

**REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DE LA FAMILLE**  
**Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ?**

Alain Roy

Volume 121, Number 1, 2019

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2018

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1062073ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1062073ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Roy, A. (2019). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DE LA FAMILLE : quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? *Revue du notariat*, 121(1), 1–34. <https://doi.org/10.7202/1062073ar>

# **REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DE LA FAMILLE**

## **Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ?**

**Alain ROY\***

INTRODUCTION . . . . .	3
1. La filiation. . . . .	4
1.1 Jamais deux sans trois . . . . .	5
1.2 Filiation par le sang ou par procréation assistée ? . . . . .	7
1.3 Sans tiers externe, pas de projet parental . . . . .	9
1.4 Analyse. . . . .	11
1.4.1 Une seule possession d'état, pas deux. . . . .	11
1.4.2 Et pour l'avenir ? Deux, trois, quatre parents ou davantage ? . . . . .	12
2. La conjugalité . . . . .	18
2.1 Un pour tous, tous pour un . . . . .	19
2.2 Vous avez dit « coentreprise familiale » ? . . . . .	20

---

\* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal <[www.alainroy.ca](http://www.alainroy.ca)>. L'auteur tient à remercier les personnes suivantes pour leurs précieux commentaires : Pr<sup>e</sup> Johanne Clouet, M<sup>e</sup> Sophie Dorneau, M<sup>e</sup> Christiane Lalonde, Pr<sup>e</sup> Brigitte Lefebvre, Pr<sup>e</sup> Andréanne Malacket et Pr<sup>e</sup> Régine Tremblay. Évidemment, les avis exprimés dans le présent texte n'engagent que l'auteur.

2.3	2M\$ en indemnité . . . . .	24
2.4	Commentaires . . . . .	25
2.4.1	Un emprunt à la common law ? . . . . .	26
2.4.2	Un insondable paradoxe. . . . .	27
2.4.3	Et pour l'avenir ? Deux voies parallèles ou une seule voie ? . . . . .	32
	CONCLUSION . . . . .	33

## INTRODUCTION

Il y a plusieurs manières de présenter la jurisprudence récente sur une thématique ou dans un domaine du droit particulier. On peut y procéder en poursuivant l'objectif d'être le plus exhaustif possible, auquel cas l'opération risque de se transformer en recension technique. On peut également opter pour une revue sélective en ne retenant à des fins d'analyse que les seules décisions porteuses de changements ou de questionnements fondamentaux. C'est cette deuxième orientation que j'ai choisi de privilégier. Par préférence, j'en conviens, mais également parce que les limites du domaine à couvrir – le droit de la famille – subissent depuis quelques années l'assaut des tribunaux. Confrontés aux nouvelles réalités conjugales et familiales que le droit actuel continue de négliger ou d'ignorer, certains magistrats sortent de leur devoir de réserve en interpellant directement le législateur. D'autres vont encore plus loin en s'arrogeant carrément le pouvoir de repousser les frontières du droit.

Cette audace judiciaire est à la fois réjouissante et inquiétante. En tant que président du Comité consultatif sur la réforme du droit de la famille dont le rapport accumule la poussière depuis plus de trois ans<sup>1</sup>, j'accueille avec contentement chaque intervention qui témoigne du caractère anachronique du droit actuel. Tant mieux si, par leurs décisions, les juges accentuent la pression sur les autorités politiques qui se traînent les pieds depuis trop longtemps. Dans l'intervalle, le civiliste que je suis s'inquiète toutefois des effets déstructurants que peuvent avoir des jugements d'espèce qui, sans perspective d'ensemble, ajoutent à l'incohérence et à l'imprévisibilité du droit.

Ce dilemme appuie l'intérêt et la pertinence d'une revue de jurisprudence circonscrite aux grands enjeux sociojuridiques de l'heure. Au demeurant, une telle approche m'apparaît mieux adaptée au lectorat d'une revue généraliste comme la *Revue du notariat*. Cela dit, le spécialiste du droit de la famille qui espère trouver dans

---

1. Le rapport est connu sous le nom de « rapport Roy ». Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

la jurisprudence récente les réponses aux questions pratiques que soulèvent ses dossiers n'est pas en reste. Les banques de données informatiques, qu'un auteur en chair et en os ne pourra d'ailleurs jamais concurrencer, lui procureront assurément le matériel recherché.

Le présent article se divise en deux parties. La première concerne la filiation, tandis que la seconde se rapporte à la conjugalité. Au cœur de chacune des parties, au-delà des règles actuelles, des limites dont elles sont assorties et des charges judiciaires dont elles sont l'objet, se pose le questionnement sous-jacent suivant : quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ?

### 1. La filiation

Un enfant, une mère et généralement un père : voilà le schéma familial auquel le droit de la filiation fait traditionnellement écho dans les sociétés occidentales comparables à la nôtre<sup>2</sup>. Pendant des siècles, le droit de la filiation n'a d'ailleurs eu d'autre utilité ou finalité que de refléter ce schéma que l'on croyait unique et immuable. Reflet tangible et certain en ce qui a trait à la maternité dont la grossesse faisait inévitablement foi (*mater semper certa est*) ; reflet intangible et incertain en ce qui a trait à la paternité, fruit d'une contribution aux conséquences par nature moins visibles (*pater est semper incertus*)<sup>3</sup>.

Bien que l'avènement des tests d'ADN permette aujourd'hui de relativiser l'incertitude paternelle, le législateur s'est bien gardé de mettre au rancart l'attirail de règles et de présomptions légales jadis développées aux fins d'attribuer un père à l'enfant. Ces présomptions qui, au nom d'impératifs sociaux jugés supérieurs, viennent parfois sceller la filiation de l'enfant avec un homme qui n'en est pas le géniteur ne contredisent en rien le schéma familial traditionnel. Simple substitution d'acteurs, sans plus, le scénario demeurant quant à lui inchangé. En fait, l'acteur de remplacement, générale-

---

2. Étant d'abord et avant tout une construction sociale, la filiation peut évoluer au gré des mœurs et des valeurs ambiantes. Ainsi, dans les sociétés autochtones, pour ne nommer que celles-là, la filiation épouse diverses configurations qui paraissent étrangères à nos conceptions occidentales. Voir GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ADOPTION COUTUMIÈRE EN MILIEU AUTOCHTONE, Jacques PRÉSENT (prés.), *Rapport*, ministère de la Justice du Québec, Québec, 2012.

3. Voir Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 331.

ment le mari de la mère<sup>4</sup> ou l'homme ayant reconnu et traité l'enfant comme le sien<sup>5</sup>, héritera du rôle de père et du costume que ce dernier aurait revêtu. Tout est donc mis en œuvre pour que le public soit confondu. Même opération de doublure juridique en matière d'adoption<sup>6</sup>, à la différence, dans ce cas, que deux acteurs de remplacement pourront être sollicités<sup>7</sup>.

Jusqu'en 2002, le droit de la filiation pouvait tenir à ces seuls constats. La libéralisation des conditions d'accès de la procréation assistée autour du nouveau paradigme que constitue le « projet parental » a tout changé<sup>8</sup>. En attribuant à la volonté « préconception » la valeur d'un véritable fondement filial, le législateur s'est affranchi du schéma parental à l'intérieur duquel il avait jusqu'alors limité ses actions. Le droit ne s'en remettra plus uniquement à la nature, que ce soit pour la sanctionner ou pour la calquer ; il en outrepassera désormais les frontières en autorisant l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux parents du même sexe<sup>9</sup>. Paradoxalement, le législateur s'emploiera toutefois à baliser son nouveau paradigme au moyen de référents provenant... du schéma traditionnel.

La décision rendue le 23 avril 2018 par le juge Gary D.D. Morrison de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Droit de la famille – 18968*<sup>10</sup> en constitue une belle illustration.

### **1.1 Jamais deux sans trois**

Alors conjointes de fait, M<sup>me</sup> L. et M<sup>me</sup> R. forment le projet d'avoir un enfant en 2009. Après plusieurs tentatives infructueuses, elles s'inscrivent en ligne sur la page Web de coparents.com, « un

4. Voir C.c.Q., art. 525 et 531 al. 2.

5. Voir C.c.Q., art. 523, 524 et 530.

6. Plusieurs règles témoignent de cette réalité, par exemple l'article 547 C.c.Q. qui exige que l'adoptant ait au moins 18 ans de plus que l'adopté, sauf exception.

7. C.c.Q., art. 546.

8. Voir *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 84, introduisant au Titre deuxième du Code civil (sur la filiation) le chapitre 1.1 « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée » (C.c.Q., art. 538 à 542).

9. Si le phénomène de ce qu'il est convenu d'appeler l'« homoparenté » a d'abord été pensé en fonction de la procréation assistée (voir *supra*), le législateur en a sans tarder étendu l'application en matière d'adoption. Voir C.c.Q., art. 578.1.

10. 2018 QCCS 1900. Déclaration d'appel, 2018-05-25 (C.A.) n° 500-09-027540-186. Le soussigné a agi comme consultant auprès de M. M. et de son procureur dans cette affaire.

site de rencontre pour devenir parents ». Marié depuis 2011, le couple y fait la connaissance de M. M. au printemps 2013. Se décrivant comme bisexuel, M. M. souhaite également devenir père.

Quelque temps plus tard, les trois parties consultent un notaire dans le but de connaître les implications légales de leur projet. Ce dernier leur recommande de signer une entente, après leur avoir prétendument mentionné que seules M<sup>me</sup> L. et M<sup>me</sup> R. seraient éventuellement habilitées à signer la déclaration de naissance de l'enfant à naître pour en devenir les co-mères.

C'est le 22 décembre 2013 que M<sup>me</sup> R. apprend être enceinte, sans toutefois savoir si la conception est attribuable aux inséminations maison ou aux relations sexuelles qu'elle aurait eues avec M. M. au cours de la même période. Le 7 janvier 2014, les trois parties signent une entente sous seing privé intitulée « Entente pour mettre un enfant au monde ». Il convient ici d'en reproduire les principales clauses :

Les mères [...] [M<sup>me</sup> L. et M<sup>me</sup> R.] et le père [...] [M. M.] désirant individuellement et coopérativement mettre au monde et aimer un enfant, dans un contexte d'amour et de diversité, et conformément à leurs valeurs. C'est l'intention du père et des mères de partager le support physique, émotionnel et financier de leur(s) futur(s) enfant(s). [...].

[...]

Nous avons l'intention que l'enfant ait un lien émotif avec les trois parties. L'enfant résidera avec les mères et le père comme cité plus bas dans le but de forger des liens solides avec les trois parents. Les parties reconnaissent que chaque parent ait un fort engagement envers l'enfant et aura de l'aide de d'autres adultes. De plus, chaque parent a l'intention d'encourager de supporter ces liens extérieurs avec l'enfant [*sic*].

[...]

Il est entendu entre les parties que les mères auront la garde de l'enfant afin de procurer une stabilité [*sic*]. Les mères s'engagent à ce que l'enfant puisse à tous les jours si possible garder un contact avec le père soit par téléphone ou caméra à l'aide de l'ordinateur. Le père peut avoir la garde de l'enfant la moitié du temps lorsque l'enfant ne va pas à l'école, s'il le désire. Le père peut aussi venir voir son enfant à tout moment s'il en avise d'avance les mères et il peut avoir la garde de l'enfant une fin de semaine sur deux. Si le père déménage près de la

résidence des mères, une nouvelle entente pourra être conclue afin d'obtenir une garde partagée entre les parties.

[...]

Le nom des mères figureront [sic] sur l'état civil de ou des enfants issus des trois parties. Nous désirons que le père obtienne le statut de gardien légal dès la naissance du ou des enfants issus des trois parties.

[...] <sup>11</sup>

L'enfant F. naît le 23 août 2014. Conformément à l'entente intervenue entre les parties, M<sup>me</sup> L. et M<sup>me</sup> R. signent la déclaration de naissance à titre de co-mères et en transmettent un exemplaire au directeur de l'état civil, lequel dresse donc l'acte de naissance de l'enfant en y inscrivant une double filiation maternelle. Il est admis de part et d'autre que l'enfant est le fruit de la contribution génétique de M. M.

En juillet 2016, M<sup>me</sup> L. entreprend un processus de changement de sexe, qui connaîtra son aboutissement en avril 2017. Entretemps, en octobre 2016, M<sup>me</sup> L. et M<sup>me</sup> R. se séparent. Une demande de divorce est actuellement pendante.

Le 13 février 2017, M. M. introduit une demande en contestation et réclamation d'état afin d'être déclaré père de l'enfant F. au lieu et place de M<sup>me</sup> L.

## **1.2 Filiation par le sang ou par procréation assistée ?**

La principale question en litige, qu'on pourrait qualifier de question préalable, est relativement simple : quelles sont les règles applicables à l'établissement de la filiation de l'enfant F. ? Celles du chapitre 1.1 « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée »<sup>12</sup>, telles qu'introduites lors de la réforme de 2002, ou celles du chapitre 1 « De la filiation par le sang »<sup>13</sup> ? Cadre d'exception, rappelons-le, le chapitre 1.1 ne peut trouver application que si les conditions du « projet parental » prévues à l'article 538 C.c.Q. sont remplies :

---

11. *Ibid.*, par. 20 (pièce 4).

12. Chapitre 1.1 du Titre deuxième (De la filiation) du Livre premier (De la famille) du *Code civil du Québec*.

13. *Ibid.*



**538.** Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental.

L'assistance à la procréation à laquelle réfère l'article 538 C.c.Q. peut prendre la forme d'un don de gamètes provenant d'un donneur ou d'une donneuse anonyme, auquel cas l'insémination sera réalisée en clinique (procréation « médicalement » assistée). Dans la mesure où seuls des gamètes mâles sont requis, la ou les parties au projet parental pourront solliciter directement le tiers pour qu'il leur en fasse remise aux fins d'une insémination maison (procréation « artisanalement » assistée) ou pour qu'il fournisse sa contribution au moyen d'une relation sexuelle en bonne et due forme (procréation « amicalement » assistée)<sup>14</sup>. Par ailleurs, en raison de la nullité absolue dont sont frappées les ententes de gestation ou de procréation pour autrui en droit québécois<sup>15</sup>, la « personne seule » à laquelle réfère l'article 538 C.c.Q. ne peut être qu'une femme. Pour la même raison, le terme « conjoint » qui y est employé ne renvoie qu'aux seuls couples hétérosexuels ou lesbiens.

Si, dans l'affaire en cause, on conclut à l'existence d'un projet parental au sens de l'article 538 C.c.Q., la filiation de l'enfant F. avec M<sup>me</sup> L., dont l'acte de naissance fait état, ne pourra être que confirmée. D'abord parce que cette filiation constituera alors le juste reflet du fondement ultime qui en justifie l'existence, soit le projet parental auquel elle est partie prenante, mais également en raison des fins de non-recevoir que la loi québécoise oppose aux tiers-donneurs. Ainsi qualifié, M. M. sera privé de tout droit filial<sup>16</sup>, y compris s'il parvient à démontrer que l'enfant est issu d'une relation sexuelle et non de l'insémination maison, M<sup>me</sup> L. étant alors admise à soulever l'expiration du délai d'action d'un an de la naissance que la loi reconnaît aux tiers qui fournissent leur apport au moyen d'une relation sexuelle<sup>17</sup>.

14. Le tiers qui fournit son assistance par relation sexuelle doit être conscient qu'il est instrumentalisé aux fins d'un projet parental dont il n'est pas partie, lequel doit évidemment précéder la conception de l'enfant. À défaut, les règles de la filiation par le sang trouveront application : *F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S.).

15. C.c.Q., art. 541.

16. C.c.Q., art. 538.2 al. 1 : « L'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu ».

17. C.c.Q., art. 538.2 al. 2 : « [...] [L]orsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la (à suivre...)

Si, au contraire, on en vient à la conclusion que les conditions de l'article 538 C.c.Q. ne sont pas remplies, il faudra plutôt s'en remettre aux règles par défaut du chapitre 1 « De la filiation par le sang », dont le fondement ultime, comme son nom en témoigne, trouve en principe sa source dans le lien biologique<sup>18</sup>.

### **1.3 Sans tiers externe, pas de projet parental**

Aux yeux du tribunal, M. M. n'est pas un simple tiers au projet parental d'autrui. Certes, M. M. a bel et bien fourni ses forces génétiques au couple formé de M<sup>me</sup> R. et de M<sup>me</sup> L., mais, constate le juge Morrison, dans le cadre d'un projet parental dont il était *lui-même* partie. « À toutes fins pratiques, les trois [parties] ont fusionné leur plan de parentalité avec l'objectif que tous les trois deviennent les parents actifs de l'enfant à naître »<sup>19</sup>. À défaut de contribution ou d'*assistance externe* au projet parental, de conclure le magistrat, il n'y a pas de procréation assistée au sens de l'article 538 C.c.Q. et c'est le chapitre 1 « De la filiation par le sang » qui doit alors trouver application. Introduisant ce chapitre, l'article 523 C.c.Q. énonce clairement la voie à suivre :

**523.** La filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant.

À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit.

Prises isolément, chacune des deux preuves extrajudiciaires de filiation que sont l'acte de naissance et la possession constante d'état n'a rien d'absolu en ce qu'il sera éventuellement possible d'en contester le bien-fondé devant le tribunal sur la base d'échantillons d'ADN obtenus dans les conditions prévues par la loi<sup>20</sup>. Seule la cor-

---

(...suite)

naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre ».

18. Voir *Infra*.

19. *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900, par. 47.

20. Voir C.c.Q., art. 531 et s. et, plus précisément, 535.1 Voir également Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 332. Le délai de contestation est de 30 ans (C.c.Q., art. 536), à moins que la filiation ne soit établie avec le mari de la mère, auquel cas ce dernier ou cette dernière ne pourra en contester le bien-fondé que dans l'année de la naissance (ou, en ce qui a trait au mari), de la connaissance de la naissance (C.c.Q., art. 531 al. 2).

respondance des deux preuves fera échec à toute forme de contestation, le législateur privilégiant la stabilité d'une filiation basée sur une double reconnaissance de l'enfant – formelle par le titre, factuelle par la possession constante d'état – sur la vérité biologique :

**530.** Nul ne peut réclamer une filiation contraire à celle que lui donnent son acte de naissance et la possession d'état conforme à ce titre.

Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance.

Selon les faits mis en preuve, M. M. s'acquitte d'un rôle parental auprès de l'enfant F. depuis sa naissance, ce qui lui permet de satisfaire au critère du « traitement » (*tractatus*) dont dépend traditionnellement la possession d'état. Il répond également au critère de la « renommée » ou de la « réputation » (*fama*) en ce que l'entourage le perçoit comme le père de l'enfant<sup>21</sup>. Les faits et gestes de M. M. s'étalant sur période excédant largement le délai minimal exigé par la jurisprudence<sup>22</sup>, le tribunal lui reconnaît donc une possession constante d'état, mais sans pour autant nier le rôle parental parallèlement joué par M<sup>me</sup> L. En somme, estime le juge Morrison, les faits suggèrent deux possessions d'état concurrentes qui s'annulent l'une l'autre, aucune ne pouvant prétendre à l'exclusivité que suggère le critère de la renommée<sup>23</sup>. Le « verrou de filiation » de l'article 530 C.c.Q. ne s'est donc jamais enclenché au profit de M<sup>me</sup> L, ce qui en soi suffit à trancher l'affaire. Mais, d'ajouter le tribunal, « il y a plus » :

Même si la réforme de 2002 visait une certaine déssexualisation quant à la filiation, il ne s'agit pas d'une déssexualisation complète. Le législateur précise à l'article 532 C.c.Q. qu'il existe toujours une distinction entre les père et mère aux fins de filiation. Une distinction existe également ailleurs dans le Code civil. Autrement dit, le législateur a décidé de ne pas faire disparaître la distinction entre les mère et père. Il a choisi de ne pas les remplacer complètement par un concept plus neutre comme, par exemple, les parents. [...]. Cette volonté du législa-

21. Pour un exposé complet sur chacune des conditions de la possession d'état, voir Alain ROY, « Commentaires sous l'article 524 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : annotations et commentaires*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.

22. Pour être déclarée constante, la possession d'état doit avoir commencé à la naissance ou dans les instants qui l'ont suivie, et s'être poursuivie sur une période d'au moins 16 à 24 mois : *Droit de la famille – 142296*, QCCA 2014.

23. Dans le même sens, voir *Droit de la famille – 181478*, 2018 QCCA 1120, j. Dutil dissidente.

teur permet au tribunal de conclure que, dans le cas d'une filiation par le sang, un père biologique qui fait partie du plan parental a le droit, comme le plaide [M. M.], de réclamer la paternité d'un enfant dont la filiation n'est pas déjà établie à son égard, comme « père ».<sup>24</sup>

Le tribunal accueille donc la demande de M. M., ordonnant au directeur de l'état civil de substituer son nom à celui de M<sup>me</sup> L. sur l'acte de naissance de l'enfant F.

## 1.4 Analyse

### 1.4.1 Une seule possession d'état, pas deux

Les conclusions du juge Morrison sont d'une implacable justesse. Dans le contexte du chapitre 1 « De la filiation par le sang », l'enfant aura une mère, peut-être un père, mais certainement pas deux mères. Seul le chapitre 1.1, applicable à la filiation de l'enfant issu d'une procréation assistée, autorise la reconnaissance d'une double filiation maternelle, et pour cause : sans l'assistance d'un tiers masculin, aucun enfant ne pourra être conçu<sup>25</sup>. Dès lors, la déclaration de naissance signée par M<sup>me</sup> L. est nulle *ab initio*, tout comme la possession d'état qu'elle invoque<sup>26</sup>. En cela, il paraît erroné d'affirmer que deux possessions d'état ont pu coexister, l'une à l'égard du père et l'autre à l'égard de la co-mère. Les termes de l'article 524 C.c.Q., dont découle le critère de la renommée auquel l'entourage de l'enfant doit satisfaire, témoignent d'ailleurs clairement du caractère sexué de la possession d'état invoqué à l'appui d'une filiation par le sang :

**524.** La possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu. (Mes soulignés)

On voit mal comment l'entourage pourrait entretenir la conviction que l'enfant est « issu » de la conjointe de la mère. En fait, une possession d'état ne pourra se justifier à l'égard d'une co-mère

24. *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900, par. 81, 82 et 87.

25. Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 346.

26. Notons au passage que le « changement de la mention de sexe » obtenu par M<sup>me</sup> L. près de deux ans après la naissance de l'enfant ne change rien à l'affaire. En toute logique, un tel changement ne peut être que sans conséquence sur les règles relatives à la filiation par le sang.

qu'aux conditions prévues à l'article 538.1 C.c.Q. situé au chapitre 1.1, que le tribunal juge inapplicable pour les motifs ci-dessus énoncés :

**538.1** La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance. À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit ; celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun.  
(Mes soulignés)

[...]

Comme on le constate, la conviction de l'entourage de l'enfant né d'un projet parental valable ne portera pas sur l'in vraisemblable lien biologique unissant l'enfant à la conjointe de la mère, mais bien sur le caractère parental de ses agissements. Ce tempérament au critère de la renommée confirme éloquemment le caractère non sexué que revêt la possession d'état envisagée dans un contexte de procréation assistée.

#### 1.4.2 *Et pour l'avenir ? Deux, trois, quatre parents ou davantage ?*

La décision du juge Morrison illustre clairement les limites de l'article 538 C.c.Q. et, incidemment, du cadre juridique de la procréation assistée. Le projet parental auquel renvoie cette disposition implique à la base une contribution génétique *externe*. Sans assistance d'un tiers au projet parental, le chapitre 1.1 ne s'applique pas. Cette première limite s'explique par la seconde. Comme je l'ai déjà souligné, seuls les couples hétérosexuels, les femmes seules et les couples de lesbiennes peuvent se prévaloir du cadre juridique dérogatoire<sup>27</sup>. Dans les trois cas, il y a incapacité de procréer, d'où la nécessité de recourir aux gamètes d'un tiers. Infertilité médicale pour le couple hétérosexuel<sup>28</sup>, infertilité dite « sociale » pour la femme seule et le couple lesbien<sup>29</sup>.

27. Voir *supra*.

28. Remarquons que le législateur ne pose pas formellement l'exigence de l'infertilité du couple hétérosexuel. Théoriquement, un couple parfaitement fertile pourrait donc recourir à la procréation assistée, notamment si l'un des conjoints est atteint d'une maladie génétiquement transmissible.

29. L'expression « infertilité sociale » est notamment utilisée par la Clinique de fertilité du CHUM dans son mémoire sur le programme québécois de procréation (à suivre...)

Ainsi délimité, le cadre juridique prévu au chapitre 1.1 laisse à l'écart plusieurs types de projets parentaux. Le premier est celui d'un homme seul ou d'un couple gai. On connaît bien le motif de cette première limite : les conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui sont nulles de nullité absolue<sup>30</sup>. Le deuxième projet ignoré par la loi est celui des deux personnes qui sollicitent l'intervention d'un tiers donneur ou géniteur, mais qui ne forment pas un couple<sup>31</sup>. Quant au troisième, il renvoie au projet que forment plus de deux personnes, avec ou sans l'intervention d'un tiers<sup>32</sup>. C'est précisément ce type de projet parental qui était en cause dans l'affaire à l'étude. Le juge Morrison insiste beaucoup sur l'absence de tiers donneur ou géniteur pour justifier sa décision d'écarter le projet parental comme source de filiation, mais le projet tripartite aurait été tout aussi nul si les gamètes mâles n'avaient pas été fournis par M. M.

La première limite pourrait être levée sans que l'économie générale du droit de la filiation s'en trouve compromise<sup>33</sup>. Il n'en va pas de même des deux autres limites que le législateur a directement empruntées au schéma traditionnel. Dans ce schéma, l'enfant a au plus deux parents, qui forment idéalement un couple, mais il n'en a jamais trois, voire davantage.

Au cours des dernières années, quelques États se sont affranchis de certaines des limites provenant du schéma traditionnel.

---

(...suite)

assistée : CENTRE HOSPITALIER DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Mémoire déposé au Commissaire à la santé et au bien-être dans le cadre de la consultation publique sur le programme québécois de procréation assistée*, Montréal, 21 juin 2013, p. 7. Certains emploient plutôt l'expression « infertilité structurelle » : Naomie R. CAHN, *Why the Fertility Market Needs Legal Regulation*, New York et Londres, N.Y. University Press, 2009.

30. C.c.Q., art 541.

31. Le mot « conjoints » employé à l'article 538 C.c.Q. réfère effectivement à la vie commune.

32. La Cour d'appel a d'ailleurs récemment affirmé que « [s]elon le droit québécois actuel, un enfant ne peut avoir plus que deux parents » : *Droit de la famille – 181478*, 2018 QCCA 1120.

33. La nullité absolue des ententes de gestation ou procréation pour autrui s'explique par des raisons qui tiennent non pas à la préservation du schéma parental traditionnel, mais aux risques d'instrumentalisation du corps de la femme qu'un tel projet soulève. Voir Alain ROY, *La filiation par le sang et par la procréation assistée*, coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 214-216. Pour un regard critique sur la maternité pour autrui, voir : Andréanne MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? », (2015) 117 R. du N. 229.

Ainsi, en Colombie-Britannique, depuis 2011, trois parents peuvent être attribués à un enfant dans un contexte de « reproduction assistée », que le législateur britanno-colombien définit comme « a method of conceiving a child other than by sexual intercourse »<sup>34</sup>. Le scénario en cause est celui de conjoints qui s'entendent avant la conception de l'enfant avec la « mère porteuse »<sup>35</sup> ou avec le « donneur » de forces génétiques<sup>36</sup> pour être tous trois désignés parents de l'enfant à naître<sup>37</sup>. En Ontario, la loi autorise depuis 2016 la conclusion de conventions « préconception » destinées à permettre l'attribution d'au plus quatre parents à l'enfant<sup>38</sup>. Seule contrainte prévue par la loi, la mère d'origine doit être partie à la convention, de même que, le cas échéant, le père biologique (défini comme étant

---

34. *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25, art. 20(1). Voir Régine TREMBLAY, « Quebec's Filial Regime, the Roy Report's Recommendations, and the 'Interest of the Child' », (2018) 31 *Can. J. Fam. L.* 199, 240-241, où l'auteure explique brièvement les différences conceptuelles entre les notions de « assisted reproduction » (au Canada) et « assisted procreation » (au Québec).

35. Notons que la loi n'emploie pas les mots « mère porteuse » (*surrogate*) pour désigner cette femme, ces termes étant réservés à celle qui porte pour autrui. Une disposition spécifique, soit l'article 29 de la *Family Law Act* (SBC 2011, c. 25) concerne le projet parental de maternité de substitution (*Parentage if surrogacy arrangement*), lequel exclut à la base la maternité de la mère porteuse (bien que son consentement à la remise de l'enfant doive néanmoins être constaté après la naissance de ce dernier).

36. *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25, art. 20(1) : « "donor" means a person who, for the purposes of assisted reproduction other than for the person's own reproductive use, provides (a) his or her own human reproductive material, from which a child is conceived, or (b) an embryo created through the use of his or her human reproductive material ; "human reproductive material" means a sperm, an ovum or another human cell or human gene, and includes a part of any of them ».

37. *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25, art. 30(1) : « This section applies if there is a written agreement that (a) is made before a child is conceived through assisted reproduction, (b) is made between (i) an intended parent or the intended parents and a potential birth mother who agrees to be a parent together with the intended parent or intended parents, or (ii) the potential birth mother, a person who is married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and a donor who agrees to be a parent together with the potential birth mother and a person married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and (c) provides that (i) the potential birth mother will be the birth mother of a child conceived through assisted reproduction, and (ii) on the child's birth, the parties to the agreement will be the parents of the child. (2) On the birth of a child born as a result of assisted reproduction in the circumstances described in subsection (1), the child's parents are the parties to the agreement. (3) If an agreement described in subsection (1) is made but, before a child is conceived, a party withdraws from the agreement or dies, the agreement is deemed to be revoked ».

38. Notons qu'en 2007, la Cour d'appel de l'Ontario avait, sur la base de sa compétence *parens patriae*, reconnu trois parents à un enfant : *A.A. v. B.B.*, 2007 CanLII 39998 (ON C.A.).



celui qui a conçu l'enfant au moyen d'une relation sexuelle dans le cadre d'un projet parental dont il est partie prenante). À la mère d'origine et, s'il y a lieu, au père biologique, pourront s'ajouter trois ou deux parents additionnels, sans que la loi en précise toutefois la qualité ou le genre<sup>39</sup>. On pense d'emblée au couple de femmes qui s'entend avec un couple d'hommes pour concevoir naturellement un enfant. Hormis la mère d'origine et le père biologique, pourront également en devenir parents à part entière leurs conjoints respectifs. Ce scénario n'a évidemment rien d'exclusif, plusieurs autres combinaisons étant envisageables. À la rigueur, si les gamètes mâles proviennent d'un donneur anonyme et qu'il n'y a pas de père biologique, l'enfant pourrait se retrouver avec quatre mères, soit la femme qui en a accouché et trois autres femmes.

Les deux provinces ont clairement dérogé au caractère dual de la filiation, ce qui constitue une véritable révolution en soi. En Colombie-Britannique, toutefois, la révolution s'arrête là, le ou les parents additionnels ne pouvant être *ajoutés* au portrait de famille que dans la mesure où ils ont fourni une contribution biologique (porter l'enfant ou fournir ses gamètes) ou vivent en couple avec la personne à l'origine de cette contribution biologique<sup>40</sup>. Voilà autant de référents provenant du schéma traditionnel<sup>41</sup>. Beaucoup plus

39. *Loi modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance, la Loi sur les statistiques de l'état civil et diverses autres lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes*, L.O. 2016, c. 23, art. 9. Le paragraphe 4 de l'article énonce : « À la naissance d'un enfant envisagé par une convention de filiation antérieure à la conception, conjointement avec chaque partie à la convention qui est parent de l'enfant aux termes de l'article 6 (parent de naissance), 7 (autre parent biologique) ou 8 (conjoint du parent de naissance), les autres parties à la convention sont parents de l'enfant et sont reconnus comme tels en droit ». L'article 8 réfère à la présomption de paternité applicable au conjoint de la mère, laquelle demeure relative (voir par. 3), le conjoint pouvant d'ailleurs signifier dans la convention de préconception sa volonté de ne pas être reconnu parent de l'enfant à naître (voir art. 9(3)). Notons que la loi ontarienne, tout comme la loi britannique-colombienne, encadre la pratique de la maternité de substitution. Voir les art. 10-11 de la loi,

40. L'article 20(1) de la *Family Law Act* (SBC 2011, c. 25) définit « intended parent » ou « intended parents » comme étant : « a person who intends, or 2 persons who are married or in a marriage-like relationship who intend, to be a parent of a child and, for that purpose, the person makes or the 2 persons make an agreement with another person before the child is conceived that (a) the other person will be the birth mother of a child conceived through assisted reproduction, and (b) the person, or the 2 persons, will be the child's parent or parents on the child's birth, regardless of whether that person's or those persons' human reproductive material was used in the child's conception ».

41. Voir Fiona KELLY, « One of These Families is Not Like the Others: The Legal Response to Non-Normative Queer Parenting in Canada », (2013) 51 *Alberta L. Rev.* 1.



libérale, la solution ontarienne ne comporte pas ces exigences, chacune des trois autres femmes, pour reprendre l'exemple ci-dessus, pouvant prétendre à la qualité de co-mère sans avoir à apporter de contribution biologique ou génétique au projet parental, ni même à faire vie commune avec la mère d'origine.

Le législateur québécois sera bientôt confronté aux importants dilemmes que soulève la réorganisation du cadre juridique de la filiation. Après s'être laborieusement extirpé du cadre hétéroparental à l'intérieur duquel l'institution filiale s'est déployée jusqu'au début des années 2000, en délaissera-t-il le caractère dual ? Si oui, jusqu'où ira-t-il et en fonction de quels paramètres<sup>42</sup> ? Reproduira-t-il la solution britanno-colombienne, en en important les limites dont la cohérence reste discutable<sup>43</sup> ? Comme on l'a vu, on y admet comme troisième parent la mère porteuse ou le donneur de gamètes sur la base de sa contribution biologique au projet parental d'un couple. Sachant que les gamètes à l'origine de la conception peuvent provenir d'une double contribution génétique externe<sup>44</sup>, à la fois mâle et femelle, au nom de quelle rationalité limiter la parenté à trois<sup>45</sup> ? Du reste, pourquoi assujettir la reconnaissance filiale du

42. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada appuie la reconnaissance de la multiparenté, acceptant l'idée qu'un enfant puisse, à certaines conditions, avoir six parents dans un contexte de procréation assistée. Ainsi, dans son commentaire portant sur l'article 9 de la *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, la Conférence écrit : « En théorie, en vertu de l'article 9, l'enfant pourrait avoir jusqu'à six parents : la mère naturelle, son époux ou conjoint de fait, les deux donneurs qui ont accepté avant la conception d'être parents de l'enfant (si l'embryon issu d'eux est porté par la mère naturelle), et enfin, les époux ou conjoints de fait des donneurs. Toutefois, dans la plupart des cas, l'application de ces dispositions permettra tout au plus de reconnaître trois parents : la mère naturelle, son époux ou conjoint de fait et le donneur, s'ils ont convenu ensemble avant la conception d'être les parents de l'enfant », en ligne à <<https://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-lois-uniformes-courantes/statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant>> (page consultée le 20 décembre 2018).

43. Il ne semble pas y avoir pour l'instant de législations reconnaissant la multiparenté dans les juridictions civilistes. Les Pays-Bas se penchent toutefois sur la question. Voir <<https://www.economist.com/europe/2017/08/31/the-netherlands-may-let-children-have-more-than-two-legal-parents>> (page consultée le 20 décembre 2018).

44. Auquel cas la contribution femelle pourrait même résulter de la mise en commun des mitochondries saines d'une femme et de l'ovule défectueux d'une autre femme.

45. Notons que certains auteurs (minoritaires) semblent considérer que la loi britanno-colombienne permet l'inscription de quatre parents sur l'acte de naissance de l'enfant, voire davantage : Samantha BRENNAN, et B. CAMERON, (à suivre...)

parent qui s'ajoute aux deux premiers à sa contribution génétique ? La solution ontarienne qui ne mise formellement que sur la volonté de « préconception », est-elle préférable ? Mais alors, comment fixer le nombre limite de parents ? Au nom de quelle logique le législateur ontarien s'arrête-t-il à quatre ? Malgré les apparences, ne réintroduit-il pas ainsi le schème traditionnel, la dualité parentale et conjugale demeurant visiblement le cadre de référence implicite ? Et par-dessus tout, comment justifier la réorganisation du système à la lumière du principe fondamental de l'intérêt de l'enfant<sup>46</sup> ? Questions fascinantes, s'il en est. Reste à espérer que le législateur québécois les abordera de plein front, sans chercher à les esquiver.

---

(...suite)

« How Many Parents Can a Child Have? Philosophical Reflections on the “Three Parent Case” », (2015) 54 *Dialogue: Canadian Philosophical Review* 45 ; Paula GERBER et Phoebe IRVING LINDNER, « Birth Certificates for Children with Same-Sex Parents: A Reflection of Biology or Something More », (2015) 18 *NYU J. Legis & Pub Pol'y* 225 ; Fiona KELLY, « One of These Families is Not Like the Others: The Legal Response to Non-Normative Queer Parenting in Canada », (2013) 51 *Alberta L. Rev.* 1. Mentionnons également l'article 31(1) de la *Family Law Act* (SBC 2011, c. 25) qui prévoit que le tribunal peut être saisi en cas de litige ou d'incertitude pour déclarer la parenté de l'une ou l'autre des parties impliquées au projet parental : « [...] if there is a dispute or any uncertainty as to whether a person is or is not a parent under this Part, either of the following, on application, may make an order declaring whether a person is a child's parent : (a) the Supreme Court ; (b) if such an order is necessary to determine another family law dispute over which the Provincial Court has jurisdiction, the Provincial Court ».

46. Comme le précise l'article 3 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25)), que le Canada a ratifiée le 13 décembre 1991 et à laquelle le Québec s'est déclaré lié par décret le 9 décembre de la même année : « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le Comité consultatif sur le droit de la famille n'a pas recommandé, dans son rapport de 2015 (rapport Roy), d'ouvrir la porte à la multiparenté : « Après discussions, les membres du Comité ont clairement rejeté cette option. Ici comme ailleurs, rien ne permet actuellement de croire qu'il est dans l'intérêt de l'enfant né d'une procréation assistée d'avoir trois parents au sens strict du terme. En fait, tout porte à croire que les États qui ont entrepris ce virage ont d'abord voulu répondre aux besoins et aux attentes des adultes » : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 244.

## 2. La conjugalité

Le 23 janvier 2013, la Cour suprême du Canada rendait son jugement dans la célèbre cause connue du grand public sous le nom de *Éric c. Lola*<sup>47</sup>. À cinq juges contre quatre, le plus haut tribunal du pays confirmait la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec en matière conjugale. Vieille de 30 ans<sup>48</sup>, cette politique réserve encore et toujours les droits et obligations du Code civil aux seuls conjoints mariés ou unis civilement, les conjoints de fait ne pouvant pour leur part en revendiquer directement l'application dans leurs rapports mutuels, qu'ils aient ou non des enfants communs. N'ayant pas fait le choix commun de se lier légalement, ceux-ci se voient imputer une volonté par défaut, celle de vivre leur conjugalité en marge des mesures que le Code civil prévoit au profit des conjoints unis par le mariage ou l'union civile<sup>49</sup>. Seuls ces derniers pourront donc obtenir l'un de l'autre une pension alimentaire au jour de leur séparation ou se réclamer le partage du patrimoine familial et, le cas échéant, celui du régime matrimonial. Les mesures de protection de la résidence familiale, tout comme la prestation compensatoire, relèvent également de leurs prérogatives exclusives. Les conjoints de fait ne pourront quant à eux s'en prévaloir, à moins de l'avoir expressément prévu dans un contrat d'union de fait. À défaut, seuls les recours de droit commun leur seront accessibles.

Que penser de cette politique législative ? Alors que 40 % des couples vivent aujourd'hui leur conjugalité en union de fait et que plus de 60 % des enfants naissent hors mariage<sup>50</sup>, certains en réclament ouvertement l'abandon<sup>51</sup>. À leurs dires, les arguments de libre choix et d'autonomie de la volonté derrière lesquels le Québec s'est toujours retranché pour justifier l'absence de cadre juridique en matière d'union de fait ne tiennent tout simplement pas la route de l'équité et de la justice. Un avis que partage visiblement le juge

---

47. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5.

48. *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89.

49. Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 C.P. du N. 235.

50. Anne BINETTE CHARBONNEAU, « Mariages, nuptialité et situation conjugale », dans INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le bilan démographique du Québec 2017*, Québec, Publications du Québec, 2017, p. 109.

51. Voir COMMISSION CITOYENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY et Jean Paul DUTRISAC (prés.), *Rapport final*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 41 et s.

Robert Mongeon dans la décision *Droit de la famille – 182048*<sup>52</sup> rendue le 18 septembre 2018 :

Sauf semble-t-il le législateur, tous s'accordent à dire qu'en 2018 les conjoints de fait ont droit à une meilleure protection et à une plus grande reconnaissance de leurs droits de la part du système judiciaire. Doit-on y voir une évolution normale des choses alors que, traditionnellement, on ne pouvait penser à de telles obligations qu'entre gens liés par les liens sacrosaints du mariage, et qu'aujourd'hui force est de constater que la majeure partie des unions entre personnes évoluent à l'extérieur d'un cadre marital ou d'une union civile ? Cela est fort possible.<sup>53</sup>

Manifestement, le juge Mongeon n'a pas cru bon attendre la réponse du législateur ! Non seulement a-t-il dénoncé ouvertement son immobilisme, mais il s'est également employé à colmater les brèches de l'édifice législatif.

### **2.1 Un pour tous, tous pour un**

M<sup>me</sup> A. et M. B. commencent à faire vie commune en 1997, alors que chacun dispose d'un revenu modeste. En 2000, ils acquièrent ensemble une résidence. À la même époque, M. B. quitte son emploi pour se lancer en affaires. Les parties décident ensuite de fonder une famille. Au cours des années qui suivent, M<sup>me</sup> A. prend soin des deux enfants du couple et s'occupe de la maisonnée, alors que M. B. s'emploie à établir les bases de son entreprise aux débuts laborieux. Fonctionnaire fédérale, M<sup>me</sup> A. travaille également pour soutenir la famille. En 2007, l'entreprise de M. B. prend son essor et devient hautement profitable. Dès lors, M. B. ne travaillera pratiquement plus et fera « la belle vie », tandis que M<sup>me</sup> A. continuera d'assumer son rôle de mère, d'éducatrice et de « première responsable de la famille et de la maisonnée »<sup>54</sup>.

En 2012, M. B. décide de se départir de l'une des compagnies de son entreprise. La vente lui rapportera une somme de 17 M\$. Trois mois plus tard, il annonce à M<sup>me</sup> A. son intention de la quitter. Considérant avoir contribué au succès financier de son conjoint, celle-ci lui réclame une indemnité de 3,5 M\$. Au moment de la

---

52. 2018 QCCS 4195. Déclaration d'appel : 2018-11-05 (C.A.), n° 500-09-027904-184.

53. *Ibid.*, par. 2.

54. *Ibid.*, par. 42.

demande, le patrimoine de M. B. vaut un peu plus de 22 millions \$, alors que M<sup>me</sup> A. n'a que son salaire annuel de 45 000 \$, la moitié indivise de la résidence familiale évaluée à 670 000 \$, quelques économies dans un régime de retraite et une somme d'environ 160 000 \$ que M. B. consent à lui verser.

## 2.2 Vous avez dit « coentreprise familiale » ?

Comme le juge Mongeon le rappelle d'entrée de jeu, « [l]'absence de législation applicable aux conjoints de fait au Québec ne veut pas dire absence de droits ou d'obligations d'un conjoint envers l'autre »<sup>55</sup>. Comme tous les autres justiciables, les conjoints de fait peuvent se prévaloir du recours en enrichissement injustifié (action *de in rem verso*) prévu à l'article 1493 C.c.Q. pour corriger les iniquités résultant de leurs rapports mutuels :

**1493.** Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement.

Au cours des dernières décennies, les tribunaux se sont employés à adapter les contours du recours en enrichissement injustifié à la réalité particulière des rapports conjugaux. En amour, dit l'adage, on ne compte pas<sup>56</sup>. Rares sont les conjoints qui tiennent une comptabilité précise de leurs contributions respectives et des conséquences économiques en découlant. En présence d'une union de longue durée, les tribunaux présumeront donc, au bénéfice du conjoint demandeur, le lien de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement et l'absence de motifs à l'enrichissement<sup>57</sup>. Seule

55. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, par. 95.

56. Bien qu'ils aient été énoncés dans un contexte de mariage, les propos suivants de la Cour d'appel collent à l'ensemble des rapports conjugaux : « [l]e contexte matrimonial est particulier en ce que, règle générale, les époux ne tiennent pas de comptes précis dans le cours normal de leur relation amoureuse. Elles se rendent des services mutuels, d'ordre domestique ou financier, sans compter leurs efforts ni leurs contributions. Le mariage n'est pas une entreprise financière où une comptabilité serrée est tenue » : *Droit de la famille – 182097*, 2018 QCCA 1600, par. 34.

57. *Peter c. Beblow*, [1993] 2 R.C.S. 980. Ainsi, écrit la professeure Lefebvre, « [...] dans un contexte familial, l'appauvri n'a pas à convaincre le juge qu'il aurait pu profiter d'un travail extérieur rémunérateur s'il ne s'était pas autant investi dans la famille » : Brigitte LEFEBVRE, « L'enrichissement injustifié dans un contexte d'union de fait : L'influence de la *common law* canadienne sur le droit civil canadien », dans Rafaël JAFFERALI, Vanessa MARQUETTE et Arnaud NUYS (dir.), *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 373, 381.

une preuve « forte et déterminante » permettra au conjoint défendeur de repousser ces présomptions jurisprudentielles<sup>58</sup>. L'approche libérale, souple et généreuse<sup>59</sup> que doivent adopter les tribunaux à l'égard du demandeur leur permettra de « suppléer jusqu'à un certain point à la lenteur du législateur à adopter des règles claires et précises applicables aux unions entre conjoints de fait »<sup>60</sup>.

L'affaire soumise au juge Mongeon met en cause le dernier accommodement jurisprudentiel dégagé par la Cour suprême en matière d'*unjust enrichment* et de *constructive trust* (fiducie par interprétation). Provenant respectivement de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, les arrêts *Kerr c. Baranow*<sup>61</sup> et *Vanasse c. Séguin*<sup>62</sup>, rendus en 2011, prescrivent une méthode d'établissement ou de calcul de l'indemnité que le conjoint appauvri peut obtenir du conjoint enrichi lorsque leur union peut être assimilée à une « coentreprise familiale »<sup>63</sup> :

[s]i les deux parties ont travaillé ensemble dans un intérêt commun et ont fait des contributions importantes, mais différentes, au bien-être de l'autre et, de ce fait, elles ont accumulé des biens, la réparation pécuniaire pour enrichissement injustifié devrait refléter cette réalité. Dans ces circonstances, la réparation ne devrait pas être fondée sur un calcul détaillé des contributions et des concessions de la vie quotidienne ; le demandeur devrait être traité comme un co-entrepreneur plutôt qu'un employé.<sup>64</sup>

---

58. *Peter c. Beblow*, [1993] 2 R.C.S. 980, par. 1013 ; *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, par. 48.

59. *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269, par. 34 et 79. Le même principe s'applique en matière de prestation compensatoire : *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259.

60. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, n° 4.

61. *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269 (ci-après « *Kerr* »).

62. *Ibid.* Les deux instances font l'objet du même arrêt, référencé à [2011] 1 R.C.S. 269.

63. Avant même l'arrêt *Kerr*, la Cour suprême avait déjà, dans *Peter c. Beblow*, consacré l'existence de la méthode de la « valeur accumulée » en application du concept de *constructive trust* (inexistant en droit québécois) qui permet d'accorder un titre de propriété dont l'étendue peut varier en fonction de la contribution. Notons par ailleurs que la méthode est également utilisée en droit civil québécois pour établir la valeur de l'indemnité due pour un apport à un immeuble en matière de prestation compensatoire et pour quantifier l'indemnité due pour un apport à un immeuble en matière d'enrichissement injustifié. Pour une revue des causes ayant consacré la méthode de la valeur accumulée dans de telles circonstances, voir : Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifiée et action *de in rem verso* entre conjoints de fait – comme si l'amour allait durer toujours », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2011)*, vol. 340, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 21, 42.

64. *Kerr*, préc., note 61, par. 7.

La qualification de la relation des conjoints à titre de « coentreprise familiale » est une question de faits qui doit être appréciée en fonction de toutes les circonstances pertinentes, notamment de celles ayant trait à l'« effort commun », à l'« intégration économique », à l'« intention réelle » et à la « priorité accordée à la famille » :

Les efforts conjoints et le travail d'équipe, la décision d'avoir et d'éduquer des enfants ensemble, ainsi que la durée de la relation peuvent tous indiquer la mesure dans laquelle, le cas échéant, les parties constituaient véritablement une association et ont collaboré à la réalisation d'objectifs communs importants. Le fait que les fonds des parties soient entièrement consacrés à la famille ou le fait qu'un conjoint s'acquitte de la totalité, ou de la plus grande partie, des travaux domestiques, libérant l'autre de ces responsabilités et lui permettant de se consacrer à ses activités rémunérées à l'extérieur, peuvent également indiquer une mise en commun des ressources. Plus le niveau d'intégration des finances, des intérêts économiques et du bien-être économique des conjoints est élevé, plus il est probable que ceux-ci se seront engagés dans une coentreprise familiale. Il faut accorder une importance considérable aux intentions réelles des parties ; ces intentions peuvent avoir été exprimées par les parties ou inférées de leur conduite. La conduite des parties peut démontrer qu'elles voulaient que leurs vies familiale et professionnelle fassent partie d'un tout, d'une entreprise commune, mais pourrait aussi permettre d'écarter l'existence d'une coentreprise familiale ou étayer la conclusion selon laquelle des biens déterminés devaient être détenus de façon indépendante. Un autre facteur à considérer consiste à savoir si, et dans quelle mesure, les conjoints avaient donné la priorité à la famille dans le processus décisionnel, et si, pour le bien-être de la famille, une des parties ou les deux se sont fiées à la relation à leur détriment. Cela peut survenir lorsqu'une partie quitte le marché du travail pendant un certain temps pour élever les enfants ; lorsqu'elle déménage pour aider la carrière de l'autre partie ; lorsqu'elle renonce à une carrière ou à une formation pour le bien de la famille ou de la relation ; et lorsqu'elle accepte un sous-emploi dans le but d'équilibrer les besoins financiers et domestiques de l'unité familiale.<sup>65</sup>

---

65. *Kerr* (résumé de l'arrêtiste). En outre, la Cour mentionne clairement que ces facteurs doivent faire l'objet d'une appréciation globale : « De toute évidence, il y a un chevauchement des facteurs qui pourraient se révéler pertinents sous ces rubriques et la liste de ces facteurs n'est pas définitive. Ce qui suit n'est pas une liste des conditions requises pour pouvoir conclure (ou ne pas conclure) que les parties étaient engagées dans une coentreprise familiale. Ces rubriques, et les facteurs qui y sont regroupés, servent simplement à faciliter l'analyse globale de la preuve et à donner quelques exemples d'éléments à prendre en considération pour décider si les parties étaient engagées dans une coentreprise familiale. L'absence de ces facteurs, et plusieurs autres considérations pertinentes, pourraient fort bien écarter cette conclusion » : *Kerr*, préc., note 61, par. 89.



En présence d'une coentreprise familiale, explique la Cour suprême, il faut concevoir l'enrichissement injustifié comme une « rétention injuste [par l'un des conjoints] d'une part disproportionnée des biens accumulés » durant la relation<sup>66</sup>. Dès lors, la réparation à laquelle pourra prétendre le conjoint appauvri correspondra non pas à la valeur monétaire des services non rémunérés, comme le veut l'approche traditionnelle connue sous le nom *quantum meruit* (« valeur reçue »)<sup>67</sup>, mais à un pourcentage de la valeur nette du patrimoine du conjoint enrichi, établi en proportion de son apport<sup>68</sup> et selon les circonstances en cause, notamment la durée de l'union (« valeur accumulée »).

Dérivée de la common law et du concept de fiducie par interprétation (« constructive trust ») qui en relève, la méthode de la valeur accumulée a déjà été appliquée à quelques reprises par les tribunaux québécois, notamment par la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 132495* rendu en 2013<sup>69</sup>. Mais, au contraire des causes précédentes où l'indemnité accordée ne dépassait pas le million de dollars<sup>70</sup>, l'affaire soumise au juge Mongeon implique un patrimoine de grande valeur. Le montant de l'indemnité réclamée sur la base d'un pourcentage de l'actif du conjoint débiteur excède en conséquence la somme à laquelle le conjoint demandeur aurait pu pré-

66. Kerr, préc., note 61, par. 80.

67. Cette approche fixe l'indemnité au montant qu'aurait payé le débiteur sur le marché pour bénéficier de l'apport en biens ou en services.

68. Selon la professeure Lefebvre, « [c]ette méthode permet d'évaluer l'indemnité en fonction de la contribution proportionnelle de l'appauvri à la richesse accumulée par l'enrichi. Ainsi, si le conjoint a fourni le tiers des apports, il recevra comme indemnité le tiers de la richesse accumulée » : Brigitte LEFEBVRE, « L'enrichissement injustifié dans un contexte d'union de fait : L'influence de la *common law* canadienne sur le droit civil canadien », dans Rafaël JAFFERALI, Vanessa MARQUETTE et Arnaud NUYTS (dir.), *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 373, 387.

69. 2013 QCCA 1586.

70. Indemnité accordée avant déductions (sur cet aspect, voir *infra*, note 77) : *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586 (env. 1/3 de 3 556 475 \$ = 1 000 000 \$). Voir également (liste non exhaustive) : *Droit de la famille – 171404*, 2017 QCCS 2702 (20 % de 400 000 \$ = 80 000 \$) ; *Boudreau c. Débigaré*, 2017 QCCS 2060 (25 % de 2 436 488 \$, soit 609 122,75 \$, arrondi à 610 000 \$) ; *Lefebvre c. Therrien*, 2015 QCCS 1437 (env. 20 % de 777 877 \$ = 175 000 \$) ; *Cloutier c. Berndt*, 2015 QCCS 3698 (env. 15 % de 1 M\$ = 125 000 \$) ; *Parent c. Dauphinais*, 2014 QCCS 762 (25 % de 3 M\$ = 750 000 \$) ; *Côté c. Laforest*, 2014 QCCS 4779 (35 % de 1 158 912 \$ = 405 619,20 \$). Pour une revue des causes antérieures à l'arrêt Kerr, préc., note 61, voir Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait – comme si l'amour allait durer toujours », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2011)*, vol. 340, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 21, 42 et s.



tendre sur la base de la méthode du *quantum meruit*. Voilà un test des plus intéressants. Les principes résisteront-ils aux faits ? Il semble bien que oui... Quoique...

### 2.3 2M\$ en indemnité

Aux yeux du tribunal, la preuve démontre l'existence d'un apport de M<sup>me</sup> A. à l'enrichissement de M. B. N'eût été l'implication de sa conjointe, celui-ci n'aurait jamais pu bénéficier de la liberté d'action nécessaire à la mise sur pied et au développement de son entreprise. Il y a donc, conclut le juge Mongeon, une corrélation évidente entre l'enrichissement de M. B. et l'appauvrissement de M<sup>me</sup> A. « par son apport de services familiaux et domestiques [...] »<sup>71</sup> [et par sa] participation directe, dans la mesure de ses moyens, aux finances du couple alors que M. B. n'avait pas de revenus »<sup>72</sup>. Du reste, ajoute-t-il, M<sup>me</sup> A. n'avait aucune obligation de participer à l'enrichissement de M. B. Son investissement personnel ne résultait non pas d'une obligation légale, mais d'une aspiration légitime à une vie meilleure<sup>73</sup>. De l'avis du tribunal, les faits mis en preuve suggèrent clairement l'existence d'un projet commun ou d'une coentreprise familiale au sens de l'arrêt *Kerr* :

En choisissant de vivre ensemble pendant plusieurs années et en décidant, après s'être donnés le temps d'y penser, d'avoir un premier enfant, puis un deuxième et de les avoir élevés jusqu'à ce qu'ils entrent dans l'adolescence, il est indéniable que deux adultes consentants n'aient pas (si non expressément, au moins implicitement) démontré leur engagement au niveau d'une « *intention commune* », un « *projet commun* », duquel découleront des attentes raisonnables de part et d'autre.<sup>74</sup>

---

71. Depuis l'arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 2 R.C.S. 980, il est admis que la prestation de services domestiques peut appuyer une action pour enrichissement injustifié. Dans *Kerr*, la Cour suprême écrit : « La prestation non rémunérée de services (y compris de services domestiques) ou le travail non rémunéré peuvent aussi constituer un appauvrissement parce qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution à plein temps et sans compensation de son travail et de ses revenus. La Cour a rejeté l'argument selon lequel ces services ne peuvent fonder une action pour enrichissement injustifié parce qu'ils sont offerts par « amour et affection naturels » : *Kerr*, préc., note 61, par. 42.

72. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, par. 121.

73. Si l'apport est imposé par une obligation légale, on ne peut évidemment conclure à l'enrichissement *injustifié* : C.c.Q., art. 1494.

74. *Kerr*, préc., note 61, par. 98.

Après analyse de la jurisprudence, le juge Mongeon constate que les indemnités payables en présence d'une coentreprise familiale oscillent entre 20 % et 45 % de la valeur nette du patrimoine du conjoint débiteur, « selon la longueur des unions et avant ajustements pouvant refléter les divers apports du conjoint débiteur en faveur de l'enrichissement du conjoint demandeur pendant l'union »<sup>75</sup>. En l'espèce, conclut-il :

[...] la demanderesse serait adéquatement indemnisée par l'octroi d'un montant équivalent à 20 % de la valeur nette de Monsieur à la date de la séparation, prenant pour acquis que les valeurs nettes des deux parties au début de leur union s'équivalent. Cela représente un montant de 3,4 millions \$ (17 x 20 % = 3,4). C'est d'ailleurs ce que M<sup>me</sup> demande et ce pourcentage est à la limite inférieure de la fourchette précitée (entre 20 % et 45 %) qui ressort de l'analyse jurisprudentielle ci-haut.<sup>76</sup>

Du montant ainsi établi, le tribunal déduira ensuite les avantages<sup>77</sup> que M<sup>me</sup> A. a obtenus de M. B. pendant l'union, qu'il établit à 1 006 264,49 \$. En tout et pour tout, M<sup>me</sup> A. se verra donc accorder une indemnité de 2 393 836,51 \$<sup>78</sup>.

## 2.4 Commentaires

On perçoit clairement la frustration que ressent le juge Mongeon devant le vide législatif dont les conjoints de fait font l'objet en droit de la famille québécois. À quelques reprises, le magistrat se permet d'ailleurs de dénoncer expressément l'inaction du législateur en l'accusant d'aveuglement, de lenteur et de frilosité. Cela dit, le jugement Mongeon, ou plus exactement la tendance jurispruden-

75. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, par. 148.

76. *Ibid.*, par. 153.

77. Ces avantages réciproques peuvent être pris en considération au stade de l'analyse de l'absence de justification à l'enrichissement, dans la mesure où ils auraient offert une preuve pertinente de l'existence d'un tel motif, la règle générale étant de les considérer au stade de la réparation. Voir *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, n° 105 et *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, par. 45. Dans *Kerr*, le juge Cromwell écrit : « Je conclus que les avantages réciproques peuvent être examinés à l'étape de l'analyse du motif juridique, mais seulement dans la mesure où ils fournissent une preuve pertinente relativement aux attentes raisonnables des parties. Sinon, ils doivent être pris en considération au stade de la défense ou à celui de la réparation. J'en dirai davantage dans la prochaine partie sur la façon dont les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties peuvent entrer en jeu dans l'analyse du motif juridique » : *Kerr*, préc., note 61, par. 116.

78. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195, par. 157.

tielle dans laquelle il s'inscrit, soulève des questions intéressantes quant aux frontières poreuses qui séparent le recours de droit civil en enrichissement injustifié des actions sœurs de common law en *unjust enrichment* et *constructive trust*. Abordé parallèlement à une décision que le même juge Mongeon a rendue il y a deux ans en matière de prestation compensatoire<sup>79</sup>, le jugement étudié met par ailleurs au jour un certain paradoxe, voire un paradoxe certain, entre la situation des conjoints de fait et celles des époux.

#### 2.4.1 Un emprunt à la common law ?

En 2010, la juge France Thibault de la Cour d'appel décrivait en ces termes l'emprunt soi-disant injustifié à la common law que constitue la méthode de la valeur accumulée :

Sans que cela soit déterminant pour le pourvoi, il y a lieu de faire une remarque au sujet de la méthode retenue par le juge de première instance pour le calcul de la contribution de l'intimée. Cette méthode est celle de la « valeur accumulée » utilisée dans les autres provinces canadiennes. Cette méthode est utilisée pour déterminer la contribution d'une partie à un bien, dans le but d'attribuer ou de reconnaître à la partie appauvrie un droit de propriété dans le bien en cause. Il s'agit du mécanisme d'évaluation propre à la fiducie par interprétation. Ainsi, au lieu de verser une indemnité comme le prévoit le *Code civil du Québec*, la partie qui a contribué à l'enrichissement de l'autre reçoit en compensation, le cas échéant, un droit de propriété dans un bien. La fiducie par interprétation n'est pas un concept reconnu par notre droit civil. L'emprunt d'une méthode propre à ce concept de *common law* n'aurait pas dû être utilisé. Les articles 1493 à 1496 C.c.Q. contiennent les indications nécessaires au calcul de l'indemnité. Il suffit d'y recourir.<sup>80</sup>

Selon l'interprétation qu'en fait la doctrine civiliste, la compensation à laquelle peut prétendre le conjoint appauvri en vertu de l'article 1493 C.c.Q. doit correspondre à la valeur dont son patri-

79. *Droit de la famille* – 162939, 2016 QCCS 6743.

80. *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989, par. 43. En revanche, certains considèrent la méthode de la valeur accumulée comme étant tout à fait conciliable avec les principes civilistes : Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit familial (2011)*, vol. 340, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 21, 46. Pour un plaidoyer en faveur d'une approche globale et ouverte du droit civil, à la lumière, notamment, des enseignements provenant de la common law, voir Robert LECKEY, « Unjust Enrichment and *De Facto* Spouses », (2012) 114 R. du N. 475.

moine a été privé, le conjoint enrichi ne pouvant toutefois être tenu de rembourser un montant supérieur à celui dont son patrimoine a profité<sup>81</sup>. Il y aurait donc un plafond à respecter, l'appauvri ne pouvant obtenir plus que la moindre des valeurs entre l'enrichissement et l'appauvrissement<sup>82</sup>. Pour Lluelles et Moore, c'est ici que le bât blesse : si la méthode de la valeur accumulée permet d'établir adéquatement l'enrichissement reçu, elle ne permet pas, affirment-ils, de quantifier l'appauvrissement subi<sup>83</sup>.

Quoi qu'il en soit, deux ans après l'*obiter dictum* de la juge Thibault, la Cour d'appel s'est ralliée à la méthode de la valeur accumulée dans l'arrêt *Droit de la famille – 132495*<sup>84</sup>, se défendant d'appliquer ainsi le concept de fiducie par interprétation. Lorsque cette méthode est utilisée pour établir la contribution proportionnelle du conjoint demandeur à la richesse globale accumulée grâce aux efforts conjugués des deux conjoints, et non pas pour attribuer un droit dans un bien en particulier, écrit le juge Bouchard au nom de la Cour, « il n'y a rien d'incompatible dans ce genre de situation avec les principes de l'enrichissement injustifié en droit civil qui exigent une "simple corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement" »<sup>85</sup>.

#### 2.4.2 Un insondable paradoxe

Le 18 novembre 2016, soit deux ans avant que soit rendu le jugement à l'étude, le juge Mongeon a été appelé à se prononcer sur la notion de coentreprise familiale et sur la méthode de la valeur accumulée y afférente dans le cadre d'une demande de prestation

81. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 575-576.

82. Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations* (Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, dir.), 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 556, p. 649.

83. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 1418.

84. 2013 QCCA 1586.

85. *Ibid.*, par. 60. Critiquant ce jugement, la professeure Lefebvre écrit : « Avec égard, nous sommes d'avis qu'une simple corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement est un critère donnant ouverture au recours en enrichissement injustifié ; elle ne permet pas de mesurer l'indemnité » : Brigitte LEFEBVRE, « L'enrichissement injustifié dans un contexte d'union de fait : L'influence de la *common law* canadienne sur le droit civil canadien », dans Rafaël JAFFERALI, Vanessa MARQUETTE et Arnaud NUYTS (dir.), *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 373, 381. Voir également les propos du juge Dalphond dans *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.), par. 31.

compensatoire<sup>86</sup>. Se réclamant des principes dégagés dans l'arrêt *Kerr*, l'épouse mariée sous le régime de la séparation de biens réclamait à son mari une prestation compensatoire équivalant à 42 % de la valeur de son entreprise.

Après avoir rappelé le « vide juridique » que la notion de coentreprise familiale et la méthode de la valeur accumulée s'y rapportant ont permis de colmater au profit des conjoints de fait, le juge Mongeon a refusé d'en retenir l'application en contexte matrimonial, considérant les différentes mesures législatives mises en place par le législateur afin de rééquilibrer l'actif des époux, soit le patrimoine familial, le régime matrimonial et l'obligation alimentaire :

Il faut donc être très prudent avant d'incorporer le concept de coentreprise familiale entre conjoints mariés. On ne peut prétendre que la notion de coentreprise familiale, mise de l'avant dans un contexte où les parties n'étaient justement pas mariées, peut soudainement servir à éliminer tous les mécanismes établis par le droit québécois pour assurer une sécurité financière aux deux époux après une vie commune s'échelonnant sur plusieurs années comme c'est le cas en l'espèce. Les parties ont fait des choix contractuels qu'elles ont jugé bon de ne pas modifier au cours des années et ont accumulé des richesses qui dépassent – et de beaucoup – les rêves les plus fous [dont] ces deux mêmes parties auraient pu espérer la réalisation.<sup>87</sup>

[...]

Nous ne sommes pas ici dans une situation où le silence du législateur ou l'absence d'un contrat valide donnent au décideur le loisir de s'inspirer de divers moyens visant à établir les droits des parties ayant fait vie commune à l'extérieur d'un cadre législatif ou contractuel.<sup>88</sup>

Il est vrai que le patrimoine familial et la société d'acquêts permettent bien souvent d'indemniser adéquatement l'époux appauvri pour sa contribution au projet commun que constitue le mariage. De jurisprudence constante, ce n'est d'ailleurs que si ces mesures s'avèrent insuffisantes qu'une prestation compensatoire pourra être ordonnée aux conditions prévues aux articles 427 à 430 C.c.Q.<sup>89</sup>.

86. *Droit de la famille* – 162939, 2016 QCCS 6743. Le soussigné a agi comme consultant auprès du procureur de la demanderesse dans cette affaire.

87. *Droit de la famille* – 162939, 2016 QCCS 6743, par. 573.

88. *Ibid.*, par. 620.

89. Alain ROY, « Commentaires sous l'article 427 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : annotations et commentaires*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.

Tel sera le cas, par exemple, si la valeur partageable du patrimoine familial est peu élevée, voire nulle, et que la société d'acquêts n'est pas applicable en raison du régime de séparation de biens stipulé par les époux. Subsistera certes l'obligation alimentaire, mais il ne pourra en résulter un partage des avoirs conjugaux, en tout ou en partie<sup>90</sup>.

Ainsi combinées, les deux décisions du juge Mongeon entraînent un résultat pour le moins paradoxal. L'époux appauvri qui n'obtient rien du patrimoine familial et du régime matrimonial ne pourra prétendre au partage de l'actif de l'époux enrichi au moyen d'une prestation compensatoire établie selon la méthode de la valeur accumulée, malgré des faits suggérant l'existence d'une coentreprise familiale. Placé dans des circonstances similaires, le conjoint de fait appauvri pourra quant à lui tenter un recours en enrichissement injustifié... où ladite méthode est admise. La prestation compensatoire serait donc moins avantageuse que le recours de droit commun en enrichissement injustifié, dont elle constitue pourtant une application spécifique<sup>91</sup> ! Visiblement, ce paradoxe n'a pas échappé à la Cour d'appel. Tout en confirmant les conclusions du juge Mongeon, la Cour minimise l'impact des cadres juridiques distincts auxquels le mariage et l'union de fait font appel :

Il est vrai que le juge [Mongeon] énonce des réserves quant à l'application de la méthode dite de la « valeur accumulée » entre conjoints liés par un contrat de mariage. Cela étant, le juge écarte cette méthode en s'appuyant principalement sur les faits propres au dossier. Ces faits démontrent que l'apport de l'intimée dans [la Compagnie A] ne justifie nullement qu'elle puisse s'appuyer sur une coentreprise ou bénéficier de la méthode de la « valeur accumulée ». C'est d'ailleurs à la suite d'une longue analyse de la preuve portant sur

---

90. D'ailleurs, les affaires *Kerr* et *Vanasse* sont issues de deux provinces, l'Ontario et la Colombie-Britannique, où les conjoints de fait sont soumis à une obligation alimentaire réciproque. Cette mesure n'a pas empêché la Cour suprême de reconnaître la notion de coentreprise familiale et de prescrire la méthode de la valeur accumulée dans le cadre du recours en enrichissement injustifié intenté par le conjoint appauvri.

91. Voir *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, 1279 et *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183. Dans le jugement de 2018 (enrichissement injustifié), madame aurait vraisemblablement obtenu moins que les 3,4 M\$ si elle avait été mariée à monsieur. Si les conjoints avaient opté pour la séparation de biens (comme dans la décision de 2016 en matière de prestation compensatoire), c'est madame qui aurait été débitrice du patrimoine familial envers monsieur, étant entendu que la part de chaque conjoint dans la résidence familiale indivise s'élevait à 350 000 \$ et que madame détenait un fonds de pension d'une valeur de 215 091,92 \$.

l'apport de l'intimée à [la Compagnie A] que le juge conclut que l'application de la méthode dite de la « valeur accumulée » est « totalement inappropriée » dans ce cas-ci considérant, tout compte fait, l'apport très relatif de l'intimée au succès global [...] de cette entreprise. Ainsi, que la méthode dite de la « valeur accumulée » pour le calcul de la prestation compensatoire puisse ou non s'appliquer entre conjoints liés par un contrat de mariage – une question qu'il n'est pas nécessaire de décider aux fins du présent appel – les conclusions de fait du juge de première instance ne permettent pas de conclure que cette méthode est appropriée dans ce dossier. En d'autres mots, même si l'on concluait que cette méthode peut s'appliquer entre conjoints liés par un contrat de mariage si les circonstances s'y prêtent, les critères requis pour qu'elle trouve application ne sont tout simplement pas satisfaits dans ce cas-ci, vu les conclusions de fait du juge de première instance quant à l'apport de l'intimée.<sup>92</sup> (Mes soulignés).

Ce serait donc l'apport « très relatif » de l'épouse au succès global de l'entreprise qui, en définitive, expliquerait la décision du juge Mongeon d'écarter la méthode de la valeur accumulée aux fins d'établir le montant de la prestation compensatoire qu'elle revendique<sup>93</sup>. Mais en quoi l'apport de l'épouse est-il « plus relatif » que celui que le magistrat a lui-même reconnu en ces termes à la conjointe de fait dans son jugement du 18 septembre 2018 (enrichissement injustifié) :

Monsieur est devenu multimillionnaire, notamment parce que lorsque cela a été nécessaire, Madame lui a laissé la latitude requise pour qu'il réussisse ses rêves. Sans le rôle de Madame auprès des enfants et de la maison jusqu'en 2007, Monsieur n'aurait sans doute pas pu travailler avec autant d'intensité et de sérénité dans la réalisation [des produits A] qui feront éventuellement sa fortune.<sup>94</sup> (Mes soulignés).

N'est-ce pas ce même type d'apport qu'on peut attribuer à l'épouse ? Les termes employés par la Cour d'appel le laissent clairement supposer :

[M<sup>me</sup>] s'est occupée des rénovations du domicile, un chantier qui a duré [...] où l'appelant ne s'est jamais présenté. Elle s'est chargée du

92. *Droit de la famille – 182097*, 2018 QCCA 1600, par. 52-53.

93. Le juge Mongeon accordera une prestation compensatoire sur la base de la méthode de la valeur reçue : « Une prestation compensatoire établie sur la base d'un revenu annuel équivalent à la valeur des services rendus à une entreprise colossale qui réalise des gains très substantiels grâce à l'effort d'une équipe de gestion de plusieurs dizaines d'employés-clés et de milliers d'employés gérés par une hiérarchie d'entreprise fort détaillée, est fort concevable ici » : *Droit de la famille – 162939*, 2016 QCCS 6743, par. 52-53.

94. *Ibid.*, par. 57.



soin et de l'éducation des enfants : repas, réunions de parents à l'école, transport aux aré纳斯, à la station de ski, visites médicales, fêtes d'enfants, etc. L'appelant, de fait, était souvent absent pour vaquer à ses affaires. L'apport en services de l'intimée a été constant. Il s'est poursuivi sur une longue période. Il était essentiel au maintien du domicile et au soin des enfants. Il a été important dans certains dossiers sensibles pour [la Compagnie A], comme le juge l'écrit. Les services ont été rendus à [la Compagnie A] à la demande et à la satisfaction de l'appelant pour qui l'intimée était source de motivation. Par son implication dans tous les aspects de la vie de l'appelant, l'intimée a procuré à ce dernier une liberté d'action telle qu'il a pu s'investir pleinement dans [la Compagnie A] et devenir milliardaire. Il serait inéquitable que l'intimée ne reçoive pas un montant substantiel pour compenser son apport à la fortune de l'appelant. Dans ce contexte, le juge ne commet pas d'erreur révisable en lui octroyant [...] de dollars.<sup>95</sup> (Mes soulignés).

Au final, se pourrait-il que ce soit plutôt la valeur tout à fait singulière de la fortune du mari qui ait ralenti l'ardeur du tribunal ? Le juge Mongeon se garde bien de l'affirmer expressément, mais ses propos nous le suggèrent subtilement :

Le tribunal est d'avis qu'il y a effectivement eu apport de la part de Madame mais que l'enrichissement de Monsieur résultant d'un tel apport demeure plus marginal que Madame ne le prétend et que l'appauvrissement corrélatif et causal de Madame quoique réel et présent, n'a aucune commune mesure avec les 42 % de la valeur de [la Compagnie A] qu'elle réclame. [...] il faut bien être réaliste : dans les faits, Madame ne peut prétendre que 42 % de la valeur accumulée des actifs de son ex-époux sont dus à son seul travail et à sa seule implication. [La Compagnie A] est une entreprise multinationale qui génère des revenus bruts considérables et qui emploie plus de 5 000 personnes à travers le monde. Ainsi, la « valeur accumulée » de Monsieur est le résultat du travail d'un nombre considérable d'employés qui, selon leurs tâches respectives, contribuent à l'accumulation de valeur, dont son propriétaire bénéficie.<sup>96</sup> (Mes soulignés)

Dans son jugement rendu en appel de l'affaire, la Cour d'appel affirme péremptoirement que « la loi s'applique à tous de la même

95. *Ibid.*, par. 25.

96. Le juge Mongeon accordera une prestation compensatoire sur la base de la méthode de la valeur reçue : « Une prestation compensatoire établie sur la base d'un revenu annuel équivalent à la valeur des services rendus à une entreprise colossale qui réalise des gains très substantiels grâce à l'effort d'une équipe de gestion de plusieurs dizaines d'employés-clés et de milliers d'employés gérés par une hiérarchie d'entreprise fort détaillée, est fort concevable ici » : *Droit de la famille – 162939*, 2016 QCCS 6743, par. 52-53.



façon, qu'ils soient riches ou pauvres »<sup>97</sup>. À la lumière de ce qui précède, il y a lieu de se demander s'il n'existe pas un plafond financier au-delà duquel le principe cède sous le poids de l'argent<sup>98</sup>...

#### 2.4.3 Et pour l'avenir ? Deux voies parallèles ou une seule voie ?

Les deux voies parallèles que constituent l'enrichissement injustifié et la prestation compensatoire doivent être unifiées par le législateur. Rien ne justifie que la réponse à l'équité conjugale diffère en fonction du mode de conjugalité<sup>99</sup>. C'est d'ailleurs là la position du Comité consultatif sur le droit de la famille qui recommande « d'élargir au profit des conjoints de fait le droit à la prestation compensatoire dont peuvent actuellement se prévaloir les époux en vertu des articles 427 à 430 C.c.Q. »<sup>100</sup>. Cela dit, s'il veut prévenir les hésitations jurisprudentielles, le législateur aura intérêt à énoncer plus clairement les paramètres d'établissement de l'indemnité.

Évidemment, cette intégration ne saurait suffire. Il faudra porter le regard bien au-delà de la prestation compensatoire ou de toute autre mesure spécifique. La réforme à venir est l'occasion de remettre en question les valeurs à la base du droit de la famille dans son ensemble et d'en assurer la mise en œuvre avec toute la cohérence qui s'impose. Cette cohérence, qui fait tant défaut au droit actuel, devrait permettre d'entrevoir la conjugalité comme un seul tout, le mariage et l'union de fait n'en constituant aujourd'hui que de simples modalités. Dès lors, si l'on entend privilégier les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, tant le mariage que l'union de fait devraient y faire écho. Si, au contraire, on estime

97. *Ibid.*, par. 36.

98. Madame elle-même disposait également de ressources considérables : *Droit de la famille - 162939*, 2016 QCCS 6743, par. 250-256.

99. « Il existe une certaine parenté entre le recours en prestation compensatoire et l'action pour enrichissement injustifié. En effet, le recours en prestation compensatoire, introduit dans la législation le 1<sup>er</sup> décembre 1982 vise à remédier aux injustices créées par un régime matrimonial librement choisi en permettant la compensation d'un époux ayant enrichi le patrimoine de son conjoint par son apport en biens ou en services. Cette mesure vient rétablir l'équilibre injustement rompu entre deux partenaires. Dans le cas de l'action *de in rem verso*, il s'agit également de redresser une injustice, de rétablir un certain équilibre. Ce sont en réalité deux mesures d'équité » : *Droit de la famille - 1604*, [1992] R.D.F. 389 (C.S.). Confirmé en appel : *Lang c. Poulin*, n° 500-09-001014-927 (3 mars 1997) (mes soulignés).

100. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 176-177.

nécessaire d'assujettir les conjoints à des obligations mutuelles du seul fait de leur vie commune, notamment un partage de leurs biens respectifs, la cohérence en exigera le déploiement en union de fait comme en mariage.

Le Comité consultatif se rallie, quant à lui, aux valeurs d'autonomie et de liberté contractuelle... mais dans la seule mesure où les conjoints, mariés ou non, n'ont d'autre qualité que celle de conjoints<sup>101</sup>. L'arrivée d'un enfant commun en fera également des parents, statut qui, selon le Comité, devrait justifier l'imposition d'obligations mutuelles qu'il reviendra au législateur de délimiter, sans égard à la forme de leur union conjugale.

## CONCLUSION

Comptant 82 recommandations portant sur des sujets aussi variés que le mariage, l'union civile, l'union de fait, la filiation, la parentalité, la procréation assistée et la maternité de substitution, le rapport final du Comité consultatif sur le droit de la famille (rapport Roy) a été remis à l'ex-ministre de la Justice, Stéphanie Vallée, le 8 juin 2015<sup>102</sup>. Reconnaissant la « qualité exceptionnelle » et la « rigueur intellectuelle » du travail accompli, la ministre s'était alors engagée à y donner suite dans les plus brefs délais. Cet engagement ne s'est malheureusement pas concrétisé, le gouvernement Couillard n'ayant posé aucun geste témoignant d'une quelconque volonté de revoir les fondements du droit de la famille à la lumière des nouvelles réalités sociales.

---

101. Ces valeurs seraient appelées à se déployer selon des modalités différentes, soit une logique d'adhésion volontaire (« opting in ») en union de fait et une logique de retrait volontaire (« opting out ») en mariage. Ainsi, les conjoints de fait qui souhaitent assortir leur relation d'effets juridiques devraient s'y soumettre d'un commun accord (comme c'est d'ailleurs le cas actuellement), tandis que les époux y seraient de plein droit soumis en raison du mariage qu'ils auront contracté, tout en conservant la possibilité de s'en soustraire par contrat de mariage, en tout ou en partie (contrairement à la situation qui existe actuellement). Tel que ci-dessus mentionné, dans un cas comme dans l'autre, la liberté contractuelle des conjoints ne saurait toutefois permettre l'enrichissement injustifié de l'un d'eux au détriment de l'autre, d'où l'extension du champ d'application de la prestation compensatoire à tous les couples, mariés ou non : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 100 et s.

102. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

C'est cette inaction gouvernementale qui, au printemps 2018, a incité la Chambre des notaires à instituer la Commission citoyenne sur le droit de la famille. Se sentant directement interpellée par le droit de la famille en raison du rôle de conseiller juridique de proximité qu'assument les notaires auprès des familles, la Chambre des notaires s'est donc elle-même chargée de mettre en place une structure de consultation publique, au profit des couples, des parents, des enfants, des organismes qui œuvrent auprès d'eux et, plus généralement, de tous les acteurs intéressés par le sujet. Au total, 150 personnes et organismes ont comparu devant la Commission et plus de 50 mémoires et notes lui ont été remis. Les échanges intervenus entre les membres de la Commission et les personnes et organismes qui lui ont communiqué leurs préoccupations sont d'une très grande richesse. Ils permettent non seulement de prendre la mesure du fossé qui sépare les couples et les parents des règles qui forment le droit substantiel de la famille, mais également des limites ou des carences institutionnelles qui affectent le système de justice en matière familiale<sup>103</sup>.

Le 21 novembre 2018, à l'initiative du soussigné, huit ex-ministres québécois de la Justice, de la Famille, de l'Enfance ou de la Condition féminine ont signé un manifeste demandant au nouveau gouvernement d'enclencher sans délai le processus de réforme du droit de la famille, en tirant profit du rapport Roy et des consultations de la Commission citoyenne<sup>104</sup>. Manifestement, ces actions ont porté des fruits, la nouvelle ministre de la Justice Sonia Lebel reconnaissant le jour même le besoin d'une réforme globale du droit de la famille québécois et s'engageant formellement à ouvrir sans tarder le chantier de cet important projet de société<sup>105</sup>. Reste plus maintenant à espérer que les actions suivent les paroles...

---

103. COMMISSION CITOYENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY et Jean-Paul DUTRISAC (prés.), *Rapport final*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.

104. Il s'agit de Marc-André Bédard (Justice : 1976-1984), Monique Gagnon-Tremblay (Condition féminine : 1985-1989), Herbert Marx (Justice : 1985-1988), Louise Harel (Condition féminine : 1996-1998), Paul Bégin (Justice : 1995-1997 et 2001-2002), Serge Ménard (Justice : 1997-1998), Linda Goupil (Justice : 1998-2001 ; Condition féminine : 1998-2003 et Famille et Enfance : 2001-2003) et Nicole Léger (Famille et Enfance : 1998-2001 et 2012-2014). Le manifeste peut être consulté à : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/21089>>.

105. Pierre SAINT-ARNAUD, « La CAQ s'engage à entamer une réforme du droit familial », *Le Devoir*, Montréal, 21 novembre 2018.