* sur l'aliénation à titre gratuit parle « d'une partie ou de produits de son corps ». Selon les professeurs Kouri et Philips-Nootens, la portée de ces articles est générale : ils visent tout autant les parties (organes et tissus) que les produits détachés du corps (sang et gamètes)²³⁸. Quant au corps humain, sa définition et la détermination de son statut constituent deux questions d'une complexité qui dépasse les objectifs de ce mémoire. Il est suffisant de mentionner qu'« [e]n droit civil classique,

statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », *supra* note 217 aux pp 236, 260: « Certains attributs de ces droits peuvent, en diverses circonstances, faire l'objet de conventions à caractère patrimonial, dont l'exploitation commerciale du nom ou de l'image. Un tel phénomène de contractualisation ne s'étend toutefois pas à toutes les parties détachées du corps humain, qui demeurent généralement hors commerce ». « Par essence, le corps est distinct de la chose. Étant indisponible et hors commerce, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions ni être susceptible d'appropriation ».

²³⁶ Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993 à la p 22.

²³⁷ L'article 19 sur l'aliénation entre vifs des personnes majeures (al 1) et mineures ou inaptes (al 2) fait également mention des parties du corps, sans plus de précision.

²³⁸ Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2012 au para 17 (en ligne: La Référence).

l'inviolabilité de la personne sous-tend que le corps humain, qui se confond avec la personne, bénéficie de la protection accordée à celle-ci, bien qu'il ne soit que le support de l'homme, son signalisateur »²³⁹. L'essentiel de la thèse de l'impossibilité de l'appropriation du corps repose sur l'absence de distanciation de la personne par rapport à son corps²⁴⁰. Puisque le corps n'est pas dissociable et permet, dans les

²³⁹ Arbour et Lacroix, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », *supra* note 217 à la p 260.

²⁴⁰ L'article premier du Code civil du Québec a entraîné une certaine confusion quant à la notion de personne. Cet article se lit comme suit: « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». Selon les professeurs Arbour et Lacroix, la personne humaine, considérée dans sa globalité et dans sa réalité biologique, psychologique et sociale, est un sujet de droit, titulaire de droits de la personnalité jusqu'à sa mort. *Ibid* à la p 239; Au contraire, la professeure Saris soutient que seule la personne juridique est une « personne dotée de la personnalité juridique, un sujet de droits, c'est-à-dire une entité qui jouit de droits subjectifs ». Cette personne juridique n'existe que dans le monde du droit. La personne humaine, quant à elle, représenterait le support de la personne dotée de la personnalité juridique et serait composée d'objets matériel ou immatériel comme la voix, l'image, le corps. Ainsi, la personne humaine subsiste après le décès en tant qu'objet à respecter au nom du principe de la dignité humaine. Cette personne deviendrait alors objet de droit. Anne Saris, « Le sort du cadavre : le règne des vivants sur les morts » dans *Développements récents en succession et fiducies*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, 101 aux pp 121-127. Cette idée fut d'abord énoncée par Zenati-Castaing et Revêt : « Prise dans sa dimension substantielle, la personne est humaine. En tant que corps (notamment), elle est considérée par le législateur comme un objet de droits : non seulement elle ne participe pas de l'entité abstraite à partir de laquelle s'établissent les relations juridiques (le sujet de droit), mais encore, elle constitue l'un des objets de ces rapports, dont le titulaire n'est autre que la personne juridique dont, par ailleurs, le corps même permet la présence dans le théâtre du droit, puisqu'il constitue le support des personnes physiques (*supra*, n° 9). Toute réduction de la personne humaine à la personne juridique – et inversement – consomme donc un contresens majeur puisqu'elle mélange sujet et objet. » Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revêt, *Manuel de droit des personnes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, n° 270, à la p 232.

faits, d'identifier la personne, il ne peut pas être qualifié de chose (au sens juridique)²⁴¹ et donc de bien²⁴².

La distinction du commerce juridique et du commerce marchand permet de rendre compte du degré de commercialité dont bénéficie chaque élément détaché du corps humain. Par exemple, selon les professeurs Kouri et Philips-Nootens, les gamètes peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial et s'insèrent donc dans le commerce juridique²⁴³. Ces auteurs mentionnent l'article 19 du *Code civil du Québec* qui utilise la notion d'aliénation²⁴⁴. L'aliénation renvoie à la circulation juridique, circulation

²⁴¹ Jacques Fierens, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige » (2001) 42:3 C de D 647 à la p 656.

²⁴² Voir Jean-Pierre Baud sur cet argument et sa critique, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, supra note 236.

²⁴³ Kouri et Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, supra note 238 au para 22 (En ligne: La Référence).

²⁴⁴ L'article 19 se lit comme suit:

19. Une personne majeure, apte à consentir, peut aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer.

Un mineur ou un majeur inapte ne peut aliéner une partie de son corps que si celle-ci est susceptible de régénération et qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale, du mandataire, tuteur ou curateur, et l'autorisation du tribunal.

19. A person of full age who is capable of giving his consent may alienate a part of his body *inter vivos*, provided the risk incurred is not disproportionate to the benefit that may reasonably be anticipated.

A minor or a person of full age who is incapable of giving his consent may, with the consent of the person having parental authority, mandatary, tutor or curator and with the authorization of the court, alienate a part of his body only if that part is capable of regeneration and provided that no serious risk to his health results.

qui requiert du bien qu'il fasse partie du commerce juridique. Or, comme le soulignent les auteurs,

[...] notre législation impose la gratuité aux donneurs, mais la gratuité de l'acte n'interdit pas pour autant la patrimonialisation des gamètes. À la rigueur, donc, une personne pourrait même transmettre par succession ses gamètes récoltés de son vivant, en vue de permettre l'insémination artificielle après sa mort.²⁴⁵

Les gamètes pourraient donc être considérés dans le commerce juridique et susceptibles de circulation juridique sans toutefois être soumis au commerce marchand²⁴⁶. Selon les professeurs Kouri et Philips-Nootens, c'est la « séparation permanente des matériels biologiques de la personne » ou leur désaffectation, qui les font tomber dans le commerce²⁴⁷.

Selon les distinctions énoncées ci-dessus, il est possible de dégager la lecture suivante de la situation présentée par les deux auteurs : la désaffectation des matériels biologiques à la personne humaine leur octroie la qualité de chose. Ils peuvent donc être l'objet d'un droit de propriété et entrer dans le commerce juridique à titre de bien. Puisqu'ils possèdent la commercialité nécessaire à la circulation, ces éléments sont susceptibles d'être aliénés, mais cette aliénation doit être permise par la loi afin d'encadrer et de limiter sa commercialité d'un point de vue marchand.

²⁴⁵ Kouri et Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, supra note 238 au para 22 (En ligne: La Référence).

²⁴⁶ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », supra note 125.

²⁴⁷ Kouri et Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, supra note 238 au para 46 (En ligne: La Référence).

2.2.5 Conclusion

Le commerce juridique constitue cet espace dans lequel certains rapports juridiques peuvent émerger, tissant ainsi un ensemble de relations entre personnes, physiques ou morales créatrices de droits et d'obligations pour ses acteurs. Cet espace est limité aux rapports de droit ayant pour objet les biens, c'est-à-dire les choses appropriées ou appropriables ainsi que les droits patrimoniaux.

Bien que les notions de commerce juridique et de commerce marchand partagent des caractéristiques communes, dont une dimension relationnelle, l'une appartient au monde du droit et l'autre au monde de l'économie. Les assimiler ne peut qu'entraîner une confusion quant à leur application à des domaines de droit qui évoluent rapidement.

2.3 Conclusion du chapitre II

Ce deuxième chapitre a montré une lacune importante de la doctrine actuelle, soit le fait que très peu d'intérêt soit porté à la notion de commerce juridique. Cet état de fait, de même que la confusion qui découle nécessairement de l'absence d'études et de réflexions sur cette question, est néanmoins compréhensible. La notion de commerce juridique semble aller de soi, celle-ci étant présente dans le vocabulaire du droit depuis l'époque romaine. On ne peut également passer sous silence la difficulté, collective, de penser les rapports juridiques autrement que dans leur dimension économique. La donation, par exemple, demeure un sujet peu étudié par les juristes. Comme le soulignent la professeure Cumyn et l'auteur Ilboudo :

Le droit contemporain accorde systématiquement plus d'importance à l'activité économique orientée vers le profit qu'à l'activité bénévole. Ainsi, les

contrats à titre onéreux tiennent une place beaucoup plus notable dans l'enseignement et la recherche que les contrats à titre gratuit.²⁴⁸

Ce deuxième chapitre, le cœur de cette recherche, montre néanmoins qu'il est possible de raffiner notre définition du commerce juridique, en le distinguant de la circulation juridique et du commerce marchand.

À ce stade, il apparaît important de souligner les limites de la définition proposée du commerce juridique pour apprécier la catégorie des biens hors commerce. La question du régime juridique de ces biens hors commerce ne sera pas traitée dans ce mémoire. Par ailleurs, ce qui est étranger au commerce, soit l'extracommercialité, demeurera également une question partiellement irrésolue dans le cadre de cette recherche.

²⁴⁸ Michelle Cumyn et Wend-Nongdo Justin Ilboudo, « L'encadrement juridique du sociofinancement au Québec » (2019) 60:3 C de D 699 à la p 705.

CHAPITRE III

LIMITES DU COMMERCE JURIDIQUE

Dans ce dernier chapitre, il sera question des frontières du commerce juridique, celles-ci étant appréhendées à travers deux pôles. La première section concerne les critères de distinction des biens hors commerce, soit la nature des biens ou leur affectation. La deuxième section vise à considérer le commerce juridique à l'aune de différentes notions qui lui sont associées : l'extracommercialité, l'extrapatrimonialité et l'indisponibilité.

3.1 Les critères de détermination des biens hors commerce

On considère que les biens, soit les choses soumises à la propriété et les droits patrimoniaux, sont hors commerce en raison de leur nature (Sous-section 1) ou d'une affectation (Sous-section 2) ²⁴⁹. Cette distinction provient de l'article 1486 *C.c.B.-C.* :

²⁴⁹ Contra Goulet, « Un requiem pour les choses sacrées », *supra* note 6. Pour le professeur Goulet, toutes les choses hors commerce le sont en raison de la loi. Cette affirmation montre un grand pragmatisme. Puisque la commercialité des biens constitue la règle, une disposition législative est nécessaire pour créer une telle exception.

1486. Peut être vendue toute chose qui n'est pas hors du commerce, soit par sa nature ou sa destination, soit par une disposition spéciale de la loi.

1486. Everything may be sold which is not excluded from being an object of commerce by its nature or destination or by special provision of law.

Cette différenciation est reprise à l'article 2876 du *Code civil du Québec*²⁵⁰, substituant la « destination » de la chose par son « affectation »²⁵¹ :

2876. Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par nature ou par affectation, est imprescriptible.

2876. That which is not an object of commerce, is non-transferable or is inappropriable, by reason of its nature or the purpose to which it has been appropriated, cannot be prescribed.

Certains auteurs proposent toutefois une voie mitoyenne, soit un critère articulant la nature du bien et son affectation (Sous-section 3).

²⁵⁰ À noter que la troisième forme de mise hors commerce, par « une disposition spéciale de la loi » disparaît dans le *Code civil du Québec*.

²⁵¹ Nous reviendrons sur ce changement de vocable lors de l'adoption du *Code civil du Québec* dans la Sous-section 3.1.2 Les biens hors commerce par affectation.

3.1.1 Les biens hors commerce par nature

Il existerait des biens qui sont hors du commerce en soi, *per se*²⁵², en raison de leur nature « spéciale »²⁵³ ou parce qu'ils échappent à l'action des humains²⁵⁴. En d'autres termes, aucune intervention extérieure au bien lui-même n'est requise pour qu'il soit considéré hors du commerce. Ainsi, bien qu'appropriées : « [...] certaines choses particulières répugnent à voir leur propriété ou leur utilité circuler entre les personnes ou même simplement à être dissociées de leur propriétaire »²⁵⁵.

À juste titre, la professeure Laflamme note que ces biens hors commerce sont peu nombreux²⁵⁶. Le professeur Galloux soutient que les choses²⁵⁷ hors commerce appréhendées selon leur nature se limitent aux produits et aux éléments du corps

²⁵² Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 27, à la p 21.

²⁵³ Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 86.

²⁵⁴ Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, *supra* note 215 à la p 53, para 75.

²⁵⁵ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 aux pp 67-68, para 26.

²⁵⁶ Laflamme et Brochu, « Distinction des biens », *supra* note 132, para 42.

²⁵⁷ L'auteur utilise l'expression « chose hors commerce ». Afin de ne pas dénaturer son texte, nous reprenons la même expression.

humain²⁵⁸. Les restes humains et les sépultures²⁵⁹ de même que certains droits indissociables de la personne²⁶⁰ peuvent également être cités en exemple.

Le professeur Galloux note cependant que cette qualification constitue un faux-semblant. Selon lui, le droit positif ne reconnaît l'extracommercialité de ces choses que dans sa relativité. En effet, la possibilité de conclure des transactions en vertu du droit positif français concernant les phanères²⁶¹, le sang, le lait maternel, les gamètes humains, les organes, les cellules et les produits intracellulaires, les organelles ou le matériel génétique sont signe que l'extracommercialité dans sa conception absolue est « radicalement contraire à l'état du droit positif français actuel »²⁶².

La « nature » des biens est par ailleurs loin d'être une notion juridique et elle peut porter à confusion²⁶³. Il semble tout de même étrange qu'une catégorie juridique,

²⁵⁸ Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1014.

²⁵⁹ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 27, à la p 21; Laflamme et Brochu, « Distinction des biens », *supra* note 132 para 42.

²⁶⁰ Par exemple, la créance alimentaire et le droit d'usage et d'habitation. Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 69, para 29.

²⁶¹ Selon la définition du Robert, un phanère consiste en un « Production épidermique apparente (poils, plumes, écailles, griffes, ongles, dents).

²⁶² Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1022.

²⁶³ Nous remercions le professeur Alejandro Lorite Escorihuela d'avoir attiré notre attention sur la confusion qu'entraîne l'emploi de l'expression « nature des choses ». Communément, la nature d'une chose réfère aux caractéristiques particulières qui la définissent. Voir le Dictionnaire Le Robert, *sub verbo* « Nature ». À ce sujet, on ne peut s'étonner que l'expression « meuble par nature » n'ait pas été reprise dans le *Code civil du Québec*. L'article 384 *C.c.B.C.* se lisait comme suit : « Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à l'autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'il faille une

les biens hors commerce, soit en partie déterminée par une réalité qui échappe à l'emprise du vocabulaire juridique. C'est à se demander si la catégorie des biens hors commerce par nature ne sert finalement qu'à éluder les questions jugées trop sensibles et s'impose comme une nécessité de l'esprit afin de contrer le « totalitarisme économique »²⁶⁴.

3.1.2 Les biens hors commerce par affectation

L'affectation constitue un deuxième critère de rattachement des biens hors commerce. La notion d'affectation, particulièrement fuyante²⁶⁵, réfère soit à un

force étrangère pour les changer de place, comme les choses inanimés ». L'article 905 *C.c.Q.* énonce simplement : « Sont meubles les biens qui peuvent se transporter ».

²⁶⁴ Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4 à la p 13, para 5.

²⁶⁵ Sylvio Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec » (2014) 48 *RJTUM* 599 à la p 600.

acte d'autorité exercé par le propriétaire²⁶⁶, soit à une technique²⁶⁷ ou encore à un « pouvoir juridique fondé sur une manifestation de la volonté permettant de soumettre des biens ou une partie du patrimoine à une utilisation spécifique, ayant pour finalité la poursuite d'un intérêt prédéterminé »²⁶⁸.

La finalité ou le but est central à la notion d'affectation. Comme l'explique le professeur Serge Guinchard :

[a]ffecter c'est à la fois choisir un but et le réaliser par des techniques appropriées. En d'autres termes, le sens même du mot affectation indique le fait qui constitue la base de toute la question : affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé; cette idée fondamentale fournit le fil directeur autour duquel tous les éléments de l'affectation se synthétisent naturellement. Il fait ressortir les deux éléments caractéristiques de l'affectation : le choix d'un usage, c'est-à-

²⁶⁶ *Ibid* à la p 600. Cette qualification lui semble la plus appropriée, mais le professeur Sylvio Normand n'exclut pas qu'il puisse également s'agir d'un mécanisme. Brigitte Roy, « L'affectation des biens en droit civil québécois : une approche globale de la notion » (2001) 103:3 R du N 383 à la p 388; Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 sub verbo « Affectation »: Acte par lequel on assigne une finalité particulière à un droit patrimonial ou à une universalité de droits patrimoniaux. Voir également Jean Carbonnier, *Droit civil*, 1^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2004 à la p 1526. Sur la notion d'affectation, Carbonnier souligne qu'elle est « difficile à définir (v. Serge Guinchard). C'est d'abord un acte juridique : l'acte par lequel le propriétaire d'un bien (d'une masse de biens) détermine une finalité particulière, un but en vue duquel le bien sera utilisé. Par l'effet de cet acte, le bien est grevé d'une charge, d'un droit d'usage, de jouissance en faveur de tiers, la collectivité des utilisateurs à venir. Mais ce sont des personnes non identifiables d'avance, personae incertae. Cette indétermination des usagers ou bénéficiaires empêche de construire le rapport d'affectation comme un droit réel – sauf à constituer une personne morale qui en sera titulaire. L'a. 18 de la l. 23 juill. 1987 sur le mécénat n'en a pas moins décrit l'affectation, sans plus la définir, avant toute constitution de la personne morale ».

²⁶⁷ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, supra note 32 à la p 383: « C'est une technique élémentaire du droit que d'affecter un bien à un emploi déterminé. Ce procédé permet, en conférant à une chose une dimension particulière, de produire une utilité qui s'ajoute à celles qu'elle comporte ou qui accentue une utilité préexistante ». voir aussi Frédéric Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse » (2014) 48 RJTUM 622.

²⁶⁸ Caroline Cassagnabère, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt » (2013) 2 Revue juridique de l'ouest 159 à la p 179 (italiques dans l'original).

dire les buts de l'affectation, la réalisation de cet usage, c'est-à-dire les techniques de l'affectation.²⁶⁹

L'affectation imprime une finalité particulière au bien et ce dernier devra être utilisé suivant cette finalité²⁷⁰.

L'affectation a aussi pour effet d'individualiser le bien²⁷¹ de manière à l'affranchir de certains principes de droit commun²⁷² et de le protéger, notamment en le soustrayant du droit de gage général des créanciers²⁷³.

En ce qui concerne les biens hors commerce, il convient de discuter du changement de vocable opéré lors de l'adoption du *Code civil du Québec*. En l'effet, alors que le *Code civil du Bas-Canada* utilisait l'expression de « choses hors commerce par destination », il est aujourd'hui question de biens hors commerce par « affectation ».

Certains auteurs estiment que les notions d'affectation et de destination sont synonymes²⁷⁴. Malgré cela, le *Dictionnaire de droit privé* souligne que les termes

²⁶⁹ Serge Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé CXLV, Paris, LGDJ, 1976 à la p 15 (italiques dans l'original).

²⁷⁰ Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Affectation »: l'affectation désigne l'indication de « la fin à laquelle un bien doit servir ».

²⁷¹ Gaële Gidrol-Mistral, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec » (2016) 46:1 RGD 95 à la p 107.

²⁷² *Ibid.* Par exemple, l'affectation d'un bien indivis à un but durable fait obstacle au droit au partage et la fin de l'indivision (art. 1030 C.c.Q.).

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, *supra* note 269 à la p 35; Roy, « L'affectation des biens en droit civil québécois », *supra* note 266; Centre Paul-André Crépeau

« affectation » et « destination », bien que synonymes, font l'objet d'un emploi lexical distinct : « alors qu'affectation est utilisé en relation au patrimoine et à l'administration, destination l'est plutôt à l'égard de biens, notamment, dans les contextes de l'indivision, de la copropriété divise et de l'immobilisation par attache ou réunion »²⁷⁵.

D'autres approfondissent la distinction entre destination et affectation. Selon le professeur Sylvio Normand, la destination constitue un des deux pôles de l'affectation, soit l'usage réservé à un bien, « autrement dit [...] l'utilisation matérielle qui peut en être faite »²⁷⁶. Envisagée ainsi, l'affectation peut se limiter à l'usage fixé par le propriétaire pour lui-même ou devenir une « finalité qui s'imposera pour le futur à toute personne à qui des droits seraient reconnus sur le bien »²⁷⁷. Le deuxième pôle de l'affectation consiste, selon Sylvio Normand, à composer des universalités en leur fixant une finalité²⁷⁸.

de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 sub verbo « Affectation ».

²⁷⁵ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 sub verbo « Destination ».

²⁷⁶ Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec », supra note 265 à la p 602; Cornu, *Vocabulaire juridique*, supra note 17, sub verbo « destination » Cornu définit notamment la destination comme un « usage auquel une chose est affectée ».

²⁷⁷ Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec », supra note 265 à la p 603.

²⁷⁸ *Ibid* à la p 604. Le dictionnaire de droit privé et comparé définit l'universalité comme un « Ensemble de biens ou ensemble de biens et de dettes considérés comme formant un tout au regard du droit ». Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, supra note 7 sub verbo « Universalité ». Lorsque l'universalité est composée de biens et de dettes, il s'agit d'une universalité juridique ou d'une universalité de droit. Le patrimoine demeure l'universalité de droit la plus emblématique. C'est pourquoi, en droit québécois, la question de l'affectation est intimement liée à l'introduction, en 1994,

Pour la professeure Blandine Mallet-Bricout, bien que les deux notions renvoient l'une à l'autre en raison de leurs racines latines, le langage juridique requiert de les distinguer. L'étude des textes révèle, selon l'auteure, que les définitions proposées tournent autour de deux idées : l'usage concret et réel du bien et la finalité idéale. L'auteure soutient :

Ainsi, on peut considérer que la destination renvoie à l'usage déterminé d'une chose et que l'affectation renvoie à la finalité qui est donnée à cet usage. L'autonomie des deux concepts est donc relative, ils ont clairement à voir l'un avec l'autre. Mais les deux ne se confondent pas : l'usage d'une même chose peut avoir plusieurs finalités et la finalité conférée à une chose peut se concrétiser par divers usages²⁷⁹.

Dans le cas précis de la notion de bien hors commerce par destination ou affectation, la position suivante est adoptée dans ce mémoire : le changement terminologique ne change pas le sens de la loi. D'une part, en ce qui concerne le *Code civil du Québec*, le professeur Normand note que l'affectation est mentionnée dans d'autres contextes en utilisant la notion de destination²⁸⁰. D'autre part, comme mentionné ci-dessus, l'extracommercialité évoque la sacralité de certains biens. C'est donc à la finalité attribuée au bien qu'il est fait référence et non à son usage. L'adoption du *Code civil du Québec* n'altère pas cette association entre l'extracommercialité et la finalité de protection du sacré.

de la fiducie en droit civil québécois. Sur ce sujet, voir Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse », *supra* note 267.

²⁷⁹ Blandine Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité » (2014) 48 RJTUM 536 à la p 541; contra Roy, Roy, « L'affectation des biens en droit civil québécois », *supra* note 266 à la p 387.

²⁸⁰ Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec », *supra* note 265 à la p 600.

Ces précisions étant apportées, quels sont les biens hors commerce en raison de leur affectation? Des auteurs notent à titre d'exemple les biens de l'État ou ceux appartenant à une personne morale de droit public affectés à l'utilité publique²⁸¹.

Les choses sacrées associées à l'église seraient également du lot des choses hors commerce par affectation. Le *Code civil du Bas-Canada* y accordait par ailleurs des dispositions particulières :

| | |
|--|--|
| <p>2217. Les choses sacrées, tant que la destination n'en a pas été changée autrement que par l'empiètement souffert, ne peuvent s'acquérir par prescription.</p> | <p>2217. Sacred things, so long as their destination has not been changed otherwise than by encroachment, cannot be acquired by prescription.</p> |
|--|--|

| | |
|---|--|
| <p>Les cimetières, considérés comme chose sacrée, ne peuvent être changés de destination de manière à donner lieu à la prescription, qu'après l'exhumation des restes des morts, choses sacrées de leur nature.</p> | <p>Burial-grounds, considered as sacred things, cannot have their destination changed, so as to be liable to prescription, until the dead bodies, sacred by their nature, have been removed.</p> |
|---|--|

À l'instar de l'extracommercialité dictée par la nature du bien, une approche centrée sur l'affectation du bien comporte son lot d'embûches. Pour le professeur Galloux, l'affectation comme seul critère de distinction des biens hors commerce

²⁸¹ Lamontagne, *Biens et propriété*, *supra* note 86 au para 27, aux pp 21-22; Laflamme et Brochu, « Distinction des biens », *supra* note 132 para 43. Sylvio Normand considère plutôt que les biens de l'État ne sont pas à proprement parler hors du commerce puisqu'il est possible de s'en départir par déclassement administratif. Normand, *Introduction au droit des biens*, *supra* note 90 à la p 88.

a pour effet de miner la visée protectrice de la notion d'extracommercialité²⁸². En effet, une approche dite « relativiste » a pour conséquence de placer le bien hors du commerce « [...] au gré des circonstances dans lesquelles elle s'objective »²⁸³. L'extracommercialité serait dès lors toute relative. Le professeur Galloux reprend l'exemple des produits du corps humain et plus particulièrement des organes :

Les organes prélevés sur un mineur vivant ne sauraient être transplantés qu'au profit d'un frère ou d'une sœur; les yeux du *cujus* ne peuvent être légués qu'à un établissement public ou une œuvre privée pratiquant ou facilitant la pratique des kératoplasties; les gamètes humaines ne peuvent être recueillies que par des établissements d'hospitalisation spécialement agréés. À l'autre extrémité de la chaîne « commerciale », les produits ou les éléments cités ne sont attribués qu'à des patients pour lesquels ils constituent un moyen thérapeutique. Il viendrait que ces matériels biologiques sont hors du commerce à l'égard de tous autres intervenants. Un individu ne pourrait ainsi disposer de ses gamètes à l'égard d'une personne déterminée²⁸⁴.

Ainsi, la catégorie des biens hors du commerce varierait en fonction des finalités conventionnelles, de certaines modalités et des relations juridiques établies relativement à cette chose, ce qui atténuerait sa portée protectrice.

En guise de solution, le professeur Galloux propose de ne pas nier complètement le rôle joué par la chose elle-même et propose un critère mixte, lequel sera présenté dans la prochaine sous-section.

Par ailleurs, le professeur Galloux pointe un danger réel : tout bien hors du commerce juridique par affectation, qui consiste après tout à commettre un acte de

²⁸² À noter que le professeur Galloux ne fait pas la distinction entre le commerce marchand et le commerce juridique.

²⁸³ Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1022.

²⁸⁴ *Ibid* à la p 1023.

volonté²⁸⁵, peut être désaffecté par cette même volonté. Selon la professeure Gidrol-Mistral, cette désaffectation s'illustre par la dissociation des opérations juridiques qui portent sur les gamètes – soit la mise en circulation par une première opération juridique, gratuite et par une seconde, onéreuse²⁸⁶. Les produits et parties du corps détachés sont ainsi désaffectés; ils « [...] cessent de faire partie de la personne et deviennent des biens susceptibles de tomber dans le commerce marchand »²⁸⁷.

L'affaire *Prévost c Fabrique de la Paroisse de l'Ange Gardien* nous permet ainsi de constater que rien ne peut indéfiniment échapper au commerce marchand.

La Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien était l'une des plus vieilles paroisses de la province. En 1962, un abbé, nommé curé de la paroisse, fut chargé de la rénovation de l'église et de l'organisation du tricentenaire de la fondation de la paroisse. Dans le cadre de son mandat, le curé prit la décision de vendre des objets anciens aux appelants, dont certains furent revendus à des tiers. En 1976, la paroisse réclamait les biens vendus aux motifs qu'ils étaient des choses sacrées et hors commerce. Le premier juge accueillit l'action de la Paroisse.

En appel, les acheteurs-appelants soulevaient notamment l'argument selon lequel au moment de leur aliénation, les biens de la Paroisse se trouvaient dans le commerce puisqu'ils n'étaient plus des choses sacrées, « leur destination ayant été

²⁸⁵ Voir Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec », *supra* note 265; Cassagnabère, « Définir l'affectation? », *supra* note 267.

²⁸⁶ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 182.

²⁸⁷ *Ibid* à la p 183.

changée par le curé de la paroisse »²⁸⁸. La Cour d'appel rejeta ces prétentions et confirma la décision du premier juge.

Cette décision, qui pointe l'impossibilité, en vertu du droit civil, d'aliéner des biens placés hors commerce, précise le régime juridique applicable à la catégorie de chose sacrée. Bien que réaffirmant la nécessité de recourir au droit canonique pour délimiter les frontières de cette catégorie, le jugement affirme que c'est la destination du bien qui lui imprime son caractère hors commerce.

Le juge Malouf tint alors les propos suivants :

Il va sans dire que si l'autorité compétente change la destination de la chose sacrée, cette chose pourra alors être vendue en observant les formalités de la loi.

La preuve révèle que les objets revendiqués étaient destinés au culte et étaient par conséquent choses sacrées. Vu qu'aucune preuve n'a été versée au dossier à l'effet que leur destination a été changée, il faut conclure que ces biens sont demeurés choses sacrées.

Je suis donc d'avis que ce que je viens d'énoncer doit disposer du litige parce que, tant et aussi longtemps que les biens en question demeurent choses sacrées et leur destination inchangée, personne n'a l'autorité de les vendre. Ces objets ne peuvent être vendus qu'après que leur destination ait été changée²⁸⁹.

Ainsi, l'extracommercialité des biens sacrés ne tient, dans ce cas, qu'à la volonté de l'autorité compétente, en l'espèce l'Église. Ce régime n'est pas sans soulever certaines interrogations quant à la pérennité de la visée protectrice attribuée à la catégorie des biens hors commerce.

²⁸⁸ Ce sont les termes utilisés par le juge Malouf, j.c.a.

²⁸⁹ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien*, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (C.A.).

L'interaction entre le bien et l'appréhension qu'en fait l'être humain n'a pas échappé à certains auteurs, qui proposent d'articuler la nature des biens et leur affectation.

3.1.3 Les interprétations mitoyennes

Détermination par la nature d'un côté, emprise de la volonté de l'autre, certains auteurs refusent ces critères de rattachement et proposent de concilier la visée protectrice des biens hors commerce avec la nécessité de les soumettre parfois au commerce juridique. C'est le cas des propositions des auteurs Jean-Christophe Galloux et Isabelle Moine-Dupuis.

Le professeur Galloux, en s'appuyant sur les exemples français des œuvres d'art et des souvenirs de famille, propose de relier nature du bien et affectation. Ainsi, la nature du bien commanderait son affectation et, ce faisant, sa qualité hors commerce. Pour reprendre les exemples proposés par l'auteur, seuls l'artiste ou les membres de la famille seraient habilités à désaffecter le bien afin de lui permettre d'intégrer le commerce juridique²⁹⁰. Ainsi, l'affectation des produits et éléments du corps humain s'appuie sur leur lien indissociable avec la personne et leur désaffectation répondrait à des modalités particulières, soumises au consentement de la personne.

Isabelle Moine-Dupuis approfondit la thèse du professeur Galloux en précisant les choses²⁹¹ dont la nature commande leur mise hors commerce. Pour l'auteure, la notion de chose hors commerce se situe précisément dans la relation entre la chose

²⁹⁰ Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1029.

²⁹¹ Dans le cas d'Isabelle Moine, il s'agit bien de *choses* hors commerce.

et la personne. La chose hors commerce ne s'établit pas *par* la personne, à travers l'expression de sa volonté, mais permet plutôt à la personne de se constituer et se maintenir *comme* personne. Ainsi, Isabelle Moine-Dupuis propose cette définition :

[...] les choses hors commerce sont des choses corporelles ou incorporelles (droits notamment) permettant à la personne physique d'avoir et de conserver une qualification juridique par laquelle elle peut être désignée elle-même, et être traitée dans les actes du droit, comme humaine; elles le permettent en constituant (cristallisant) les éléments essentiels de la personnalité humaine en objets de volonté existants ou potentiels, mais en les maintenant d'abord à l'état d'éléments personnels.²⁹²

En somme, les choses hors commerce sont des choses, mais si intimement rattachées à la personne qu'elles répugnent à toute interchangeabilité. Les « [...] véritables choses hors commerce sont inaliénables entre toutes personnes, quelles qu'elles soient »²⁹³.

Dans sa thèse, c'est donc à partir de la notion de personne humaine que l'on découvre les choses hors commerce. La notion de personne est ainsi définie :

La personne ainsi comprise est constituée d'éléments dont l'appréhension par le raisonnement juridique suppose une qualification. Il faut connaître quel rôle jouent, quelle situation occupent ces éléments. À la vérité, ce ne sont pas ces éléments eux-mêmes qui vont recevoir une qualification propre, ils en ont déjà une, ils sont les éléments de la personne, ils n'en sont pas distincts. Mais les éléments qui seront en fait séparés (organes, sang, gamètes) ou les droits nécessaires à leur protection et à leur mise en œuvre (droit à l'intégrité corporelle, droit à l'image, au respect de la vie privée, etc.), ou encore les choses en apparence totalement extérieure à la personne, mais qui lui sont tellement indispensables qu'elle y est, pour ainsi dire, projetée (choses communes), tous sont des choses, et des choses hors commerce.²⁹⁴

²⁹² Moine, *Les choses hors commerce*, *supra* note 4 à la p 267, para 407.

²⁹³ *Ibid* à la p 17, para 11.

²⁹⁴ *Ibid* à la p 19, para 13.

Circonscrite aux choses qui sont traditionnellement associées à l'extracommercialité – les éléments détachés du corps humain, certains droits extrapatrimoniaux et les choses communes –, cette thèse permet sans contredit d'énoncer un critère de distinction qui donne une certaine cohérence à la catégorie, mais qui la confine du même coup aux choses essentielles à la personne.

3.1.4 Conclusion

La doctrine peine à trouver un critère qui permette de distinguer les biens hors commerce des biens dans le commerce. Qui plus est, les notions mêmes de nature du bien et d'affectation sur lesquelles repose la catégorie des biens hors commerce présentent de nombreuses difficultés dont l'étude complète dépasse les objectifs de ce mémoire.

Néanmoins, la distinction de la notion de « bien hors commerce » des notions voisines telles que l'extracommercialité, l'extrapatrimonialité, l'indisponibilité et l'inaliénabilité pourrait permettre de susciter la réflexion eu égard à ces critères. Il s'agit de l'objet de la dernière section de ce mémoire.

3.2 Le commerce juridique considéré à l'aune des différentes qualités d'un bien

Les différentes notions qui gravitent autour du commerce juridique constituent l'objet de cette section. Dans un premier temps, il s'agira de distinguer l'extracommercialité de la qualité « hors commerce » (Sous-section 1). Dans un deuxième temps, il sera montré comment la commercialité, entendue comme la qualité des biens qui sont dans le commerce, se distingue d'une part de la patrimonialité (Sous-section 2) et d'autre part de la disponibilité (Sous-section 3).

En conclusion, un schéma reprenant les différents degrés de commercialité²⁹⁵ illustrera ces distinctions.

3.2.1 Le commerce juridique, la qualité hors commerce et l'extracommercialité

La commercialité correspond à la qualité des biens dans le commerce juridique²⁹⁶. L'extracommercialité est donc généralement envisagée comme son contraire, c'est-à-dire comme la qualité des biens qui se trouvent hors du commerce juridique²⁹⁷. Néanmoins, compte tenu de la définition du commerce juridique proposée au chapitre II, ainsi que son application restreinte aux biens²⁹⁸, il sied de distinguer en premier lieu l'extracommercialité de la qualité des biens qui sont « hors commerce ».

Pour ce faire, il est utile de revenir aux libellés des articles pertinents du *Code civil du Québec*.

La lecture combinée des versions française et anglaise du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec* mène à la conclusion que l'expression « hors commerce » concerne la qualité des biens qui étaient auparavant dans le commerce et qui en sont retirés par l'effet de la loi ou d'une affectation ou encore en raison de leur nature. En effet, l'article 2795 *C.c.Q.* énonce que la « mise hors commerce » (ou en

²⁹⁵ Voir Figure 1, à la p 74.

²⁹⁶ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Commercialité ».

²⁹⁷ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 aux pp 188-189.

²⁹⁸ Voir la Sous-section 2.2.3 L'objet des rapports de droit visés par le commerce juridique.

anglais « withdrawal from commerce ») éteint l'hypothèque qui grevait le bien. Il y a donc ici un changement de qualité, le bien passant du commerce juridique à l'extérieur de ce commerce, opération par laquelle s'éteint l'hypothèque. La version anglaise de l'article 2081 *C.c.B.-C.*, également relatif à l'extinction des privilèges et hypothèques, était encore plus explicite : « by its ceasing to be an object of commerce ». La mise « hors commerce » d'un bien signifie donc qu'il quitte le commerce juridique.

L'article 2876 *C.c.Q.* suggère une autre acception :

| | |
|--|--|
| <p>2876. Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par nature ou par affectation, est imprescriptible.</p> | <p>2876. That which is not an object of commerce, is non-transferable or is inappropriable, by reason of its nature or the purpose to which it has been appropriated, cannot be prescribed.</p> |
|--|--|

Comme mentionné précédemment²⁹⁹, cet article fait état de deux situations : 1) ce qui est dans le commerce/hors le commerce (en français) et 2) ce qui est/n'est pas objet de commerce (en anglais).

La nuance entre l'expression « hors commerce » et l'extracommercialité pourrait permettre de comprendre cette traduction. La préposition « hors » implique un rapport d'extériorité définie à partir d'un lieu : on est hors d'un lieu ou d'un milieu. Si le préfixe « extra » marque également l'extériorité, sa signification recouvre en plus ce qui « sort du cadre, des limites exprimées par la base » ou bien ce qui « est d'une autre nature » et qui, par extension, « en vient à nier le signifié auquel renvoie

²⁹⁹ Voir la Sous-section 1.2.2 Le commerce juridique dans le *Code civil du Québec*.

l'adjectif »³⁰⁰. Sans être complètement étrangers l'un à l'autre, ces deux termes laissent entrevoir une nuance ou une gradation dans l'intensité du rapport d'extériorité.

On pourrait donc convenir que les expressions « hors commerce » et « That which is not an object of commerce » que l'on retrouve à l'article 2876 C.c.Q. recouvrent en droit plus d'une situation : le bien hors commerce et la chose extracommerciale. Cette chose est étrangère au commerce juridique, alors que le bien hors commerce en est issu. Selon cette interprétation, l'extracommercialité est donc associée aux choses non appropriées ou non appropriables.

Si cette définition s'éloigne de l'interprétation dominante de l'extracommercialité, elle a néanmoins comme avantage d'appréhender le commerce en termes de degrés. Ainsi comprise, l'extracommercialité ne représente plus un état anormal, une exception au principe de la commercialité et de la circulation des biens, mais bien une qualité à part entière des choses non appropriées ou non appropriables, lesquelles sont étrangères au champ du commerce juridique.

3.2.2 Le commerce juridique et la patrimonialité d'un bien

La commercialité d'un bien varie selon l'échelle représentant les différents niveaux d'activités juridiques portant sur les biens. Si dans les deux derniers niveaux – la circulation juridique et le commerce marchand –, la commercialité des biens exige leur patrimonialité, qu'en est-il des biens dont la commercialité est restreinte au premier niveau, soit celui du commerce juridique ? Il va sans dire qu'un auteur qui soutient que la commercialité représente l'ensemble des activités de transfert de

³⁰⁰ Centre national de la recherche scientifique, *supra* note 18, *sub verbo* « extra ».

nature patrimoniale pose la patrimonialité comme condition essentielle de la commercialité. Par exemple, François Paul soutient que « le commerce juridique et l'extracommercialité juridique n'intéressent aujourd'hui que l'élément patrimonial, le bien, autrement dit la chose appropriée. Car, s'interroger sur l'aptitude d'une chose à circuler entre patrimoines suppose que cette chose fasse initialement et effectivement partie d'un patrimoine donné »³⁰¹. Dans l'analyse de Paul, l'extracommercialité s'attache aux biens patrimoniaux.

Toutefois, ces deux dernières notions sont parfois associées l'une à l'autre. Il s'agit d'un regroupement que l'on retrouve chez certains auteurs québécois, par exemple dans cet extrait du professeur Baudouin :

[e]nfin, le droit québécois ainsi que le droit français exclut du patrimoine, certains droits à raison de leur caractère strictement personnel. Il entend ainsi mettre ces droits à l'abri de toute intervention des créanciers, ou de tout changement que voudraient opérer à leur égard leurs propres titulaires. Il en est ainsi des droits politiques, de ceux dérivant des créanciers, ou de tout changement que voudraient opérer à leur égard leurs propres titulaires. Il en est ainsi des droits politiques, de ceux dérivant de la puissance paternelle ou maritale notamment. Ces droits sont attachés à la personne elle-même et sont ainsi placés de par leur fonction hors du commerce.³⁰²

[Soulignements ajoutés]

La professeure Emerich semble abonder dans le même sens : « Ainsi, les biens ou droits désignent “les éléments actifs du patrimoine”, ce qui exclut les droits extrapatrimoniaux, tels que le droit à l'honneur ou à la réputation, qui eux sont hors commerce »³⁰³. L'extracommercialité est ici associée à l'extrapatrimonialité.

³⁰¹ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, supra note 25 à la p 77, n° 97.

³⁰² Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, supra note 68 à la p 354.

³⁰³ Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, supra note 205 à la p 245.

Au contraire, il est possible de soutenir que dans certains cas, commercialité et patrimonialité représentent deux qualités dissociées l'une de l'autre³⁰⁴. Pour ce faire, il s'agit de concevoir qu'il existe des biens extrapatrimoniaux, soit parce que certains biens ne sont pas évaluables pécuniairement (son nom, son image ou son corps)³⁰⁵, soit parce que certains biens ne peuvent être échangés contre d'autres. En effet, selon le professeur Sériaux, « le véritable critère de la patrimonialité ne réside-t-il pas, à proprement parler, dans le fait que tel ou tel bien est susceptible d'une estimation pécuniaire, mais plus radicalement dans l'accessibilité à l'échange »³⁰⁶ ? Il existe donc des biens qui se rapprochent de la sphère de l'être au point qu'ils ne peuvent être échangés, telles les œuvres d'art imprégnées des idées personnelles de l'artiste³⁰⁷. Ces biens extrapatrimoniaux ne sont toutefois pas nécessairement hors du commerce juridique puisqu'il existe une palette d'opérations juridiques qui peuvent être pratiquées sur ces biens³⁰⁸.

La professeure Saris propose cette solution pour appréhender la qualification juridique du cadavre d'un être humain. En rejetant l'idée que le cadavre puisse être un bien patrimonial, l'auteure estime qu'on ne peut toutefois conclure à l'innapropriabilité du cadavre en raison de ce caractère. Elle suggère ainsi de traiter

³⁰⁴ Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 23, para 4; Voir également Galloux, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce », *supra* note 41 à la p 1017.

³⁰⁵ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 aux pp 189-190; Frédéric Zenati-Castaing, « Mises en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine » (2003) 4 RTD Civ 667.

³⁰⁶ Sériaux, « La notion juridique de patrimoine », *supra* note 157 au para 2.

³⁰⁷ *Ibid* au para 3.

³⁰⁸ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 190; Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, *supra* note 32 à la p 66, para 25.

cet objet comme un bien extrapatrimonial afin de donner un titre soit à la famille, sous la forme d'une propriété commune, soit à ses membres, sous la forme d'une propriété collective³⁰⁹.

À titre d'opération juridique sur un bien extrapatrimonial, notons que la *Loi sur les activités funéraires*³¹⁰, adoptée le 17 février 2016, prévoit notamment la possibilité d'abandonner les cendres et l'urne les contenant. À son article 52, on peut lire ceci :

L'exploitant d'un columbarium ou une entreprise de services funéraires peut conserver des cendres humaines abandonnées dans un endroit sécuritaire.

L'exploitant d'un columbarium qui désire se départir de cendres humaines abandonnées depuis au moins un an après l'expiration d'un contrat ou l'entreprise de services funéraires qui désire se départir de cendres humaines abandonnées depuis au moins un an à la suite d'une crémation doit les déposer dans un cimetière ou les remettre à un autre exploitant de columbarium.

Les cendres sont considérées comme abandonnées après que l'exploitant d'un columbarium ou l'entreprise de services funéraires ait pris des moyens raisonnables pour tenter de les remettre à un parent ou à une autre personne qui manifeste un intérêt pour la personne décédée.

L'extrapatrimonialité peut donc recouvrir des situations se situant hors ou dans le commerce juridique. La circulation juridique de même que le commerce marchand exigent quant à eux un bien patrimonial afin qu'un transfert soit possible.

³⁰⁹ Saris, « Le sort du cadavre : le règne des vivants sur les morts », *supra* note 240 à la p 155.

³¹⁰ *Loi sur les activités funéraires*, RLRQ c A-5.02.

3.2.3 Le commerce juridique et l'indisponibilité d'un bien

L'indisponibilité d'un bien le protège en ce qu'il est non susceptible de transferts entre patrimoines. Le propriétaire d'un bien indisponible peut en faire usage, mais ne peut s'en départir³¹¹.

La plus grande contribution à la compréhension de la notion d'indisponibilité juridique est sans contredit la thèse de Daniel Berra, intitulée *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*. L'objectif de cette thèse est de saisir le sens du principe de libre disposition des biens pour ensuite en évaluer la portée, et ce, dans le but de comprendre de quelle manière ce principe gouverne la validité et le régime des exceptions qui conduisent à l'indisponibilité. Selon Berra,

[L]e principe de libre disposition des biens fait partie de ces grands principes, d'aspect peu technique, que les juristes s'approprient, mais qui ne leur appartiennent pas. De tels principes ne sont pas l'expression plus ou moins adaptée de normes supérieures qui échappent en réalité à l'ordre juridique pur. Ils traversent et caractérisent un système juridique, mais expriment rarement une règle technique juridique. Aussi lorsqu'on veut les justifier faut-il faire appel à des considérations extrajuridiques³¹².

Ces considérations sont notamment d'ordre politique. Le principe de libre disposition concerne la liberté d'action des individus à l'égard de leurs biens. Il signifie simplement que les individus sont libres d'exercer cette faculté de disposition qui consiste à céder ses droits³¹³.

³¹¹ Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 188.

³¹² Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, *supra* note 133 à la p 15.

³¹³ *Ibid* à la p 73.

Le principe de libre disposition est également en phase avec les prémisses du libéralisme économique. L'exercice de la libre disposition entraîne une série de transferts patrimoniaux et crée la circulation des biens, ce qui leur permet ultimement d'atterrir entre les mains de ceux et celles qui peuvent en faire le meilleur usage³¹⁴. À l'époque, le principe de libre disposition fut utilisé comme argument à l'encontre des clauses d'inaliénabilité qui permettaient aux grandes fortunes de placer les avoirs de la famille à l'abri du droit de gage commun des créanciers. Ultimement, le principe permet de condamner la résurgence des biens de mainmorte que la Révolution avait cherché à faire disparaître³¹⁵.

Le principe de libre disposition comporte tout de même un fondement légal. Dans le *Code civil du Québec*, l'article 947 prévoit ceci :

| | |
|---|---|
| <p>947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de <u>disposer librement et complètement d'un bien</u>, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.</p> | <p>947. Ownership is the right to use, enjoy and <u>dispose of property fully and freely</u>, subject to the limits and conditions for doing so determined by law.</p> |
|---|---|

| | |
|---|--|
| <p>Elle est susceptible de modalités et de démembrements.</p> | <p>Ownership may be in various modes and dismemberments.</p> |
|---|--|

Cette association entre l'indisponibilité et la libre disposition des biens est présente en droit québécois. Le *Dictionnaire de droit privé* définit l'indisponibilité comme la « [q]ualité d'un bien non susceptible de disposition », la disposition étant conçue comme tout « [a]cte, matériel ou juridique, par lequel le titulaire d'un droit

³¹⁴ *Ibid* à la p 24.

³¹⁵ *Ibid* à la p 22.

patrimonial compromet ou éteint son droit »³¹⁶. L'indisponibilité constitue donc une notion plus large que l'inaliénabilité, qui vise les actes de transfert patrimoniaux entre vifs, à titre gratuit ou onéreux. Un bien indisponible est notamment non susceptible d'être aliéné, mais il est également non susceptible de faire l'objet d'un abandon puisque cet acte juridique éteint complètement le droit³¹⁷.

L'obligation alimentaire prévue à l'article 587 *C.c.Q.* constitue un exemple d'un bien indisponible³¹⁸. Elle correspond à une obligation *intuitu personae*; elle est donc intransmissible³¹⁹. En vertu de l'article 698 du *Code de procédure civile*, les aliments accordés en justice sont insaisissables. En cours d'instance en séparation de corps qui ne rompt pas le lien matrimonial, on ne peut renoncer aux aliments puisque les époux se doivent toujours assistance³²⁰.

La créance alimentaire est-elle hors du commerce pour autant? La créance alimentaire peut être contestée et modifiée à chaque fois que les circonstances le justifient³²¹. Les parents peuvent établir, par convention, une créance alimentaire

³¹⁶ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé - Les biens*, *supra* note 7 *sub verbo* « Indisponibilité ».

³¹⁷ Paul, *Les choses qui sont dans le commerce*, *supra* note 25 à la p 250.

³¹⁸ *Droit de la famille* — 132210, 2013 QCCA 1398 au para 49. Dans cet arrêt, la Cour d'appel confond le bien indisponible et le bien hors commerce.

³¹⁹ Michel Tétrault, *Droit de la famille. L'obligation alimentaire*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011 à la p 73.

³²⁰ *Ibid* à la p 66.

³²¹ Art. 594 *C.c.Q.*

d'une valeur différente de celle exigible en vertu des règles de fixation établies par le législateur³²². Elle n'est donc pas extérieure au commerce juridique.

En somme, l'indisponibilité ne représente qu'un aspect des biens hors commerce³²³, limité aux actes qui découlent de la faculté de disposition et qui ont pour finalité de compromettre ou d'éteindre le droit.

3.2.4 Conclusion

Ces distinctions permettent de revoir la figure élaborée au chapitre II afin d'y intégrer les différentes notions. L'inaliénabilité, l'indisponibilité et l'extrapatrimonialité sont des qualités des biens susceptibles de chevaucher plusieurs degrés de commercialité.

Finalement, la sphère de l'extracommercialité se trouve complètement isolée, en ce que les choses qui la composent sont complètement étrangères au commerce juridique.

³²² Art. 587.3 *C.c.Q.*

³²³ Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, supra note 133 à la p 1010.

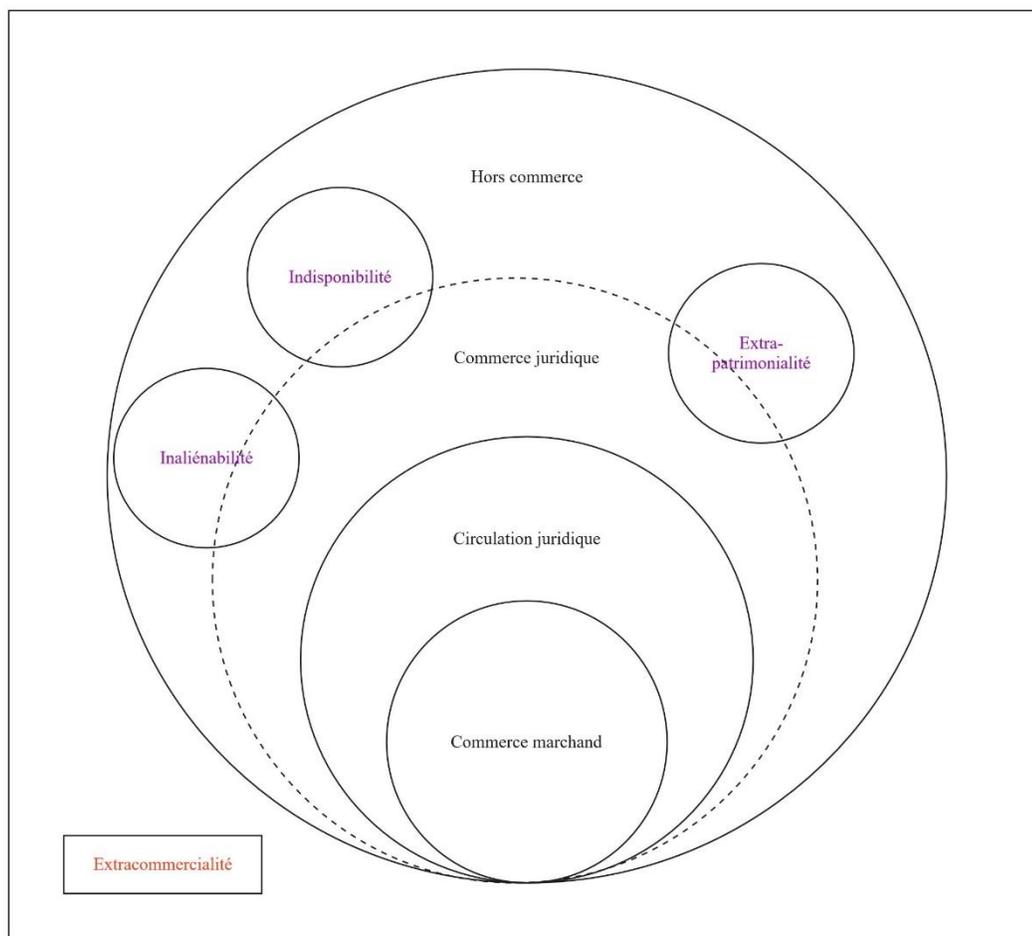


Figure 2 — Degrés de commercialité et autres notions

3.3 Conclusion du chapitre III

L'étude des limites du commerce juridique montre l'existence de zones moins bien définies, notamment les critères de détermination des biens hors commerce. En

majorité, la doctrine établit une liste selon une approche fonctionnelle de la notion de « chose hors commerce »³²⁴, sans qu'une grande cohésion ne s'en dégage.

Par ailleurs, l'analyse de la notion de commerce juridique à l'aune des autres notions qui lui sont de près ou de loin associées permet de montrer la centralité de cette notion. C'est aux frontières entre les notions de commerce juridique, de circulation juridique et des biens hors commerce que s'articulent les qualités liées à l'indisponibilité, à l'inaliénabilité et à l'extrapatrimonialité.

³²⁴ Selon Cumyn et Samson, la qualification fonctionnelle « consiste à choisir la catégorie applicable en fonction du résultat recherché ». Michelle Cumyn et Mélanie Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité » (2013) 71 RIEJ 1 à la p 33.

CONCLUSION

La notion de bien hors commerce porte un lourd bagage historique. En retracer les origines permet de constater qu'hier comme aujourd'hui, elle se situe sur des lisières particulièrement délicates. Entre la capacité et l'incapacité, le sacré et le profane, le commerce marchand et juridique, il existe des zones de nuances très fines et complexes qui varient selon l'objet étudié.

C'est en tenant compte de cette position périlleuse que nous avons tenté de dégager une définition du commerce juridique en droit québécois contemporain. Le commerce juridique constitue un espace dans lequel se tissent un ensemble de relations entre personnes, physiques et morales, créant ainsi des droits et des obligations pour ces acteurs. L'objet de ces rapports de droits concerne les biens, ici compris comme les choses soumises à la propriété, qu'elles soient appropriées ou appropriables, ainsi que les droits patrimoniaux.

Deux constats peuvent être tirés de cet exercice. D'une part, il importe de saisir de front les sujets délicats, et ce, bien qu'ils puissent susciter des malaises. Le recours à des formules imprécises contribue ni à voir plus clair ni à trouver de meilleures solutions. L'utilisation équivoque de la notion de bien hors commerce en témoigne. D'autre part, l'économie exerce une influence marquée sur le droit des biens, influence qu'il devient de plus en plus nécessaire de juguler si l'on souhaite réellement se donner les moyens de réaliser les objectifs de protection de ces choses qui nous semblent aujourd'hui essentielles à la survie et à la dignité humaine, telles que les ressources naturelles, les objets culturels, le corps humain et ses parties détachées.

Cela étant dit, poser la nécessaire distinction entre le commerce juridique et le commerce marchand entraîne la question suivante : la notion de bien hors commerce est-elle suffisante et efficace pour remplir les objectifs de protection des biens susmentionnés ?

Car le problème est avant tout lié au libéralisme économique et au capitalisme³²⁵, qui ensemble créent un « univers de la marchandise généralisée »³²⁶. C'est en effet moins la circulation des biens en tant que telle qui se trouve au cœur des malaises et des controverses que la possibilité de tirer profit de certains biens singuliers, possibilité qui cadre avec une vision utilitariste du corps humain et de la nature.

C'est pourquoi il est parfois proposé de parler du principe de non-vénalité. La professeure Gidrol-Mistral le décrit ainsi, en l'appliquant au cas des gamètes :

Ce principe n'impose pas la gratuité de l'acte, mais le « non-profit ». Ainsi, ce qui serait ici interdit, ce serait de tirer profit de la commercialisation des éléments du corps humain. Contrairement au principe de gratuité, qui ne joue que lors du premier acte d'aliénation et ne contraint donc pas les tiers revendeurs, le principe de non-vénalité rejaillit sur tous les acteurs de la circulation des gamètes.³²⁷

³²⁵ Et non à l'économie au sens large, celle-ci s'intéressant à la production et la circulation des biens et services. Voir Raymond Boudon et François Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd, Presses Universitaires de France, 2011 à la p 207.

³²⁶ Berthoud, « Le corps humain comme marchandise », *supra* note 59 à la p 109.

³²⁷ Gaële Gidrol-Mistral, « Les gamètes: libre propos sur la valeur des biens », *supra* note 125 à la p 190.

Ce principe permettrait ainsi de retrouver « les valeurs sociales (et morales) »³²⁸ des biens. Il autoriserait également le renouement avec des logiques autres que celles du libéralisme économique et du marché.

Distinguer la notion de commerce juridique de la notion économique du marché représente selon nous un modeste pas dans cette direction.

³²⁸ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

LOIS

Charte de la langue française, RLRQ c C-11.

Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991.

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ c Q-2.

Loi sur les activités funéraires, RLRQ c A-5.02.

DÉCISIONS

Cour suprême du Canada

Driver c Coca-Cola Ltd, [1961] SCR 201.

Cour d'appel du Québec

Droit de la famille — 132210, 2013 QCCA 1398.

Montréal-Est (Ville de) c Texaco Canada inc, 2001 RJQ 2244 (C.A.). Requête pour autorisation à la Cour suprême rejetée, 24 octobre 2002, no 28928.

Montréal (Communauté urbaine de) c Normandin, JE 2000-19, 1999 CanLII 13490 (C.A.).

Cartier Parking Inc c Entreprises Petro Canada inc., 1990 CanLII 3142 (C.A.).

Anjou (Ville) c Commission scolaire Jérôme Le Royer, [1988] RJQ 2076, 1988 CanLII 864 (C.A.).

Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (C.A.).

St-Denis (Corp de la paroisse) c St-Denis (Corp du Village), 11 R de J 304 (C.S.), appel rejeté : *St-Denis (Corp. de la paroisse) c St-Denis (Corp. du Village)*, 15 BR 97 (1905) (C.A.).

Cour supérieure

Sabelli c Ministère du Revenu du Québec, 2020 QCCS 1207.

Mascouche (Ville de) c Québec (Ministère des Transports), 2010 QCCS 3460.

Ouellette c Croteau, JE 2002-947, 2002 CanLII 32883 (C.S.).

Sylvestre c Communauté des Sœurs de la Charité, JE 96-1736 (C.S.).

Kelly c Communauté des Sœurs de la Charité de Québec, JE 95-1875 (C.S.).

Iberville (Ville) c Société d'habitation du Québec, [1987] JQ no 2822 (C.S.).

Cour du Québec

Société du Grand Théâtre de Québec c Québec (Ville), JE 2001-1698, 2001 CanLII 21972 (C.Q.).

Cour municipale

Hudson (Ville d') c Hudson Hardware et Supplies Ltd, JE 90-450 (C.M.).

OUVRAGES

Abraham, Yves-Marie, *Guérir du mal de l'infini. Produire moins, partager plus, décider ensemble*, Montréal, Écosociété, 2019.

- Aubry, Charles et Rau, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. T. 2 Les biens*, 6^e éd, Paris, Librairie Marchal et Billard, 1935.
- Baud, Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993.
- Baudouin, Jean-Louis, Jobin, Pierre-Gabriel et Vézina, Christine, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013.
- Baudouin, Louis, *Le droit civil de la province de Québec. Modèle vivant de Droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.
- Bellivier, Florence et Noiville, Christine, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, coll Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2006.
- Bergel, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2012.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil*, 1^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil, t. 3 Les biens*, 19^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1956.
- Chardeaux, Marie-Alice, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006.
- Chiappini, Philippe, *Le droit et le sacré*, coll L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2006.
- Colin, Ambroise et Capitant, Henri, *Traité de droit civil, T. 1. Introduction générale, institutions civiles et judiciaires, personnes et familles*, Paris, Dalloz, 1957.
- Cornu, Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd, Paris, Montchrestien, 2005.
- Duguit, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913.
- Dross, William, *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, Lextenso Éditions, 2012.

- Durkheim, Émile, *Leçons de sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950.
- Emerich, Yaëll, *La propriété des créances : approche comparative*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.
- Emerich, Yaëll, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Faribault, Léon, *Traité de droit civil du Québec, t. 7, Des quasi-contrats, de l'objet et l'effet des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957.
- Garcia Villegas, Mauricio, *Les pouvoirs du droit. Analyses comparées d'études sociopolitiques du droit*, LGDJ, Lextenso, 2015.
- Gauchet, Marcel, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1985.
- Goulet, Jean, Robinson, Ann et Shelton, Danielle, *Théorie générale du domaine privé*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984.
- Girard, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2003.
- Guinchard, Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé CXLV, Paris, LGDJ, 1976.
- Jeuland, Emmanuel, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2016.
- Ihering, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t.1*, 3^e éd, traduit par O de Meulenaere, Paris, A. Marescq, Aîné, 1886.
- Jolowicz, Herbert Felix et Nicholas, Barry, *Historical introduction to the study of roman law*, 3^e éd, Cambridge (MA), Cambridge University Press, 1972.
- Kouri, Robert P. et Philips-Nootens, Suzanne, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2012.

- Lafond, Pierre-Claude, *Précis de droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2007.
- Lamontagne, Denys-Claude, *Biens et propriété*, 8^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2018.
- Langelier, François, *Cours de droit civil de la Province de Québec, t. 3*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907.
- Lluelles, Didier et Moore, Benoit, *Droit des obligations*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2018.
- Mackaay, Ejan et Rousseau, Stéphane, *Analyse économique du droit*, 2^e éd, Montréal, Dalloz, 2008.
- Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent, *Les biens*, 5^e éd, Paris, Defrénois, 2013.
- Martin-Bariteau, Florian, *Le droit de marque, Une approche fonctionnelle dans l'économie globale numérique*, Montréal, Lexis Nexis, 2017.
- Martineau, Pierre, *Les biens*, Montréal, Thémis, 1979.
- Mignault, Pierre-Basile, *Le droit civil canadien, basé sur les Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon*, Montréal, C. Theoret, 1896.
- Moine, Isabelle, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.
- Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain, t. 1*, Paris, Éditions Domat, 1947.
- Normand, Sylvio, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
- Ourliac, Paul et Malafosse, Jehan de, *Histoire du droit privé. Tome II. Les biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961.
- Patault, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Droit civil, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

- Paul, François, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Paris, LGDJ, 2002.
- Pomian, Krzysztof, *Sur l'histoire*, Paris, Gallimard, 1999.
- Popovici, Alexandra, *Êtres et avoirs : Les droits sans sujet en droit privé actuel*, Montréal, Yvon Blais, Collection Minerve, 2019.
- Rochfeld, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- Saleilles, Raymond, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, Larose et Forcel, 1889.
- Saleilles, Raymond, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1910.
- Savigny, Friedrich, Car von, *Traité de droit romain, t 1*, traduit par M Ch Guenous, Paris, Librairie de Firim Didot Frères, 1855.
- Savigny, Friedrich, Car von, *Traité de droit romain, t 4*, traduit par M Ch Guenous, Paris, Librairie de Firim Didot Frères, 1855.
- Tétrault, Michel, *Droit de la famille. L'obligation alimentaire*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011.
- Yolka, Philippe, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, coll Bibliothèque de droit public, n° 191, Paris, LGDJ, 1997.
- Weber, Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 2^e éd, Paris, Flammarion, 2001.
- Jean-Jacques Wunenburger, *Le sacré*, coll Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1981.
- Zenati-Castaing, Frédéric et Revêt, Thierry, *Manuel de droit des personnes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

Zenati-Castaing, Frédéric et Revêt, Thierry, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

DICIONNAIRES

Boudon, Raymond et Bourricaud, François, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd, Presses Universitaires de France, 2011.

Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé — Les biens*, Cowansville, Yvon Blais, 2012.

Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé — Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 2003.

Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1991.

Centre national de la recherche scientifique, « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », en ligne : *Portail lexical* www.cnrtl.fr/portail/.

Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2014..

Coupey-Soubeyran, Jézabel, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Encyclopédia Universalis et Albin Michel, 2007.

Deubel, Philippe et Montoussé, Marc, dir, *Dictionnaire de sciences économiques et sociales*, Paris, Bréal, 2012.

Rey-Debove, Josette et Rey, Alain, dir, *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2011.

Hubert Reid et Simon Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Cowansville, Wilson & Lafleur, 2015.

Silem, Ahmed, Gentier, Antoine et Albertini, Jean-Marie dir, *Lexique d'économie*, 14^e éd, Paris, Dalloz, 2016.

Teulon, Frédéric, dir, *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, 6^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

CHAPITRES DE LIVRE

Cantin Cumyn, Madeleine, « Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau » dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application : Les journées Maximilien Caron*, Montréal, Thémis, 1993, 161.

Cantin Cumyn, Madeleine et Cumyn, Michelle, « La notion de biens » dans Sylvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2006, 127.

Cotterrell, Roger, « Law in Social Theory and Social Theory in the Study of Law » dans Austin Sarat, dir, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden, MA, Blackwell, 2004, 15.

Frydman, Benoît, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS, 2005, 25.

Gidrol-Mistral, Gaële, « Les gamètes : libre propos sur la valeur des biens » dans Arnaud Tellier-Marcil et al, dir, *Les prochains défis de la pensée civiliste : les conceptions classiques soumises à l'épreuve du temps*, Montréal, Thémis, 2020, 163.

Goulet, Jean, « Un requiem pour les choses sacrées. Un commentaire sur la disparition des choses sacrées au Code civil du Québec » dans Ernest Caparros, dir, *Mélanges Germain Brière*, coll Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 383.

Jeuland, Emmanuel, « Introduction » dans Emmanuel Jeuland et Soraya Messaï-Bahri, dir, *Les nouveaux rapports de droit*, Paris, IRJS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2013, 1.

Laflamme, Lucie et Brochu, François, « Distinction des biens » dans *JurisClasseur Québec*, coll « Droit civil », vol. « Biens et publicité des droits », fasc. 1, Montréal, Lexis Nexis (feuilles mobiles, mise à jour août 2020).

- Macdonald, Roderick, « Relational Ownership » dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Colloque du trentenaire 1975-2005 Regards croisés sur le droit privé*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 167.
- Mackaay, Ejan et Parent, Alain, « L'analyse économique du droit comme outil du raisonnement juridique » dans George Azzaria, dir, *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 283.
- Normand, Sylvio, « La notion de modalité de la propriété » dans Sylvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frenette*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, 255.
- Pineau, Jean, « Théorie des obligations » dans Barreau du Québec, Chambre des notaires, dir, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993.
- Popovici, Adrian, « Livre cinquième : Des obligations : Variations utiles et futiles sur le concept d'obligations » dans Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir, *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 155.
- Rochfeld, Judith, « Conclusion. Les nouveaux rapports de droit : éléments de synthèse » dans Emmanuel Jeuland et Soraya Messaï-Bahri, dir, *Les nouveaux rapports de droit*, Place, IRJS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2013, 235.
- Saris, Anne, « Le sort du cadavre : le règne des vivants sur les morts » dans *Développements récents en succession et fiducies*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, 101.
- Sautel, Gérard, « Essai sur la notion romaine de "Commercium" à l'époque ancienne » dans Gérard Sautel, Yvonne Bongert et Bernard Perrin, dir, *Varia Études de droit romain*, Paris, Sirey, 1952, 1.
- Thomas, Yan, « Res Religiosa : On the Categories of Religion and Commerce in Roman Law » dans Alain Pottage et Martha Mundy, dir, *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 40.

ARTICLES DE PÉRIODIQUES

Arbour, Marie-Ève et Lacroix, Mariève, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009) 40 RDUS 231.

Berthoud, Gérald, « Le corps humain comme marchandise » (1989) 3 Revue du MAUSS 96.

Bellivier, Florence et Noiville, Christine, « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? » (2016) 113:4 Revue des contrats 505.

Bernatchez, Stéphane, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann » (2006) 21:2 Revue Canadienne Droit et Société 113.

Cardenas, Yenny Vega et Vega, Nayive Biofanny, « L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien » (2010) 51:3-4 C de D 771.

Cassagnabère, Caroline, « Définir l'affectation? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt » (2013) 2 Revue juridique de l'ouest 159.

Cornu, Marie, « La mise hors commerce des biens culturels comme mode de protection » (2006) N° 36:2 LEGICOM 75.

Coutin, Susan Bibler, « Falling Outside: Excavating the History of Central American Asylum Seekers » (2011) 36:3 Law & Soc Inquiry 569.

Cumyn, Michelle, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit » (2011) 52:3-4 C de D 351.

Cumyn, Michelle, « Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le Code civil du Québec » (1994) 39 RD McGill 877.

Cumyn, Michelle et Gosselin, Frédéric, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive » (2016) 62:2 RD McGill 330.

- Cumyn, Michelle et Ilboudo, Wend-Nongdo Justin, « L'encadrement juridique du sociofinancement au Québec » (2019) 60:3 C de D 699.
- Cumyn, Michelle et Samson, Mélanie, « La méthodologie juridique en quête d'identité » (2013) 71 RIEJ 1.
- Emerich, Yaëll, « Propriété relation et exclusivité : étude de droit comparé » (2009) 4 Revue de la Recherche Juridique/Droit prospectif 1841.
- Fierens, Jacques, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige » (2001) 42:3 C de D 647.
- Fortin, Véronique, « Occupation, Exclusion and the "Homeless Problem" during Occupy Montreal » (2015) 5:1 Oñati Socio-legal Series 114.
- Frenette, François, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues » (1979) 20 C de D 439.
- Galloux, Jean-Christophe, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français » (1989) 30:4 C de D 1011.
- Gidrol-Mistral, Gaële, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec » (2016) 46:1 RGD 95.
- Gidrol-Mistral, Gaële, « Les biens immatériels en quête d'identité » (2016) 46 Revue de droit de Sherbrooke 67.
- Gidrol-Mistral, Gaële et Saris, Anne, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain » (2013) 43 RDUS 209.
- Hermitte, Marie-Angèle, « Le corps hors commerce, hors du marché » (1988) 33 Archives de Philosophie du Droit 323.
- Josserand, Louis, « La personne humaine dans le commerce juridique » (1932) DH chr 2.

- Kirat, Thierry, « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances » (1998) 49:4 *Revue économique* 1057.
- Loiseau, Grégoire, « Typologie des choses hors du commerce » (2000) 1 *RTD Civ* 47.
- Kouri, Robert P. et Philips-Nootens, Suzanne, « L'utilisation des parties du corps humain pour fins de recherche : l'article 22 du Code civil du Québec » (1994) 25 *Revue de droit de Sherbrooke* 359.
- Luhmann, Niklas, « Le droit comme système social » (1994) 11/12 *Droit et Société* 53.
- Mallet-Bricout, Blandine, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité » (2014) 48 *RJTUM* 536.
- Macdonald, Roderick A., « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies » (1994) 39 *RD McGill* 761.
- Morissette, Yves-Marie, « Rétrospective et prospective sur le contentieux administratif » (2008) 39 *RDUS* 1.
- Normand, Sylvio, « L'affectation en droit des biens au Québec » (2014) 48 *RJTUM* 599.
- Normand, Sylvio, « Les nouveaux biens » (2004) 106 *R du N* 177.
- Savatier, René, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XXe siècle » (1953) 4:1 *Revue économique* 115.
- Sériaux, Alain, « La notion juridique de patrimoine » (1994) 4 *RTD Civ* 80.
- Tancelin, Maurice, « Les oubliés du Code civil du Québec » (1994) 39 *RD McGill* 747.
- Thomas, Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion » (2002) 57:6 *Annales Histoire, Sciences sociales* 1431.

- Roy, Brigitte, « L'affectation des biens en droit civil québécois : une approche globale de la notion » (2001) 103:3 R du N 383.
- Vanuxem, Sarah, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus » (2010) 64:1 Revue interdisciplinaire d'études juridiques 123.
- Vareilles-Sommières, Marquis de, « La définition et la notion juridique de la propriété » (1905) 4 RTD civ 443.
- Vincelette, Denis, « Définition et notion de la propriété. Plaidoyer pour la vraisemblance » (2001) 31:4 RGD 677.
- Zenati-Castaing, Frédéric, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse » (2014) 48 RJTUM 622.
- Zénati-Castaing, Frédéric, « Mises en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine » (2003) 4 RTD Civ 667.
- Zenati-Castaing, Frédéric, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » (1993) RTD Civ 305.

THÈSES ET MÉMOIRES

- Berra, Daniel, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil* (Thèse de doctorat, Université de Nancy, 1969).
- Cárdenas, Yenny Vega, *La construction sociale du statut juridique de l'eau : le cas du Québec et du Mexique* (Thèse de Doctorat, Université de Montréal, 2012).
- Zenati-Castaing, Frédéric *La nature juridique de la propriété*, (Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, 1981).

AUTRES

- Comité du droit de la prescription, *Rapport sur le droit de la prescription*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1970.

Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice, t. 1*, Québec, Les publications du Québec, 1993.

Posner, Richard A. et Landes, William M., *The Influence of Economics on Law : A Quantitative Study*, Working Paper no 9, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, 1992.